



INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director: Académico Doctor José W. Tobías

SECCIÓN DE DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

Director: Académico Doctor Eduardo A. Sambrizzi

ESTUDIOS SOBRE LA PERSONA HUMANA EN HOMENAJE AL ACADÉMICO GUILLERMO A. BORDA

Vanossi - Bueres - Hariri - Salerno - Saux - Lafferriere -
Ordoqui Castilla - Leiva Fernández - Wilde - Sambrizzi -
Quintana - Borda - Bianchi - Covi - Mazzinghi - Márquez -
Gagliardo - Alterini - Cornet - Rivera - Kemelmajer de Carlucci -
Medina - Basset - Varsi Rospigliosi - Santarelli - Wierzba -
Yzquierdo Tolsada - Pizarro - Borda - Caumont - Nicolau -
De Lorenzo - Aparicio - Tobías - Compagnucci de Caso - Clariá -
Orelle - Cossari - Gebhardt - Cassagne - Palmero - Alegria -
Roitman - Cappagli



INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director: **Académico Doctor José W. Tobías**

SECCIÓN DE DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

Director: **Académico Doctor Eduardo A. Sambrizzi**

ESTUDIOS SOBRE LA PERSONA HUMANA EN HOMENAJE AL ACADÉMICO GUILLERMO A. BORDA

Vanossi - Bueres - Hariri - Salerno - Saux - Lafferriere -
Ordoqui Castilla - Leiva Fernández - Wilde - Sambrizzi -
Quintana - Borda - Bianchi - Covi - Mazzinghi - Márquez -
Gagliardo - Alterini - Cornet - Rivera - Kemelmajer de Carlucci -
Medina - Basset - Varsi Rospigliosi - Santarelli - Wierzba -
Yzquierdo Tolsada - Pizarro - Borda - Caumont - Nicolau -
De Lorenzo - Aparicio - Tobías - Compagnucci de Caso - Clariá -
Orelle - Cossari - Gebhardt - Cassagne - Palmero - Alegria -
Roitman - Cappagli

THOMSON REUTERS

LA LEY

*Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad
de los autores y no reflejan necesariamente la opinión
de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

Tobías, José W.

Estudios sobre la persona humana en homenaje al académico Guillermo A. Borda / José W. Tobías. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2023.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-03-4573-2

1. Derecho. I. Título.
CDD 340

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA
La Ley Sociedad Anónima
Tucumán 1471
C.P. 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 61.

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.
- 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.
- 20.— *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino 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.*

18.— *Estudios de los Derechos Personalísimos. Obra en homenaje al académico Santos Cifuentes.*

19.— *Estudios sobre Contratos en Homenaje al académico Jorge Horacio Alterini.*

20.— *Las nuevas tecnologías y el derecho.*

21.— *Estudios sobre Obligaciones y Responsabilidad Civil en homenaje al académico Félix A. Trigo Represas.*

22.— *Estudios sobre la Persona Humana en homenaje al Académico Guillermo A. Borda (en recuerdo de los 20 años de su fallecimiento y de su última obra con el mismo título que dirigió).*

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

1.— *Estudios de Derecho Civil.*

2.— *Estudios de Derecho Civil. Año 2018.*

3.— *Estudios de Derecho Civil. Año 2020.*

4.— *Estudios de Derecho Civil. Año 2022.*

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.*
- *El Derecho Administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.*

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.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2017.*

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.*
- *Normativa modelo base de Habeas Corpus.*
- *El derecho procesal, hoy y mañana.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*
- *Temas de Derecho individual y colectivo del Trabajo y de la Seguridad Social.*

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

Presidente

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Vicepresidente

Académico Dr. José W. Tobías

Secretarios

Académico Dr. Eduardo A. Sambrizzi

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

Tesorero

Académico Dr. Marcelo Gebhardt

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director Honorario

Académico Dr. Jaime L. Anaya

Vocales

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Académico Dr. José W. Tobías

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

Académico Dr. Marcelo Gebhardt

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. 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. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardi	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	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Juan Bautista Alberdi	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
Dr. Eduardo M. Quintana	Carlos Pellegrini	13 diciembre 2018
Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso	Manuel Obarrio	13 diciembre 2018
Dr. Marcelo Gebhardt	Alfredo Colmo	13 diciembre 2018
Dr. Carlos A. Etala	Eduardo Acevedo	13 diciembre 2018
Dr. Alejandro Borda	Lisandro Segovia	9 diciembre 2021
Dra. Frida Armas Pfirter	Manuel Quintana	9 diciembre 2021
Dra. María Elsa Uzal	Félix Gregorio Frías	11 agosto 2022

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. 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. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrey 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
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez	Colombia	8 agosto 2019
Dr. Ricardo Rivero Ortega	España	12 agosto 2021

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 Zavalía	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
Dr. Roberto E. Luqui	2019/2022
Dr. Juan Carlos Cassagne	2022/2025

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

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

Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma
Dr. Julio César Otaegui
Dr. Alberto G. Padilla
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. Victor Tau Anzoátegui
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

Introito POR JOSÉ W. TOBÍAS	1
Homenaje al maestro doctor Guillermo A. Borda POR JORGE REINALDO VANOSI.....	3
El concepto de persona POR ALBERTO J. BUERES	7
La persona humana y su tratamiento en el Código Civil y Comercial en homenaje al doctor Guillermo a. Borda POR JUAN CARLOS HARIRI.....	31
Sobre la condición jurídica de la persona humana: el ser y su existen- cia en el derecho POR MARCELO URBANO SALERNO	51
Boceto conceptual sobre la noción misma de persona humana POR EDGARDO IGNACIO SAUX.....	67
Sobre el problema con el aborto: estudios formulados ante el congreso de la nación POR JORGE REINALDO VANOSI.....	97
Matar a otro: ¿una prestación médica? sobre los proyectos de legaliza- ción de la eutanasia POR JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE	111
Dignidad de la persona como derecho humano fundado en su propia naturaleza POR GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA	135
Dignidad y muerte perinatal POR LUIS F.P. LEIVA FERNÁNDEZ.....	197

Las medidas de autoprotección y otras decisiones sobre la vida POR ZULEMA WILDE	243
Apuntes sobre la clonación de seres humano POR EDUARDO A. SAMBRIZZI	269
Persona humana y edición genética. Realidad promisorio e inquietante POR EDUARDO MARTÍN QUINTANA	289
El derecho a la intimidad de la persona humana POR GUILLERMO J. BORDA.....	309
El derecho a la privacidad de la persona humana. (Análisis de la jurisprudencia de la corte suprema) POR ALBERTO B. BIANCHI	327
La persona humana y su derecho a la identidad POR LUIS DANIEL CROVI	357
La persona humana y su derecho a la identidad filiatoria POR JORGE A. M. MAZZINGHI	379
El derecho a la imagen. Su reconocimiento en el Código Civil y Comercial Argentino POR JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ	401
Persona humana y derechos subjetivos POR MARIANO GAGLIARDO	431
Límites a la facultad de disposición del propio cuerpo POR IGNACIO E. ALTERINI	439
Capacidad progresiva POR MANUEL CORNET.....	461
Autonomía progresiva POR JULIO CÉSAR RIVERA.....	487
Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes desde la perspectiva de los derechos humanos de la niñez POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI.....	515

Adulto mayor en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos POR GRACIELA MEDINA	537
Pensar el concepto de igualdad en perspectiva de vulnerabilidad: para reposicionar a la persona en el centro del derecho privado POR URSULA C. BASSET.....	567
Ajustes razonables, personas de confianza, apoyos y salvaguardias. Las asistencias en favor de las personas con discapacidad en el Perú POR ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI.....	585
Hacia un “derecho de las inteligencias” POR FULVIO SANTARELLI.....	635
Personas humanas y ciborgs: hacia una frontera en clave jurídica POR SANDRA M. WIERZBA.....	643
Los derechos de la personalidad ante la sociedad digital. Respuestas del Tribunal Supremo de España POR MARIANO YZQUIERDO TOLSADA	661
La protección jurídica de los derechos de la persona humana en internet POR RAMÓN DANIEL PIZARRO.....	681
Impacto de los medios tecnológicos en las personas vulnerables: niños y adultos mayores POR ALEJANDRO BORDA	707
La preservación de la persona como centro del sistema de derecho desde las teorías éticas del contrato y de la responsabilidad civil POR ARTURO CAUMONT	737
Breve aporte para una visión humanista del derecho contractual. El caso de los <i>smartcontracts</i> POR NOEMÍ LIDIA NICOLAU	765
Derechos personalísimos y determinismo tecnológico (a propósito de la tutela de los datos personales) POR MIGUEL FEDERICO DE LORENZO	783

Notas sobre la constitucionalización del derecho privado y la construcción de la reglamentación contractual POR JUAN MANUEL APARICIO	801
Los actos peligrosos y el artículo 54 del Código Civil y Comercial POR JOSÉ W. TOBÍAS	835
El valor de la vida humana POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO	857
Persona. Deporte y menores de edad POR JOSÉ OCTAVIO CLARÍA	871
El rol de las emociones en las decisiones humanas POR JOSÉ MARÍA ORELLE	905
La protección de la persona humana: algunas consideraciones desde los derechos reales POR NELSON G.A. COSSARI	931
La insolvencia del patrimonio de la persona humana POR MARCELO GEBHARDT	947
Reflexiones sobre la justicia social, derecho y moral POR JUAN CARLOS CASSAGNE	967
La definición de persona jurídica: aportes para la construcción científica de un concepto unitario POR JUAN CARLOS PALMERO	981
Las academias nacionales como personas jurídicas y las personas humanas POR HÉCTOR ALEGRIA.....	1007
Reducción de la imperatividad normativa POR HORACIO ROITMAN.....	1031
La personificación de los buques POR ALBERTO C. CAPPAGLI.....	1045

INTROITO

Siguiendo precedentes (Estudios sobre Derechos Personalísimos en Homenaje al académico Santos Cifuentes; Estudios sobre Contratos en Homenaje al académico Jorge Horacio Alterini; Estudios sobre Obligaciones y Responsabilidad Civil en Homenaje al académico Félix A. Trigo Represas), el Instituto de Derecho Civil de la Academia resolvió que los presentes Estudios sobre la Persona Humana se realizaran en Homenaje al académico Guillermo A. Borda.

Lo hizo en recuerdo de los veinte años del fallecimiento del ilustre jurista y con el mismo título —La Persona Humana— de su última obra (la dirigió), que editó también la Revista La Ley. Los Estudios reúnen los aportes de 44 reconocidos juristas (14 académicos de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; 6 académicos de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; 1 académico de número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires; 13 miembros del Instituto de Derecho Civil de la Academia; 3 miembros de la Sección de Derecho de Familia del mencionado Instituto; 1 miembro de la Sección de Derecho de la Navegación del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia; 4 destacados juristas extranjeros (2 de la República del Uruguay, 1 del Perú y 1 de España) y 2 invitados especiales (uno de ellos hijo del homenajeado). Nada más justo que estos homenajes a los grandes maestros del Derecho Privado.

Por José W. Tobías ⁽¹⁾

(1) Académico vicepresidente y director del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

HOMENAJE AL MAESTRO DOCTOR GUILLERMO A. BORDA

POR JORGE REINALDO VANOSSI (*)

La trayectoria del Doctor Guillermo Borda resulta impactante ante su incuestionante producción científica en el área del Derecho y las Ciencias Sociales. La tarea llevada a cabo por el autor es un testimonio aleccionador en la evidencia de una laboriosidad permanente a lo largo de su vigencia en el desempeño de las valiosas funciones en las que ejerció su desempeño de tratadista.

Nacido en Buenos Aires en septiembre de 1914, su vida fue activísima y creativa hasta el momento de su fallecimiento el 23 de julio de 2002, recogiendo la ilustración de su padre que fuera gobernador de Córdoba en la década de 1920. El joven Borda se volcó en la Abogacía, recibíendose en la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el año 1937, accediendo al Doctorado en Jurisprudencia que obtuvo en 1947 en la misma Facultad.

Su ingreso a la judicatura partió del año 1949, ejerciendo la función de juez nacional de Primera Instancia en lo Civil, para ocupar luego el cargo de juez de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de 1958 a 1966, y alcanzar su merecida consagración como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1966.

Las circunstancias lo remitieron a ocupar la función de ministro del Interior del Poder Ejecutivo Nacional entre 1967 y 1969; sin perjuicio de ser honrado con el título de conjuez de la Corte Suprema en 1999. Su pasión por la docencia universitaria lo condujo a ser profesor titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires entre 1947 y 1955, sin perjuicio de ser consejero titular entre 1948 y 1951, a la vez que director del Instituto de Derecho

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Civil a partir de 1974. En sus desempeños también actuó en la Universidad Católica Argentina como profesor titular y como profesor emérito de dicha Facultad; lo que también llevó a cabo en la Universidad del Salvador, en cuya Facultad de Derecho fue Profesor Titular, consejero titular, profesor consulto y director del Instituto de Derecho Civil.

La vocación docente del profesor Borda se trasladó también a ejercer la enseñanza en la Universidad de Perú como profesor honorario en la prestigiosa Universidad Mayor de San Marcos, en Lima, extendiéndose en la de Cusco y las de Arequipa.

No dejó de ejercer la enseñanza secundaria llevando las inquietudes a la docencia del Colegio Nacional N.º6 para hacerse cargo de la “Historia Argentina” a partir de 1942; ¡toda una vocación docente!

Los antecedentes científicos se traducen en múltiples obras publicadas que abarcan numerosas producciones, partiendo de su Tratado De Derecho Civil que abarca doce tomos, en múltiples ediciones que ponen en evidencia la completitud del Derecho Civil en todos los temas a saber, siendo pues el autor más completo en el área de las materias abarcativas del Derecho Civil.

A esa rica producción se añaden estudios “de homenaje” de destacados colegas de derecho compartidos con eminentes profesores de diversos países extranjeros de gran categoría, tanto en Europa como en América Latina.

En el país argentino y en el extranjero ha sido fecunda y numerosa la presencia del maestro Borda en sus conferencias, en su participación en Congresos, Jornadas y Concursos; como así también las Condecoraciones recibidas de los Gobiernos de Chile, Japón y Noruega.

Pero es importante poner en evidencia su valiosísimo aporte en la reforma del Código Civil Argentino, en el año 1968, que culminó en la sanción de la ley N.º 17.711, de gran envergadura para la actualización del Código Civil. ¡Toda una Eminencia!

Todos sus hijos, han destacado la obra paterna poniendo en evidencia el mérito de la obra consumada y prolongada con sus herederos.

Distinciones Recibidas.

- Primer premio Nacional de Derecho y Ciencias Políticas (1988).
- Premio Konex años 1986 (Humanidades) y 198 (Instituciones -Comunidad-Empresa).

- Doctor Honoris Causa de la Universidad del Salvador.
- Doctor Honoris Causa de la Universidad de Mendoza.
- Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho (ocupó el sitio de Lisandro Segovia).
- Miembro de Número de la International Law Association.
- Miembro de Número de la Academia de la Plata.
- Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.
- Profesor honorario de la Universidad Privada de Lima, Perú.
- Profesor honorario de la Universidad San Marcos de Lima Perú
- Profesor honorario de la Universidad de San Agustín, de Arequipa, Perú.

EL CONCEPTO DE PERSONA

POR ALBERTO J. BUERES (*)

Al gran Maestro Dr. Guillermo A. Borda, pionero y difusor del Derecho en la Argentina y en el exterior. Autor admirado por todos los juristas y abogados y, particularmente, por mí. Agradezco las notables enseñanzas y resalto que no hay abogado en el país que no haya aprendido Derecho Civil por medio de la obra del insigne jurista homenajead. Además, guardo mi mayor recuerdo con respecto a la calidad humana y hombría de bien del Dr. Borda, quien me brindó su generosa amistad.

I

El concepto de persona acuñado en el art. 30 del Código Civil de 1869, sobre la base del art. 16 del Esbozo de Freitas, no coincide de forma exacta con el significado de hombre —ser humano—. El actual Código Civil y Comercial de 2015 no ha incluido ninguna definición sobre el particular. La falta de coincidencia aludida es el hito que divide a los autores iusnaturalistas (o partidarios de un derecho metajurídico) de los autores positivistas o de otros que se aproximan cuando menos de cierto modo a éstos.

In primis, me adelanto en puntualizar, que el significado de persona no es una idea insustancial que el ordenamiento crea y adjudica al hombre, tal como dimana de las conclusiones de la doctrina positivista. El derecho, como unidad compacta, no encierra en sus entrañas al ser humano personificándolo y, de tal suerte, intentando transformarlo en un centro de imputación de normas, según la expresión gráfica de Kelsen, en una colonia de derechos, como dijo Schiattarella o, en fin, en el sujeto de la oración, de acuerdo con la visión de Hollans ⁽¹⁾.

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Sobre el particular y sus matizaciones, véanse: Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y el Estado*, Imprenta Universitaria, trad. Eduardo García Maynez, Mé-

Al positivismo le preocupa para definir la persona, no ya el hombre como tal, sino que exista el titular de un derecho. De tal forma y en actitud científico burocrática, el concepto se simplifica al revelarse por sus efectos y quedar en el olvido la savia de él. Dicha posición ha deshumanizado (y “deshistorizado” —valga este neologismo de Jaime Guasp—) la esencia de la persona y la relega a una noción genérica y abstracta de sujeto de derechos y deberes. Vista de esta manera, la persona se transforma en una figura dibujada en la pizarra o en un clavo pintado en la pared ⁽²⁾.

II

Al margen de las direcciones positivistas puras mencionadas —y de otras— debo señalar que a partir de la premisa humanista *hominem causa omne ius constitutum sit*, tal como surge del apotegma de Hermogeniano, existen diferencias y una gradación por lo hace a la incidencia del derecho supralegal y del derecho positivo en la elaboración del significado de persona.

En tal sentido, se sostiene que la persona es el epicentro de la teoría iusnaturalista. Dicho sustento en ningún momento llega a identificarse

xico D. F., 1958, p. 110 y ss. —quien precisa, aún más, que la persona física no es una realidad natural, sino una construcción del pensamiento jurídico— p. 112-; Vallet de Goytisolo, Juan, Panorama del derecho civil, Bosch, Barcelona, 1973, p. 95; Radbruch, Introducción a la filosofía del derecho, Fondo de Cultura Económica, reimpresión de la primera edición castellana. 1955, México- Buenos Aires, p. 81; Mazeaud, Henri y Léon- Mazeaud, Jean, Lecciones de derecho civil. Parte primera. Los sujetos del derecho. Las personas, Ejea, trad, Luis Alcalá Zamora y Castillo, con prefacio de Henri Capitant, Buenos Aires, 1977, t. II, p. 6; Orgaz, Alfredo, Derecho civil argentino. Personas individuales, Assandri, Córdoba, 1961, p. 3 y ss.; Cifuentes, Santos, Los derechos personalísimos, Lerner, Buenos Aires- Córdoba, 1974, p. 105; Borda, Guillermo A, Tratado de derecho civil. Parte general, Perrot, Buenos Aires, 1999, t. I, nro. 223, p. 229 y ss.; Tobías, José W., Tratado de derecho civil. Parte general, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, p. 329 y ss.; Romero del Prado, Víctor N., adiciones a la obra de Salvat, Raymundo, Tratado de derecho civil argentino. Parte general, Tea. Buenos Aires, 1958, t. I, ps. 221 a 223; León, Pedro, La persona y los derechos subjetivos, Revista Jurídica de Córdoba, año 1, nro. 4, octubre- diciembre 1947, p. 551 y ss.; Busso, Eduardo, Código Civil anotado, Ediar, Buenos Aires, 1947, t. I, ps. 244 y 245; Arauz Castex. Manuel, Derecho Civil, Parte general, Etja, Buenos Aires, 1965, t. I, nros. 336 a 341, p. 204 y ss.; Llambías, Jorge, Tratado de derecho civil. Parte general, Perrot, Buenos Aires, 1967, t. I, nros. 314 a 317, p. 237 y ss.; Spota, Alberto G., Tratado de Derecho Civil, t. I. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1948, vol. 2, p. 5.

(2) Vallet de Goytisolo, ob. cit., p. 95.

con el derecho o la obligación (diría con el deber), ni menos aun con la norma que estatuye o regula tales prerrogativas o deberes. Por tanto, la persona ha de definirse con independencia de cada uno de esos conceptos jurídicos, actitud ésta que implica que se le reconozca una relevancia propia fundante de los susodichos conceptos. A la vista de lo expuesto, persona y hombre se encuentran más allá del derecho positivo, pues serían un *quid* que naturalmente preexiste a tal derecho.

Desde otra contemplación y pese a rechazarse las posiciones puramente normativistas, que despojan a la persona del sustrato auténtico, se piensa que ésta (la persona) no es una figura natural, sin que, en realidad, se trata de una categoría jurídica. La persona (o sujeto de derecho) requiere un sustrato real, que es el hombre individual o agrupado y, además, una cualidad jurídica, un don de la ley, una máscara ⁽³⁾.

La referencia a la máscara e, inclusive, a la sustancia, sin duda que se conecta con la etimología de la palabra persona. En Roma esta voz reconoce antecedente en el vocablo persona-*personae* (per y sonare: sonar a través de...). En origen, la expresión aludía al individuo que hacía sonar una máscara a través de las lengüetas que ella poseía. Y más adelante, se extendió la expresión al individuo puesto en la máscara. Por último, la deformación idiomática redujo el concepto simplemente a la máscara (Aulo Gelio).

El equivalente de la voz persona en griego es *prosopon* —delante de la casa, lugar en el que se llevaban a cabo las representaciones teatrales—. Sin embargo, no faltan opiniones que imaginan que la palabra persona, aunque hace alusión a la máscara, es de origen etrusco —*phersu* o *pherse*—, vocablo que en dos ocasiones se observa en la tumba de los Augures ⁽⁴⁾.

Bajo otra luz, en griego *prosopon*, del significado de máscara pasó a designar al actor teatral; no alude al hombre (*ánthropos*) en sentido general, físico o ético espiritual, sino al personaje, a la parte que recita el actor.

(3) Busso distingue entre persona y sujeto de derecho. La primera tiene una aptitud potencial; el segundo una aptitud que va referida a un caso específico, en relación con los derechos y deberes implicados -ob. cit., t. I, nro. 29, p. 246; López Olaciregui, José María, adiciones a la obra de Salvat, citada, 1964, t. I, nro. 351, p. 348; Orgaz, ob. cit., p. 6 y ss.; Mazeaud- Mazeaud, ob. cit., t. II, p. 6.

(4) Comp. Cotta, Sergio, Persona (Filosofía del diritto, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, XXXIII, p.160 y siguientes; De Castro y Bravo, ob. cit., p. 17. Maroi, señala que phersu es el personaje enmascarado participante en la escena y que pequeño phersu es la máscara del rostro y, en última instancia, la persona es el doble del difunto, la refracción mística de su yo (Maroi, Elementi di diritto romano arcaico, Archivio Giuridico, 1933, 109, p. 93.

Al margen, en el pensamiento cristiano, *prosopon* asume un carácter “personalizante” en el sentido moderno: persona individual o individualizada. Por ejemplo, la designación de *il volto*, posibilita a Clemente Alessandrino determinar en la Divina Trinidad la persona del Hijo (alude a Cristo) como *volto* del Padre. Un análogo recorrido ha realizado el término latino persona; primero como máscara, luego como personaje y, por fin, como hombre. Gayo afirmó “*suma divissio personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*” (Institutas, I. 9). Cotta refiere que “persona, *uomo, dunque anche lo schiavo*”. A la vez, Santo Tomás de Aquino, utilizando el primitivo significado de máscara, puede valerse de dicho punto de partida para subrayar la dignidad de la persona ⁽⁵⁾.

Pedro León expone que el art. 30 del viejo Código Civil de 1869, al hablar de “ente”, introduce en la noción legal una impronta “óptica” soporte de la solución que el autor estima correcta: la ley exige la existencia de seres que son el punto de apoyo de las situaciones jurídicas. Vale decir, que el concepto de persona, que es jurídico, no puede prescindir del hombre, pero lo enfoca individual o agrupadamente, en tanto éste interesa como receptáculo de la imputación jurídica —no como ser biológico, social, psicológico, espiritual, etc.—. Por ende, el significado de persona que, para el opinante, es jurídico, es más estrecho que el de hombre, pues éste se relaciona con los calificativos de escandinavo, japonés, braquicéfalo, filósofo, obrero, etc., en senda similar a la que presenta la alusión a persona, en tanto en cuanto en ella quedan comprendidas las calidades de acreedor, deudor, poseedor, locatario, titular del dominio y otras. En definitiva, la persona apunta a hombre, individual o colectivo, pero revestido de signo de la juridicidad —en una faceta concreta: la del derecho ⁽⁶⁾—.

Dentro de este lineamiento, se ha dicho que, en términos jurídicos, persona es la unión de un contenido —contenido ontológico— y una forma. El contenido (o la sustancia) es el hombre; la forma (cualidad jurídico formal) es la personalidad. Si se prescinde del sustrato real el contenido se deshumaniza y se cae en posturas normativistas puras que despersonalizan al ser humano y personalizan al objeto inmaterial de la norma. Si se deja de lado la cualidad jurídico-formal, se identifica al hombre con la persona y se distrae esta última noción del plano jurídico (positivo) desplazándola hacia otros planos ajenos al derecho, con el inconveniente de que se priva

(5) Cotta, *Ibidem*, p. 161, quien cita la *Summa theologiae*, I, 29, 3, ad. 2. Pueden consultarse también los profundos análisis de Adriana Campitelli, *Persona (storia)*, *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 169 y ss., y de Guido Landi, *Persona física. Diritto privato*, *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 193 y siguientes.

(6) León, *La persona y los derechos subjetivos*, ob. cit., p. 551 y ss.; *idem*, Romero del Prado, ob. y t. cit., p. 221 y 222.

al hombre del panorama universal sobre el que confluyen todas las ciencias ⁽⁷⁾. Para llevar a cabo esta operación el jurista determina la forma en vista del contenido; este es el fruto, aquella la cáscara que lo envuelve ⁽⁸⁾. Asimismo, se agrega que es afirmación que no merece controversias (¿?), que el hombre no crea el sustrato sino que lo aprehende y establece la imputación normativa. Cifuentes, que a grandes rasgos dice coincidir con José María López Olaciregui, refiere que el ordenamiento jurídico elabora conceptos, no elabora la realidad misma, la asume y la piensa en términos propios, la encuentra y no la crea, le da nombre y no vida, la cualifica y al hacerlo la sumerge en lo jurídico. Siendo cierto que la noción jurídica de persona es una creación del derecho, cabe enfatizar en que el referido derecho crea el concepto pero no la realidad conceptualizada ⁽⁹⁾. Cifuentes amplía la idea, con apoyo en Pugliatti, quien señala que hoy está superada la concepción iusnaturalista, en torno a que el hombre, como tal, debería ser considerado sujeto jurídico. Basta pensar en las personas jurídicas (craso error, pienso yo) y en el hecho de que la persona individual necesita una ley para adquirir su condición de persona ⁽¹⁰⁾.

Prueba acabada de la disección que promedia entre hombre y persona, se añade, es que en el curso de la historia ha existido la esclavitud que privó al hombre de la personalidad y, por añadidura, lo despojó del carácter de persona (el esclavo era una cosa —*caput non habet*—). Esta repudiable situación no sólo tuvo lugar en Roma y en otros pueblos de la antigüedad, sino que se prolongó hasta alcanzar a los naturales e indígenas luego del descubrimiento de América. Y, aún más, se extendió hasta el siglo diecinueve en relación con los esclavos africanos sometidos a una brutal condición —ya he de volver sobre este asunto con más precisiones— ⁽¹¹⁾.

III

Por lo que respecta al método o sistema en un Código o un Tratado, algunas veces al menos, parecería que el orden de una materia no posee

(7) Cifuentes, ob. cit., p. 105 y El concepto de persona, ED, 10- 884.

(8) Cifuentes, Los derechos personalísimos, cit., p. 106.

(9) Cifuentes, Los derechos personalísimos, cit., ps. 106 y 107; López Olaciregui, ob. y t. cits, ps. 347 a 349.

(10) Cifuentes, ibídem, p. 106 y 107.

(11) Radbruch, ob. cit., p. 89; Mazeaud- Mazeaud, ob. y t. cits., p. 6; Cifuentes, El concepto de persona, ps. 885 y 886; Lira Urquieta, La persona ante el Derecho, Estudios en homenaje a Héctor Lafaille, Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 415 y siguientes.

demasiada importancia; el orden de los factores no altera el producto, sin defecto de que una correcta técnica es significativa. Pero en el caso de la persona, según mi modo de ver, la prioridad de ésta es imprescindible. En la sociedad moderna, acostumbrada al acatamiento ciego de los dictados de la ciencia, con una dogmática dominada por hábitos de abstracción, la ordenación sistemática crea de modo automático un prejuicio axiológico que ha de imponerse a toda la materia implicada en el caso. De ahí que, comenzar por la persona como lo hizo Gayo, es esencial, puesto que sin ella no es imaginable ninguna institución jurídica. Al situarse la persona en el primer lugar del sistema de derecho privado, se conseguirá impedir su reducción a elemento o parte de cualquier comunidad o a circunstancia de una figura jurídica y se revitalizará en pleno que *hominum causa omne ius institutum sit* ⁽¹²⁾.

En la inteligencia de que la persona ha de ser el primer paso metódico, con esto, queda muy claro que hay un derecho de la persona —desde el punto de vista de la nomenclatura coincidente con la sustancia—. La persona posee significación propia; no es una simple herramienta o instrumento de las instituciones jurídicas que van a disciplinarse en las partes especiales de un Código.

IV

En el derecho romano, Gayo dividió el derecho en personas, cosas y acciones. El Digesto, también consideró a la persona como el elemento axial del ordenamiento jurídico y ha mencionado el célebre brocardo de Hermogeniano que mencioné ⁽¹³⁾. También en las Institutas de Justiniano ⁽¹⁴⁾, se lee que “poco se sabrá del derecho si se ignora el de las personas, por causa de las cuales aquél se ha constituido”.

Todo esto es corolario de las ideas estoicas y las del cristianismo que han imbuido la obra de Justiniano. Los glosadores y los autores renacentistas continuaron esta línea, precisiones de matices aparte, excepto en el caso de alguna opinión disidente que comenzó a relegar a la persona, sustrayéndola del sistema. Tal vez, esta tendencia se afirma en los siglos XVI y XVII a partir de la obra de Althusio (1557- 1638), quien entendió que la persona está ubicada en un puesto jerárquico inferior a las cosas o a la adquisición de los derechos. Las ideas adquieren aún más suceso

(12) De Castro y Bravo, ob. cit., ps. 17 y 18.

(13) Digesto, l. 5. 2.

(14) Institutas, l. 2. 12.

con el advenimiento de la escuela racionalista de derecho natural (en los referidos siglos). Grocio resalta con caracteres preferenciales el derecho subjetivo (la persona figura como objeto) y Puffendorf, al clasificar las Instituciones, deja en el olvido la persona. Este último autor habla de la propiedad, de los demás derechos reales y de los modos de adquisición de tales prerrogativas, inclusive de las sucesiones y de la prescripción. Luego añade las obligaciones —y confiere mayor relieve a las nacidas *ex contractu*— y las relaciones de familia ⁽¹⁵⁾. A su vez, Domat dividió el Derecho Civil en dos grandes partes: convenciones y sucesiones. Pero por lo menos conservó el orden propiciado por Gayo en su Introducción ⁽¹⁶⁾.

Sin duda que el ataque más fuerte a la clasificación de Gayo provino de Savigny, con argumento varios. El autor clasifica el Derecho en cuatro partes: cosas, obligaciones, familia y sucesiones. La proposición de Savigny ejerció un notorio influjo, hasta tal punto que los propios códigos que adoptaron la clasificación de Gayo, redujeron la persona a una mínima expresión metódica. El *Code Civil* de 1804, en el Libro I menciona la persona, pero prácticamente dedica todo el articulado de dicho libro al derecho de familia. A principios del siglo XX se inicia de forma paulatina el retorno al pensamiento de Gayo, sobre todo en Alemania. Gierke, en 1895, redujo metodológicamente la parte general y ubicó el derecho de la persona en el primer rango de la parte especial (sin duda un progreso, acoto yo). El B.G.G., incluye en la Parte general del Libro I una primera sección relativa a las personas, no obstante que no define la persona y menciona esta palabra en genitivo, cuando en el párrafo primero alude a la capacidad. Mientras que Huber, autor de Anteproyecto de Código suizo, critica a Savigny y destaca que sin el derecho de la persona (en primer lugar) y el derecho de familia, no pueden imaginarse los derechos patrimoniales ⁽¹⁷⁾.

V

Por lo insinuado en el acápite anterior, resulta fácil deducir que, en mi opinión, la persona es una categoría natural que está por encima del derecho positivo. Tal preexistencia en relación con el orden jurídico positivizado (puesto —o dado— por el legislador) surge de la *dignitas* que posee todo ser humano como tal. Por tanto y a consecuencia de esa *dig-*

(15) De *iure natura et gentium*, 1672, libro 4. 5 y 6.

(16) De Castro y Bravo, ob. cit., ps. 14 y 15.

(17) Hattenhauer, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Ariel, trad. Gonzalo Hernández, Barcelona, 1987, p. 13 y ss.; De Castro y Bravo, ob. cit., ps. 13 a 16.

nitas, el hombre se encuentra de manera inmediata en posesión de unos bienes jurídicos esenciales, que el derecho positivo tiene que reconocer (atributos de la persona y derechos de la personalidad). Una evidencia de esto, queda revelada en la medida en que el derecho positivo es obra del hombre ⁽¹⁸⁾. Estimo que el derecho natural confiere personalidad al hombre (impronta o cualidad de persona junto con el supuesto racional o social). Y que la capacidad, que en términos generales va unida a la personalidad y, por los mismo, en este aspecto es obra del derecho natural, en lo específico comprende el haz de derechos y deberes que en mayor extensión han de ser disciplinados por el derecho positivo ⁽¹⁹⁾. En definitiva, la persona es un *prius* respecto del derecho, es una categoría ontológica y moral y no *sic et simpliciter* una categoría histórica o jurídica ⁽²⁰⁾.

En concordancia con este temperamento, Guillermo A. Borda estima que:

[P]ersona es el hombre pleno e integral, aunque el derecho sólo se ocupe de él en tanto sujeto de derechos y deberes jurídicos. El derecho se ocupa de uno de los aspectos del hombre, sin perder de vista que se trata de él, una criatura de Dios y no una entidad abstracta y puramente formal ⁽²¹⁾.

Por su lado, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullon indican que el hombre y la vida social son un *prius* en relación con el Derecho, la razón de ser de éste. Todo hombre es persona. La personalidad no es algo que el ordenamiento jurídico positivo le atribuya de manera arbitraria. Es una imposición del derecho natural fundada en la dignidad del hombre. Juan XXIII, en su encíclica *Pacem in Terris*, dice “que en toda humana convi-

(18) Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos del derecho civil, I., Parte general*, vol. II, Personas, Dykinson, Madrid, 1988, ps. 1 y 2; Bueres, Prólogo a la obra de Manuel O. Cobas y Jorge A. Zago, *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007, ps. 11 a 13.

(19) A propósito de la capacidad y de los modos de regulación que ella posee en el derecho comparado, puede consultarse: Zweigert, Konrad- Kotz, Hein, *Introducción al derecho comparado*, Colección Estudios Jurídicos, Oxford University Press, trad. Arturo Aparicio Vázquez y Alejandro Torres Estrada, México, 2002, p. 366 y ss. Comp. García Amigo, *Instituciones de Derecho Civil, I. Parte general*, Editorial Revista de Derecho Privado- Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1979, ps. 293 y 294. Sobre los conceptos de personalidad y capacidad, ver Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, ps. 191 a 193.

(20) Hernández Gil, Antonio, *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces (Ceura), Madrid, 1983, p. 9.

(21) Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Perrot, Buenos Aires, 1999, nro. 223, ps. 229 a 231.

vencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre”.

No es verdad, entonces, que persona sea el titular de un derecho subjetivo o el destinatario de las normas jurídicas. Por cierto, que la primera afirmación reconduciría al absurdo de negar personalidad al que carezca de bienes y de admitir una personalidad que crece o disminuye según el número de derechos subjetivos que se tengan o pierdan. Como puede advertirse, al positivismo, le preocupa para definir la persona, no ya el hombre, sino los posibles titulares de un derecho. Pero esta afirmación siempre va a requerir un dato previo: ¿quiénes pueden ser titulares de un derecho? Y la respuesta no puede ser otra que el hombre. Como bien se ha dicho: no se es persona porque se tiene capacidad, sino que se tiene capacidad porque se es persona ⁽²²⁾. Por otra parte, si persona es el titular de un derecho subjetivo, todo queda relegado a dirimir qué teoría se adopta a propósito de dicha prerrogativa jurídica: ¿derecho subjetivo como poder de la voluntad (Zittelman), como interés protegido (Bekker), como entidad dirigida a un fin jurídico (Schwarz y Stampa) o como una facultad de obrar (Husserl)? ⁽²³⁾.

En cuanto a la segunda afirmación, ella olvida que el interés del derecho (y del jurista) no está en las normas, sino en precisar que éstas conciernen a la persona y, por ende, poseen un sentido especial y han de ser interpretadas en vista de esa previa realidad (la naturaleza y la dignidad del hombre) ⁽²⁴⁾. El art. 10 de la Constitución Española de 1978 expresa que “[l]a dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los demás derechos son fundamento del orden jurídico y la paz social”.

VI

A la vista de lo expuesto, sólo el hombre es persona. Desde los tiempos más lejanos hasta hoy se ha buscado encorsetar la personalidad en otros

(22) Lacruz Berdejo, ob. t. y vol. cit., p. 1; De Castro y Bravo, ob. cit., ps. 26 y ss. Cfr. Luis Díez-Picazo, quien elogia el pensamiento del citado De Castro y Bravo, en cuanto hace girar el Derecho Civil en torno de la idea primaria de persona y, tras ella, la de familia. De Castro no era un individualista puesto que reconocía el valor de los cuerpos intermedios entre el individuo y el Estado, pero era un personalista (Derecho Civil de España, de Federico de Castro y Bravo, cit., Introducción, ps. IX y X).

(23) Vallet de Goytisolo, ob. cit., ps. 96 y 97.

(24) Díez-Picazo-Gullon, ob. cit., t. I, p. 231.

objetos distintos del ser humano. El campesino alemán hablaba con sus animales la noche de San Silvestre y los designaba por sus nombres. El labriego comunicaba la muerte de su viejo caballo. El guerrero hablaba con su espada. El hombre confundía a sus criados con los utensilios de la vida cotidiana, con el animal o con el árbol, cuyos nombres conocía. Y en esta dirección, pueden citarse numerosos ejemplos. Se necesitó un largo tiempo para comprender que en la vida jurídica únicamente el hombre es persona —aunque no faltan hoy día posturas disidentes, que, en cualquier caso, no pretenden desconocer la personalidad que posee el ser humano—.

Los fundamentos primordiales para atribuir el significado de persona al hombre se encuentran a partir de la reviviscencia de la filosofía de Tomás de Aquino (1225 - 1274). En todo el desarrollo de la Biblia los doctores de la Iglesia encontraron escrito que el hombre es creación de Dios y que, aún, cuando criatura, es al mismo tiempo rey y señor de la creación. Lo que diferencia al hombre de su Creador es el ser creado. Y de las demás criaturas, las distingue el don divino de la razón ⁽²⁵⁾.

Está muy claro que todos los hombres son personas. Quedó en el olvido el intento de establecer diferencias entre los seres humanos, habida cuenta de que el fundamento dimanante de la Biblia radica en que al hombre —a diferencia de los animales, por caso—, se le ha insuflado el aliento divino, al conferírsele una cualidad propia negada a toda otra criatura (o ente), que es la razón. Dicho don no fue otorgado de forma exclusiva a una parte de la humanidad; no existe, ni debió existir, pese a lo que pudo haber sucedido en los hechos, un distingo entre ciudadanos (o entre el grupo) y extranjeros, libres y esclavos, ortodoxos y heterodoxos, campesinos, burgueses e hidalgos. Esta concepción ha sido el soporte fundamental para luchar contra la esclavitud y el Estado corporativo ⁽²⁶⁾. En estos momentos nadie duda de que el hombre es persona, aunque no tenga patria (*apolida*) —v. gr. si pierde la ciudadanía originaria sin adquirir otra— ⁽²⁷⁾.

En este estado de cosas, en el curso de los tiempos ha existido perplejidad acerca de ciertos seres, quienes, aunque nacidos de hombre y mujer, despertaban dudas relativas a sí, ciertamente, poseían razón como exigencia constitutiva de la condición humana. Siempre han existido en-

(25) Hattenhauer, ob. cit., p. 14 y ss. En el mismo sentido: De Castro y Bravo, ob. cit., ps. 27 y 28 y Vallet de Goytisolo, ob. cit., p. 88.

(26) Hattenhauer, ob. cit., ps. 15 y 16.

(27) Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Revisada por Luis Legaz y Lecambra, Barcelona, 1991, ps. 402 y 403.

gendros que llegaron a tener vida biológica sin ser capaces de evidenciar reacción alguna y muchos menos de expresarse. Por consecuencia, surgió la pregunta angustiada sobre si el ser animado que respira es “capaz de sentir”. Esta situación dio lugar a que se efectuara alguna objeción al orgulloso culto que rindieron los partidarios del derecho natural a la razón como símbolo-status del hombre y de la naturaleza humana.

Comoquiera que sea, prevaleció la idea de que no correspondía exigir requisitos para verificar la posesión de la razón. Quien nació de hombre y mujer y presentaba figura humana —pese a sus defectos formales— fue tenido por hombre dotado de razón. De ahí que los locos furiosos, los enajenados y los idiotas eran personas. Los demás hombres los aventajaban en la total posesión de “las facultades del alma”, pero la necesidad de su tutela (o protección) no aparejaba, como dije, la pérdida de la condición de persona ⁽²⁸⁾.

El art. 51 del Código Civil de 1869 ha señalado que todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, “sin distinción de cualidades o accidentes”, son personas de existencia visible. La frase que figura “entre comillas”, aunque pareció pueril para perfilar un concepto tan diáfano como es el de ser humano, se entendió justificada, pues todavía en los tiempos en que fue redactado el Código Civil de Vélez Sarsfield, se encontraban presentes ideas que imaginaban la posibilidad de existencia de monstruos y prodigios. La redacción amplia del texto, indica Freitas, resume todo cuanto se ha escrito a propósito de los referidos monstruos, hermafroditas, eunucos, etcétera ⁽²⁹⁾.

VII

La filosofía que propiciamos en relación con el significado de persona, ha sido explicada por varios cauces. En tal sentido, por ejemplo, destaca el personalismo ético de Karl Larenz, que de cierta manera presenta atisbos del pensamiento kantiano y que puede en ajustada síntesis reseñarse en estos términos. Los seres irracionales tienen un valor de simple medio y por ello se denominan cosas, mientras que los seres racionales constituyen un fin en sí mismos y se llaman personas. De esto deriva el imperativo ético fundamental.

(28) Hattenhauer, ob. cit., ps. 16 y 17. Cfr. Del Vecchio, ob. cit., ps. 401 y 402.

(29) Arauz Castex, ob. y t. cits., nros. 341 y 342, ps. 206 y 207.

El hombre, en cuanto fin respecto de sí mismo y del prójimo, comprende este fenómeno por medio de “la razón”, la cual le permite conocer los objetos del mundo perceptible y sus leyes y, además, el imperativo ético. En esta aptitud del hombre se basa en la “dignidad”. De ello se sigue, que el ser humano tiene derecho a ser respetado en sus prerrogativas jurídicas y a no ser perjudicado y, por correlato, debe respetar de igual modo a los demás. El mencionado derecho (deber de respeto mutuo) es denominado “relación jurídica fundamental” ⁽³⁰⁾.

También Federico De Castro y Bravo, hace derivar la *dignitas* del carácter racional del hombre. La *dignitas* determina que el ser humano es un miembro nato en la comunidad jurídica y posee libertad para desplegar las actividades que hacen a su esfera jurídica. Asimismo, y por encontrarse el hombre en la comunidad jurídica como parte de una sociedad organizada, está sometido a deberes jurídicos cuya infracción genera responsabilidad ⁽³¹⁾.

Es verdad, como ya lo he destacado *ut supra*, que en determinadas épocas y aun hoy día en algunas comunidades, ha sido desconocido por el derecho positivo el carácter de persona a ciertos grupos (p. ej. los esclavos). Pero en tal supuesto existe una flagrante vulneración de la naturaleza de las cosas. Una decisión semejante, sería descalificable por contrariar la ley fundamental, si existe en tales comunidades. Y si no existe, por aplicación del *estado de necesidad jurídico* ⁽³²⁾. De persistir fácticamente esta situación, resulta indudable que no habría estado de derecho. En la actualidad, en todo país civilizado fue abolida la esclavitud y la muerte civil (cfr. art. 103 de Código Civil de 1869). Inclusive, el art. 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU) de 1948, estatuye que “[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica, a ser reconocido como persona”, como reza el texto en inglés (*as a person before the law*) ⁽³³⁾.

(30) Larenz, Karl, Derecho Civil. Parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, trad. Miguel Izquierdo y Macías- Picavea, Madrid, 1978, t. I, p. 44 y siguientes.

(31) De Castro y Bravo, ob. cit., ps. 30 a 33.

(32) Bueres, Alberto J.- Rivera, Julio César, Dación de órganos entre vivos ¿Interpretación o apartamiento de la ley?, LL, 1984- B.-196; Larenz, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel, trad. E. Gimbernat Ordeig, Barcelona, 1966, p. 196, nota nro. 31.

(33) Lacruz Berdejo, ob. t. y vol. cits., ps. 1 y 2.

VIII

Queda en claro que la persona no es concebida de forma aislada, dado que reclama, además del ser humano, la vida social. Toda existencia es coexistencia.

En esta dirección, se ha expresado que el hombre y la vida en sociedad son la razón de ser del derecho —*homo iuris communionem habet*—. El hombre y la vida social mencionados, son un *prius* con respecto al derecho, pues sin aquéllos éste no existiría ni habría necesidad de que existiera ⁽³⁴⁾. Hattenhauer opina que la teoría del derecho natural encuentra su más sugestiva representación en el Robinson Crusoe de Daniel Defoe, y el paso del hombre en sí mismo a la confirmación de la calidad de persona cuando Robinson conoce a Viernes —circunstancia que da nacimiento a la sociedad civil y a los pródromos del contrato social— ⁽³⁵⁾.

El punto de partida del pensamiento occidental reside en la firme creencia de la dignidad humana, criterio que en la filosofía griega aparece con los estoicos, en el derecho romano por obra del pretor y del *ius gentium* y luego con el cristianismo (como ya he dicho).

Ahora bien; se ha puesto énfasis en que debe mediar un equilibrio entre el hombre (considerado como individuo) y la sociedad, dado que, si se rompe el susodicho equilibrio, se caería en los totalitarismos. Una exageración de la persona como individuo, de modo inmanente y no trascendente, atraería los sistemas absolutistas y estatistas (en exceso), ya sea con la modalidad del marxismo o del fascismo. El individualismo destruye los cuerpos intermedios que defienden al individuo del Estado ⁽³⁶⁾.

Cierta opinión doctrinal, contradice las ideas que informan el párrafo anterior, de manera inaceptable, y estima que el epicentro del derecho privado para que éste pueda subsistir no es la persona sino el individuo, entendido como tal. En este orden de ideas, se sigue que el individuo conforma una definición finalista, a diferencia de la persona que vendría a ser una mera designación jurídico instrumental ⁽³⁷⁾. Al mismo tiempo, se expone que resulta exagerado el afirmar que separada

(34) Vallet de Goytisolo, ob. cit., p. 88.

(35) Hattenhauer, ob. cit., ps. 17 y 18.

(36) De Castro y Bravo, ob. cit., ps. 10 a 13; Vallet de Goytisolo, ob. cit., ps. 88 a 92.

(37) Guasp, Jaime, El individuo y la persona, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, t. XLIII, p. 3 y siguientes.

la persona de las instituciones que le confieren valor y arraigo, el individuo se convierte en masa, en un número sin nombre y, por lo mismo, en un ideal para el marxismo, en tanto quede aislado, sin cobertura. Una concepción débil no quiere significar una concepción inexacta y esa supuesta debilidad no puede conducirla al exterminio sino a su refuerzo, a no ser que se entienda que la verdad de que “los corderos son devorados por los lobos es una razón que justifica el degüello de los primeros y la sobrevivencia de los últimos” ⁽³⁸⁾. Guasp expone que la persona, para el jurista, es un concepto forjado por él, algo artificial, una cubierta que enmascara (¡precisamente!) un núcleo estricto que el concepto de persona no puede revelar. “Para el jurista, persona es el ente apto para figurar como sujeto de derechos y obligaciones. Pero como la idea de persona reposa sobre esta aptitud, forzosamente formal, la contemplación finalista que en el individuo se descubre, en la persona aparece celada por la definición” ⁽³⁹⁾.

Con acierto se ha replicado que el ejemplo puesto es sofístico. Por cierto, de lo que se trata, ante la imposibilidad de convencer a los lobos de que no se coman a los corderos, es de defenderlos (a éstos) y, para tal fin, habrá que conservar la estructura de los rebaños y, por tanto, mantener a los corderos con sus pastores, con sus perros y en sus apriscos para evitar que los devoren los lobos. La identificación entre la sociedad y el Estado como materia y forma, respectivamente, reconduce a la omnipotencia del Estado. La persona, frente a un individualismo extremo, pasa a ser una cifra, un número amorfo frente al Estado todo poderoso —como expuse—. De donde, la hipertrofia del individualismo concluye por afianzar los totalitarismos de cualquier signo.

Sólo si se admite que hay un derecho natural con resortes metafísicos y jurídicos para mantener las zonas de influencia relativas a lo individual y a lo social, apoyado en la presencia de cuerpos intermedios con aptitud para neutralizar los excesos del Estado, se podrá encontrar un justo equilibrio ⁽⁴⁰⁾.

En torno a la socialización considerada formalmente, ella puede presentarse a base de dos versiones jurídicas. Una es la creación de un derecho específicamente social y otra apunta a la revisión de gran parte de las instituciones con un sentido social. La socialización se ha presentado como programa de ciertos partidos políticos o como factor ideológico

(38) Guasp, ob. cit., p. 5, nota nro. 2.

(39) *Ibíd.*, p. 2 y siguientes.

(40) Vallet de Goytisolo, ob. cit., ps. 89 y 90.

doctrinal. Hoy día, se dice, sin defecto de posturas políticas concretas —ajenas puntualmente en este caso— que el fenómeno mencionado se extiende universalmente como modo de organizar la convivencia humana. Hernández Gil habla, por ejemplo, de la publicación (o constitucionalización) del derecho privado, de la creación de una seguridad social, de las restricciones a la autonomía privada —bajo la óptica del bien común, agregó yo—, de la protección del débil, de la general profesionalización de las actividades, de la empresa privada como síntesis de capital y trabajo, de un cierto incremento de las normas imperativas, etcétera ⁽⁴¹⁾. Puedo ampliar la lista enunciada con las referencias a la introducción en la ley de la teoría de la imprevisión (*rebus sic stantibus*), de la lesión, del abuso del derecho, de la buena fe, de la mayor latitud adjudicada al concepto de causa final del acto jurídico —en la cual, desde luego, incluyo la frustración del fin—, de la reconocibilidad como recaudo del vicio de error, del derecho de los consumidores, del abuso de la posición dominante y de otras numerosas instituciones ⁽⁴²⁾.

El derecho civil no puede mirar este fenómeno, en el cual está tomando parte, ni con recelo ni con despreocupación. Su futuro depende, en buena medida, de la aptitud que muestre para asimilarlo, sin negarlo y sin negarse a sí mismo. El derecho civil se salva con la persona (el hombre personificado por el derecho natural). La suerte del derecho civil aparece ligada a la persona. Pero la persona sólo se salva históricamente dentro de una convivencia social justa. El derecho civil ha de defender a ultranza la esencialidad de la persona; pero cuidando que el concepto sea, al mismo tiempo, tan general y tan dúctil a la concreción que sirva para todos y para cada uno y, por tal camino, evitando, en suma, confundir la desnuda realidad de la persona (ser destinado a coexistir) con una imagen, por caso, burguesa de sí misma ⁽⁴³⁾.

Sin embargo, al margen de las ideas que revalorizan al individuo (Guasp), otra corriente de opinión imbuida de una impronta socialista —y que, inclusive, puede ser funcional al marxismo—, denuncia una falsedad interesada y el carácter encubierto de una realidad distinta: la del derecho civil como protector de valores patrimoniales, exclusivamente,

(41) Hernández Gil, ob. cit., ps. 232 y 233.

(42) Vettori, Giuseppe, *Autonomía privada y contrato justo*, Derecho Privado. Homenaje a Alberto J. Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 468 y ss.; Tobías, José W., *Abuso de posición dominante*, Estudios de la parte general del derecho Civil, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 433 y siguientes.

(43) Hernández Gil, ob. cit., ps. 233 y 234. He insertado este pensamiento en el prefacio de mi obra *Responsabilidad civil del escribano*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984.

claro está ⁽⁴⁴⁾. En este sentido, se sostiene que es un mito que el derecho civil defiende los valores personales (en el caso paradigmático de la protección de la persona —tutela de los enfermos mentales—), pues sólo cobija los intereses del sujeto que es titular de bienes patrimoniales, del propietario; más aún, al derecho civil sólo le interesa la defensa de la propiedad en sí misma, funcionalizarla para la sociedad y para la familia del enfermo.

Por otra parte, Ángel Carrasco Perera (influido por la concepción abstracta) ha dirigido un fuerte ataque contra la tesis personalista desde su visión formal. El autor trata de desalojar la persona del derecho civil, de las valoraciones y de las consecuencias del modelo personalista propugnados por la Constitución Nacional.

Este derecho de la persona no es otra cosa que un presupuesto necesario del tráfico patrimonial. La persona no es objeto autónomo de regulación civil sino sujeto del tráfico. El derecho de la persona vendría a ser el tamiz a través del cual se seleccionan los sujetos de las relaciones jurídicas patrimoniales ⁽⁴⁵⁾.

Hernández Gil añade que, con frecuencia, se atribuye a la socialización del derecho el significado simplista de que se trata de un medio para rechazar la individualidad. Pero esto expresa muy poco, pues ante todo entraña un apartamiento de la concepción voluntarista del orden jurídico (piénsese, digo yo, en la omnipotencia de la voluntad que campeó en el siglo diecinueve y principios del veinte). Por tanto, no sólo es compatible sino consustancial con la afirmación social del derecho, la preocupación por la persona en plenitud, que es cuestión distinta del individuo esquematizado en su voluntad (como pretende Jaime Guasp). Ni el fundamento del ordenamiento, ni el centro de protección de las normas puede recaer estrictamente (o exclusivamente) en la voluntad. La norma debe penetrar con mayor profundidad en la organización de la convivencia y no quedar circunscripta a ese solo factor. Bajo esta luz, actualmente se revisan los principios de libertad e igualdad que son los epígonos de la filosofía voluntarista (extrema) ⁽⁴⁶⁾.

(44) Bercovitz, Rodrigo, *La marginación de los locos del Derecho*, Madrid, 1976, cap. I.

(45) Carrasco Perera, Ángel, *Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988. Puede consultarse sobre estas posturas filosófico-jurídicas, la fundada obra de Enrique Ramos Chaparro, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 170 a 174, en especial.

(46) Hernández Gil, ob. cit., ps. 233 a 236.

IX

En otro orden de ideas, la persona física (única a la que de manera auténtica cabe la designación de persona) no puede asimilarse a la llamada persona jurídica. Ni siquiera por analogía estricta, pues entre ambas a lo sumo existen algunas semejanzas o algún rasgo común. He señalado que sólo la persona física posee una dignidad que preexiste a toda ordenación jurídica positiva y al Estado, cuya regulación proviene del hombre = persona. Las personas jurídicas en concreto no son de forma inmediata una emanación del derecho natural (aunque acaso, mediatamente, podría decirse que hay un derecho natural de asociarse y de realizar el bienestar individual y social a base del accionar en grupos). Pero este asunto es muy distinto del que expuse en lo precedente. Por tanto, sólo de forma traslaticia ⁽⁴⁷⁾ podría afirmarse que las personas jurídicas son un símil de la persona física, en la medida en que aquéllas constituyen un recurso técnico para adjudicar ciertos derechos a colectividades (o realidades sociales). Esas realidades sociales son proteicas y no unitarias ⁽⁴⁸⁾. El legislador echa mano a recursos instrumentales para adjudicar personalidad y una capacidad específica limitada a ciertos entes (asociación, sociedad) que sólo tienen esa adjudicación en común, puesto que la regulación legal que compete a cada uno de ellos, generadora de unas funciones que se corresponden con el sello de la personalidad, explican para qué sirve ésta en las diversas figuras que presenta la persona jurídica ⁽⁴⁹⁾. Por su lado, García Amigo refiere que las personas físicas vienen representadas por una realidad biológico - espiritual, a las que el derecho debe reconocer personalidad jurídica, mientras que las personas jurídicas (morales) son una creación del derecho ⁽⁵⁰⁾.

El distingo de persona física y persona jurídica también se ha tratado con rigor en la doctrina italiana, en tanto se ha dicho que la persona jurídica, en su última esencia, es tan sólo "*uno schermo concettuale creato*

(47) La expresión "traslaticia", apunta al sentido en el cual se usa un vocablo para que signifique una cosa distinta de la que en él se expresa cuando se lo emplea en la acepción más apropiada —o precisa— (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Espasa Calpe, vigésima primera edición, Madrid, 1985).

(48) Capilla Roncero, Francisco, La persona jurídica: funciones y disfunciones, Tecnos, Madrid, 1984, p. 22, p. 61 y ps. 78 y 79.

(49) Capilla Roncero, ob. cit., páginas citadas. Comp. Lacruz Berdejo, ob., t. y vol. cits., ps. 253 y 254, en especial.

(50) García Amigo, ob. cit., ps. 460 y 493.

per occultare l'esistenza di figure difforme dalla tipologia dogmatica tradizionale" ⁽⁵¹⁾.

Y se añade que, con mayor precisión, el concepto de persona jurídica no tiene la función de describir una correspondiente realidad, en cuanto "sobre la escena efectual o existencial no hay más que un solo sujeto de derecho: el hombre". La función del concepto de persona jurídica, es la de permitir la formulación de proposiciones simples, capaces de condensar complicados discursos sobre criterios subjetivos de cada uno de los integrantes de un grupo y en torno a las relaciones que median entre ellos (y con respecto a terceros). En este orden de ideas, la persona jurídica no se presenta como una realidad igual a la del hombre que actúa en la esfera jurídica y social. En verdad, la susodicha persona jurídica viene a ser un instrumento conceptual en las manos del hombre, una radical simplificación del lenguaje jurídico, para sintetizar complejas disciplinas inherentes a relaciones intercurrentes entre personas físicas ⁽⁵²⁾.

Por lo demás, se ha puesto de manifiesto que el hombre es una realidad con la que ha de contar el derecho como algo insoslayable. Por el contrario, la persona jurídica no se ve ni se toca. Se presenta con los signos de una entelequia ⁽⁵³⁾. A partir de estos dichos se pretende poner en evidencia lo que comenzó a denominarse "crisis de la persona jurídica", hasta tal punto que algunos autores alemanes, franceses y de otras nacionalidades (David y Saleilles, por caso) propusieron suprimirla ⁽⁵⁴⁾. Tulio Ascarelli comparte en general estas ideas y resalta que es absurdo equiparar la personalidad del hombre con la de la persona jurídica, pues acerca de esta última cabe remarcar su carácter instrumental ⁽⁵⁵⁾.

En realidad, la crisis de la persona jurídica no es tal, sino que, ciertamente, los juristas persiguieron (y persiguen) subsanar algunas "deformaciones" que se hicieron de ella, circunstancias que, en ciertos casos, derivaron en verdaderas situaciones de abuso (quizá los ataques más agudos se llevaron a cabo en relación con las sociedades anónimas) ⁽⁵⁶⁾.

(51) Bessone, Mario- Ferrando, Gilda, Persona. Diritto privato, Enciclopedia del Diritto, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 194, con cita de Francesco Galgano.

(52) Bessone- Ferrando, ob. cit., p. 194. Comp. Zatti, Salvatore, Persona giuridica e soggettività, Cedam, Padova, 1975, p. 5 y ss.; Rescigno, Pietro, Immunità e privilegio, Rivista di Diritto Civile, 1961, p. 425.

(53) De Castro y Bravo, Federico, La persona jurídica, Civitas, Madrid, 1981, p. 261.

(54) De los Mozos, José Luis, Método. Sistemas y categorías jurídicas, Civitas, Madrid, 1988, ps. 243 y 244.

(55) De los Mozos, ob. cit., p. 295.

(56) Díez Picazo- Gullon, ob. y t. cits., p. 338 y 339.

Pero cabe corregir las anomalías y vicios y, de tal suerte, poner las cosas en su lugar (“para ese viaje no hacen falta tantas alforjas”, como se dijo algunas veces y repito yo aquí). En el ordenamiento del *common law* y también en el derecho continental se permitió levantar el velo de las personas jurídicas (*to lift the veil, disregard of legal entity* o *alter egg*) y adoptar otros remedios sanadores ⁽⁵⁷⁾.

X

En los últimos años, sobre todo, no obstante que el tema que esbozaré no es propio de este siglo ni del pasado, se intentó, fallidamente estimo yo, adjudicar a los animales el carácter de personas no humanas.

El temperamento fue adoptado en un precedente judicial de la Cámara de Casación Penal, Sala II, dictado a fines de 2014. El Tribunal estableció que una orangutana del zoológico de la Ciudad de Buenos Aires, llamada Sandra, era persona no humana o sujeto de derecho no humano y, que, por consecuencia, poseía “un derecho” a la libertad ambulatoria. También en un fallo dictado por la Cámara Penal Contravencional y de Faltas, Sala I, de la misma Ciudad de Buenos Aires, se consideró que los animales son personas no humanas, sin defecto de que fue dejado a salvo que ellos no necesariamente estaban asistidos de los mismos derechos que competen al hombre. El Tribunal agregó que se trataba de reconocer a los animales “sus propios derechos como parte de la obligación —sic— de respeto a la vida y a la dignidad del ser ‘sintiente’”. ⁽⁵⁸⁾

Cierta doctrina nacional pretende afirmar el carácter de persona de algunos animales, como gorilas, orangutanes o chimpancés por tener ciertos puntos en común con el ser humano ⁽⁵⁹⁾ —lo cual de entrada y sin otra consideración me parece discriminatorio con respecto a otros animales “sintientes”—.

(57) Borda, Guillermo J., El abuso de la personalidad. Forma y medio para infringir la ley, Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 61 y siguientes.

(58) Véase la ilustrada exposición sintética de las sentencias aludidas y las acertadas críticas a sus argumentos efectuadas por Tobías, Tratado de Derecho Civil. Parte general, t. I, cit., ps. 336 a 339, en especial.

(59) Sabsay, Daniel, Los derechos de las personas no humanas, LL, 24-4-2015, Suplemento de Derecho Ambiental; D’Alessio, Andrés, Código Penal de la Nación. Comentado y anotado, La Ley, Buenos Aires, 2003, t. III, p. 253.

En mi opinión, que coincide con la casi totalidad de la doctrina y de la legislación universales, la postura enunciada es insostenible.

Ante todo, el derecho natural confiere al hombre el carácter de persona —y esta atribución simplemente debe ser reconocida por el derecho positivo—. De ahí que sólo el hombre es persona, más allá de que por tradición se llame persona jurídica a ciertos entes institucionalizados, que son instrumentales y creados por el referido derecho positivo. Estos entes, a la postre, vienen a satisfacer intereses del hombre por medio de la formación de grupos para obtener un logro que un solo ser humano no podría alcanzar (me remito a lo que he expresado con anterioridad).

El derecho natural, pues, únicamente reconoce como persona al hombre, en tanto en cuanto sólo éste posee una dignidad propia del ser racional ⁽⁶⁰⁾. Frente a ello, resulta absurdo pretender con ligereza que los animales poseen esas cualidades y advertir que en algunas leyes y trabajos de doctrina se hable de que éstos se encuentran asistidos de algún derecho y de que tienen una dignidad —que haría suponer que es la propia del ser humano en virtud de la naturaleza de las cosas—.

La dignidad de la persona es la personalidad misma, la diferencia cualitativa con los demás seres que no son personas. Con rigor, se enfatizó en que esa dignidad es el rango de la persona como tal ⁽⁶¹⁾. Las ideas de rango, categoría o importancia que forman la familia semántica de la dignidad, reproducen el dato antropológico común a las grandes religiones monoteístas, al estoicismo, al humanismo y al personalismo, en cuando afirman la superioridad y singularidad del hombre por sobre el resto de los seres, en cuanto aquél está dotado de una esencia intelectual o racional que le permite actuar libremente (el libre desarrollo de la personalidad). La preeminencia humana sobre la materia y la naturaleza, el carácter de “fin en sí misma” que concede excelencia y realce al ser humano, adquieren de tal forma un valor definitorio propio y adecuadamente jurídico en la expresión dignidad. Ésta se refiere a una categoría máxima en la escala de valores reconocidos y se la concibe inherente a la naturaleza del hombre, siendo la base fundamental que permite a éste edificar la coexistencia jurídica ⁽⁶²⁾. La dignidad tiene unas dimensiones religiosa, ontológica, ética y social. Estas dimensiones, como dije, determinan que el hombre es fin de sí mismo y no es en absoluto medio de na-

(60) De Castro y Bravo, ob. cit., p. 28.

(61) González Pérez, J., *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, p. 24.

(62) Ramos Chaparro, ob. cit., ps. 150 y siguientes.

die. Este principio metajurídico es lo que sustenta el denominado *prius* que configura la persona en el derecho natural ⁽⁶³⁾.

Tales razonamientos, que se concatenen con la esencia de la persona, son suficientes para destruir los argumentos que de una manera acientífica persiguen acoplar en tal categoría a los animales. Dice Edgardo I. Saux, que la discusión filosófica entre iusnaturalistas y positivistas acerca del concepto de persona no implica sino el debate sobre el cual “el ser humano” es dotado de personalidad. Pero se relaciona con facetas propias de la condición humana y es ajeno al modo animal “no humano”: el derecho regula conductas y ellas son propias de los seres humanos ⁽⁶⁴⁾.

El Código Civil y Comercial de 2015, categoriza a los animales, al igual que el Código Civil de 1869, como cosas y no personas —arts. 227, 464, inc. f., 465, inc. i, 1947, 2130, inc. c., entre otros— ⁽⁶⁵⁾.

En realidad, estimo que los animales no son personas, sino cosas especiales que, en ciertos países tienen un estatuto particular propio. Son objetos que de manera indiscutida merecen una protección jurídica amplia puesto que son seres sensibles o “sensitivos”. Pero esa protección objetiva que corresponde acordarle no implica que le sean conferidos derechos subjetivos y de que se le impongan deberes. Es más, las normas existentes refieren en general que el animal posee una protección especial, pero por analogía o supletoriamente admiten la aplicación de las reglas de las cosas. Y con ello establecen una conexión con las cosas, especiales en lo general, pero cosas al fin. Por cierto, que bien se afirmó que la dignidad de la persona exige respetar y cuidar a los animales ⁽⁶⁶⁾.

(63) Ramos Chaparro, *Ibidem*, p. 151 y 152.

(64) Saux, Edgardo I., *Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de las categorías jurídicas*, LL, ejemplar del 5 de abril de 2016. Cfr. Lacruz Berdejo, ob., t. y vol., *cits.*, p. 2, cuando dice que las personas físicas son los únicos sujetos de derecho; los demás entes tienen para el ordenamiento jurídico la condición de objetos, medios o instrumentos para colmar intereses humanos. Un animal o una cosa, por más que puedan mejorar o aumentar merced al disfrute o la adición de unos bienes, nunca serán personas o sujetos de derecho.

(65) Tobías, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, t. I, p. 349. Al margen, están en contra de considerar la existencia de personas no humanas: Picasso, Sebastián, *Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda*, LL, 2015- B.- 950; Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Lectio brevis* dictada en la Facultad de Derecho de la UBA., con ocasión de su nombramiento de Doctor Honoris Causa, titulada *Experiencias Hispano argentinas*, el 29 de junio de 2022 -en vías de publicación-.

(66) Ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La categoría jurídica sujeto/objeto y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en la-*

En la actualidad, existen en el derecho comparado algunas disciplinas normativas, tales como la del Código Civil portugués —ley 8/2017—, del Código de Austria —parág. 245. a—, del Código francés —art. 515—14— y del Código suizo —art. 64. a—⁽⁶⁷⁾.

En España rige la ley 7/ 2023 de bienestar animal. Es un extenso estatuto que, al cabo, y por más que aluda tangencialmente a los derechos o a una desconceptuada dignidad de los animales, en realidad lo que hace, al igual que las restantes legislaciones europeas, es establecer medios de protección objetivos en favor de los animales sin acordar a éstos prerrogativas jurídicas o responsabilidades.

La ley citada prohíbe entre otras muchas conductas, sacrificar animales de compañía sin razones justificadas por la intervención de veterinarios, la actuación de los animales en espectáculos, el maltrato animal psíquico o físico, fomentar peleas entre animales —p. ej. la riña de gallos—, la exposición de animales en belenes, cabalgatas o procesiones si se lo hace de forma antinatural, el consumir como alimento animales de compañía, la inclusión de animales como premio en rifas, tómbolas o recompensas, etc. Asimismo, y fundamentalmente para los casos de divorcios se determinan reglas para otorgar la tenencia de animales, régimen de visitas y alimentos⁽⁶⁸⁾.

Yzquierdo Tolsada refiere que la ley contiene algunas cosas lógicas, otras no tan lógicas y alguna soberana estupidez⁽⁶⁹⁾. Comoquiera que sea, insiste en que los animales son objetos dotados de sensibilidad que

boratorios, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, quien, si bien no postula que los animales sean personas, plantea la posibilidad de que no sean cosas sino, acaso, entes protegidos por leyes especiales (p. 10 y ss.). Un tertium, genus quizás. Aunque advierto que el propio B.G.B, en el art. 90 -indicado por la autora- luego de afirmar que los animales no son cosas, concluye con la afirmación de que las disposiciones acerca de las cosas se le aplicarán de forma análoga, siempre y cuando no esté establecido de otro modo.

(67) Tobías, Tratado de Derecho Civil. Parte general, t. I, cits., p. 341.

(68) Es curioso que la extensa y casuística ley hispánica, luego de incluir prohibiciones de toda índole en torno al maltrato, desprecio y menoscabo a los animales, haya excluido en el art. 2do. los animales utilizados en espectáculos taurinos del marco normativo. Sobre el particular, se nos ocurre que la tauromaquia, las corridas de toros, constituyen la fiesta nacional, acreedora de una tradición y de una devoción emotiva multiseccular. Pero de otra parte me pregunto ¿los toros no son maltratados con intensidad, a través de la actuación hiriente -y mortal- de banderilleros, picadores, espadas y, hasta cuando toca, del descabello. Me parece que en esto hay una opción merecedora de valoraciones o una contradicción no suficientemente explicada.

(69) Yzquierdo Tolsada, Experiencias hispano americanas, citada.

no necesitan unirse en sujetos de derecho. Y se pregunta: ¿el mono araña tiene derecho al honor? ¿El gorila tiene libertad religiosa? ¿El tití común podrá rechazar las supuestas demandas del tití emperador? ¿El mandril tendrá libertad de cátedra? Y, entre otras disquisiciones, formula otra interrogación ¿es razonable vivir en una casa llena de hormigas o cucarachas?

Como se observa, estas disquisiciones que apuntan más que al concepto puro de persona, a los efectos que el desarrollo de la capacidad jurídica produce, son de manera inatacable compartidas por mí, y en definitiva me parece que deben ser la única solución lógica que cabe adoptar en la doctrina y en las legislaciones que disciplinen el asunto.

LA PERSONA HUMANA Y SU TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN HOMENAJE AL DOCTOR GUILLERMO A. BORDA

POR JUAN CARLOS HARIRI (*)

I. INTRODUCCIÓN

No podemos comenzar el tema de la persona humana sin tener presente al gran jurista doctor Guillermo A. Borda quien se preocupó con profundidad en la obra "La Persona Humana" ⁽¹⁾, desde su concepción hasta su deceso, según el punto de vista jurídico.

Dejar de lado la fructífera labor jurídica de nuestro homenajeado es verdaderamente inviable, pues en forma permanente tuvo presente al hombre y así lo demuestra su extensa labor, por tanto, podemos afirmar que es completa en si misma.

Corresponde destacar que fue el único autor de derecho civil argentino que terminó su obra completa, lo cual significó una circunstancia importantísima para la ciencia jurídica, no obstante haberse dictado un Código Civil y Comercial nuevo sus trabajos aún mantienen actualidad.

Una característica esencial de toda la creación que realizó el doctor Borda es la claridad que contiene. Así no podemos dejar de señalar un artículo que escribió en La Ley, acerca del estilo de nuestro jurista donde señaló: "Al hablar de estilo me refiero no sólo a la redacción, a la forma

(*) Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) BORDA Guillermo A.: "La Persona Humana", ed. La Ley, Bs. As., año 2001.

de la frase, sino también a la manera de tratar las materias, al modo de hilvanar los argumentos y el método” (2).

Debe distinguirse que su tarea también demostró su espíritu favoreciendo la interpretación legislativa, brindando soluciones justas y equitativas, ajustándoselas a las transformaciones sociales, prueba de ello es la vigencia que mantiene aún su Tratado.

Corresponde destacar su tesis doctoral que trató sobre “Error de hecho y de derecho” y también los seis tomos del Manual de Derecho Civil.

En cuanto a su carácter de persona humana debemos manifestar la dignidad que tuvo y siempre la evidenció tanto en la Magistratura, donde llegó a desempeñarse como Juez de Primera Instancia en lo Civil, de Cámara de ese fuero, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la función pública y en el ejercicio de su profesión.

Fue Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

Tampoco podemos dejar de lado su labor docente como profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, del Salvador, de la Universidad Católica Argentina, donde se le otorgó el reconocimiento de Profesor Emérito, fue miembro de los Consejos Directivos de ellas. y también se desempeñó en 1999 como conjuez de la Corte Suprema.

En suma, su labor en todos los ámbitos que participó lo llevó a considerarlo el jurista del derecho civil más prestigioso de la última centuria, y su extensa obra mantiene una trascendente actualidad, pues se encuentran páginas como si se hubieran escrito ayer.

II. BREVES ANTECEDENTES

Téngase presente que el hombre tiene que observar obligaciones con la sociedad y discernir cada uno de sus actos y constituyen el principio de todas las organizaciones, las cuales deben ser preservadas tanto por la ley como por el derecho.

En consecuencia, la dignidad de la persona humana debe encontrarse protegida constantemente, pues de ella nacen los derechos fun-

(2) BORDA Guillermo A.: La Ley, Páginas de Ayer, año 3, número 7, Bs. As., año 2002.

damentales reconocidos en la Constitución Nacional y también en el Código Civil y Comercial.

Empero, debemos destacar que la principal protección de la persona humana se debe encontrar en ella y después la localizamos en la legislación que deben respetar los tribunales, teniendo 'presente que el núcleo de la ley está en atenderla.

Desde otro ángulo, tenemos que enfatizar que en los últimos años se invocaron en forma enérgica los derechos humanos que pertenecen a las personas, pero de ninguna manera se expusieron las obligaciones humanas que también gozan de protección y constituyen una necesidad inmediata ponerlas en ejecución.

La tarea que desarrollan los jueces, entre otras, es defender los derechos de la persona humana tales como, el derecho a la vida, a la salud, al debido proceso, etc., no admitiéndose bajo ningún argumento falaz que abusen de sus funciones irrazonablemente, pues su noble y alto ejercicio que desempeñan se encuentra inclusive esa tutela.

“Los derechos no son solo individuales, sino también sociales, son de los pueblos, de las naciones...”⁽³⁾. Por otro lado, no debe perderse sostener que la dignidad que posee la persona humana es abarcativa para todos los hombres y propia de cada persona, pues se trata del “...reconocimiento de la exclusiva excelencia y superioridad de la persona humana sobre todas las realidades naturales y sociales...”⁽⁴⁾, y nos vemos obligados a sostener que ella se manifiesta en sus obras éticas y su forma de proceder; es un fin en sí mismo, que se destaca en la vida social.

Y en este aspecto no podemos olvidar la Encíclica del Papa Francisco —*Fratelli Tutti*— (N.º 107), cuando sostuvo que: “[t]odo ser humano tiene derecho a vivir con dignidad y a desarrollarse íntegramente y ese derecho básico no puede ser negado por ningún país, lo tiene aunque sea poco eficiente, aunque haya nacido o crecido con limitaciones...”.

La persona humana tiene dignidad, pues se corresponde con ella y por tanto es inigualable. Se trata de un tema que tiene un gran valor y así se lo debe considerar.

(3) PAPA FRANCISCO: Audiencia General en la Biblioteca del Palacio Apostólico, 12 de agosto de 2020, cita conf. compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. pág. 157.

(4) ALFONSO SANTIAGO: “La Dignidad de la Persona Humana”, pág. 69, ed. Abaco, Bs. As., 2020

No es un medio y debe ser respetada y acatada por la sociedad toda y los jueces encargados de velar por el bien común deben, según el caso que traten, exponerlo en sus pronunciamientos, máxime que cada persona humana tiene una especial y su propia idiosincrasia de honorabilidad, lo cual lo obliga a comportarse con responsabilidad y respeto que se manifestará tanto para ella misma como para con su prójimo.

Así las cosas, analizaremos como el nuevo Código Civil y Comercial trató a la persona humana y el respeto que proyectó sobre su dignidad.

III. TRATAMIENTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Nuestro sistema jurídico nacido en primer término en el Código Civil del doctor Dalmasio Vélez Sarsfield y luego continuado en el Código Civil y Comercial (ley 26.994), desarrolló a lo largo de su articulado una extensa protección de la persona humana, hecho que ponderamos, pues tuvo en cuenta principios que deben contener las normas: validez, eficacia y justicia y de ese modo guardó también el derecho natural.

Entendemos que es conveniente analizar brevemente los distintos artículos del Código.

1. El artículo 1° incluyó los tratados que suscribió el país sobre derechos humanos que "...forman parte de nuestro bloque constitucional federal" ⁽⁵⁾, y en ellos, por cierto, también se tiene presente la persona humana, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ley 26.162), donde se protege a las personas que fueren víctimas de violaciones por parte del Estado Nacional; de cualquier derecho descripto en la ley 17.722 la cual en su artículo 5 garantizó el derecho de toda persona humana a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen o étnico.

Téngase presente que los tratados enunciados por la Constitución Nacional tienen una jerarquía superior a las leyes, es decir, se encuentran por encima de ellas ⁽⁶⁾.

2. El artículo 4° dispone la obligatoriedad de las leyes para todas las personas sin importar su nacionalidad, las cuales son todos los entes de adquirir derechos o contraer obligaciones como las definía el artículo 30 del Código Civil.

(5) FALLOS 328:1146

(6) conf. art. 75 inc. 22 de la C.N

Afirmamos que persona es el hombre y “...el ordenamiento jurídico no puede dejar de reconocer en todo hombre la calidad de persona o sujeto de derechos” (7).

Al establecer la obligatoriedad de la ley se reconoce una dependencia de la persona a los fines de lograr la armonía social y el respeto debido a sus semejantes.

Debemos, en este aspecto, recordar un sabio principio romano —*Ubi Lex Voluit Dixit; Ubi Non Voluit Tacuit*—, donde la ley a querido, se ha pronunciado, donde no ha querido no se ha pronunciado (8).

3. El artículo 8° previó con toda claridad que no está permitido la ignorancia de la ley para excusarse sobre su cumplimiento. Ello, entendemos, tiene su fundamento en el respeto que debe guardarse a las personas. Es necesario tener en consideración además que la norma es de orden público.

Se permite la excusa cuando esté autorizado (art. 8° del Código).

Además, el artículo 16 de la Constitución Nacional prevé la igualdad ante la ley de las personas, de modo que, si contamos con ese principio constitucional tan esclarecido, mal podríamos permitir su desconocimiento.

4. El artículo 9° establece el principio esencial del derecho, el cual nos dice que deben ser ejercidos por las personas con buena fe que “...expresa la confianza o la esperanza en una actuación correcta de otro. Se concreta en la lealtad en los tratos y en la fidelidad en la palabra dada” (9). Por nuestra parte agregamos que contiene dos elementos sustanciales: uno objetivo y el segundo el subjetivo, los cuales deben valorarse con rigor cuando se deba interpretar la manera que una persona haya ejercido sus derechos, especialmente cuando se trate de una humana.

Cuando rigió el Código Civil con las modificaciones que introdujo la ley 17.711 (el doctor Borda fue su coautor con la riqueza de su labor jurídica junto con los doctores Roberto Martínez Ruiz, Abel M. Fleitas y José F. Bidau), se introdujeron reformas importantes. Una de ellas fue sobre el

(7) J.J. LLAMBÍAS: “Tratado de Derecho Civil -Parte General”, T° I, n° 316, ed. Perrot, 8° edición, Bs. As., 1980.

(8) MARTI LUIS MANUEL: Latines, pág. 133, ed. Proa, Bs. As., 2009.

(9) DIEZ PICAZO, LUIS: “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Vol. I, pág. 49, ed. Civitas, Madrid, 1996.

artículo 1198 (hoy plasmados en el Cód. Civ. y Com. en los artículos 968 y 1091), disponiendo este principio que fue recibido con agrado tanto por la doctrina y la jurisprudencia.

5. También el artículo 10 al mencionar que los derechos no deben ejercitarse abusivamente, pues la ley no lo permite, y si así ocurriere se atentaría contra la moral, las buenas costumbres y la buena fe, que son calidades con las cuales deben proceder las personas. Por tanto, los jueces están obligados a verificar su cumplimiento e imponer una indemnización a favor de quien fue perjudicado (artículo 1710 y c.c.), reconociendo de ese modo el principio romano de Ulpiano: *Alternum no ladere* (no perjudicar al otro).

Es, en definitiva, una norma de conducta que se le impone a las personas para ejercer sus derechos, además de la prevista por el artículo 1725 que dispone:

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.

6. El artículo 11, haciendo referencia a los dos anteriores, prohíbe a las personas ejercer posiciones dominantes la cual, en definitiva, consiste en un abuso sobre otro, y cercena a la competencia que es un medio necesario para vivir dignamente. Ninguna legislación puede hacer desaparecer este recurso fundamental.

7. El artículo 12 si bien no define el orden público prohíbe que las convenciones particulares dejen de lado las leyes donde está considerado.

Téngase presente que las leyes del Código Civil y Comercial son de dos tipos: imperativas (de orden público), o bien supletorias las cuales pueden obviarse y seguir aquellas que estipulen las partes.

El orden público procede como límite a la potestad que tienen las personas para ejercer sus derechos, pues se debe respetar los valores que el Estado estimó que se encuentran por encima de la autonomía de la voluntad. Si bien las partes son plenamente libres para celebrar contratos (art. 958 del Cód. Civ. y Com.), están obligados a respetar las normas que impone el orden público.

Empero, debemos destacar que los coautores del Código Civil y Comercial lo han valorado, sin perjuicio de tratarse de una materia que se encuentra sujeta a una gran complejidad, tal como lo demuestra la doctrina y la jurisprudencia.

Una cuestión es el orden público, cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las que juega un interés particular. Por eso las leyes de orden público son irrenunciables, imperativas ⁽¹⁰⁾.

En definitiva, nuestro homenajeado sostiene que orden público y ley imperativa son sinónimos, opinión que compartimos, por tanto, no pueden ser alteradas por la voluntad de las personas.

No obstante ello, consideramos, por nuestra parte, que los distintos contenidos de las normas hacen poco posible determinar un criterio absoluto, máxime cuando deben aplicarse a la persona humana que presenta en su vida diferentes situaciones.

Recordemos que ese concepto es una intrincada materia, la cual en distintas oportunidades se emplea en forma incorrecta y accidental, pero no perdiendo de vista que tal calificación resulta imprescindible para lograr una buena convivencia social y se reconoce en los distintos sistemas jurídicos.

Por último, podemos señalar la potestad que tienen los jueces para cambiar las estipulaciones que incluyen los contratos que ofendan al orden público (conf. art. 12 del Cód. Civ. y Com.).

8. El artículo 14 enuncia la existencia de derechos individuales y de incidencia colectiva. Considerando que la ley no ampara que los primeros puedan ejercerse en forma abusiva, pues si así ocurriere se producirá un daño sobre la persona humana que deberá repararse. Es una norma de protección, y debe tener una interpretación amplia.

En cuanto a los derechos de incidencia colectiva son aquellos que protegen bienes de esa característica y lo demandan las asociaciones que congregan esos intereses.

En el caso “Halabi, Ernesto s/ P.E.N. —ley 25.783— decreto 1563/04 s/ amparo ley 16.986 de la CS” el 24 de febrero de 2009 se expidió dándoles resguardo:

(10) BORDA G.A.: “Tratado de Derecho Civil –Parte General”, T° I, n° 47, ed. Perrot, Bs. As., año1980.

[...] La protección de clase no puede ser objetada so pretexto que la acción colectiva no encuentre, en el plano normativo, intraconstitucional un carril procesal apto para hacerla efectiva. Ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunamente parara una tutela efectiva de derechos constitucionales vulnerados. Ha expresado el tribunal al respecto que basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente.

Adviértase que cuando se dictó este fallo el Código Civil y Comercial no se encontraba vigente, y estos derechos no estaban legalmente protegidos, no obstante, el tribunal pudo encontrar la argumentación legal adecuada para lograr su protección.

Por nuestra parte hemos sostenido que todo el ordenamiento jurídico ha proyectado siempre que el que causa un daño está obligado a repararlo.

9. El artículo 15 reconoce que los bienes que poseen las personas forman su patrimonio; pertenecen exclusivamente a ellos y por tanto se le otorga su defensa.

En efecto, cuando nos referimos al patrimonio lo hacemos tomando el conjunto de bienes que una posee una persona y sus obligaciones, lo cual integran su contenido.

Se trata de un atributo constitutivo pues es propio de ellos, no se concibe que se carezca de él, por ínfimo que sea.

10. El artículo 17 se refirió a los derechos de las personas sobre el cuerpo humano, indicando que no tienen valor comercial, solo afectivo, terapéutico, científico humanitario o social y sus titulares son quienes pueden disponerlos, respetando los valores que indica la norma.

“El cuerpo de una persona viva no es, ni en el todo ni en cualquiera de sus partes una cosa en el sentido jurídico de objeto material susceptible de valor económico” ⁽¹¹⁾, de modo tal que no entran en el concepto del artículo 16 del Código Civil y Comercial.

Es necesario tener presente el avance extraordinario de la ciencia médica, que protegerá siempre la naturaleza humana, pues ese es su fin último.

(11) ORGAZ, A.: “Personas Individuales”, pág. 140, ed. Hanurabi, Bs. As.

11. El artículo 19 con toda transparencia nos revela que la existencia de la persona humana comienza con la concepción y de ese modo nace “...un individuo único, irreplicable, diferente de cualquier otro individuo, en ese embrión está todo el hombre...” ⁽¹²⁾.

12. El artículo 20 indica la duración del embarazo y la época de la concepción pues; “...resulta imprescindible fijar ese momento” (G.A. Borda, obra citada, pág. 2), y a partir de ese entonces comienza su protección, desde que es considerado persona humana y los derechos que pudo adquirir están sujetos a que nazca con vida (art. 21).

13. Desde el artículo 22 al 61 del Código en el Título I del Libro Primero, refieren a la persona humana brindando la protección a su capacidad, a los derechos y actos personalísimos, al nombre y al domicilio.

14. Los artículos 62 al 72 aluden al nombre, habiéndose derogado la ley 18.248 que fue la primera norma legislativa sobre este atributo de las personas.

15. Los artículos 73 al 78 exponen sobre el domicilio de la persona humana, incorporándose el electrónico a través de la ley 27.551 (art. 1º), que modificó el Código Civil y Comercial (art. 75).

16. Del artículo 79 al 84 se trató la ausencia de una persona humana, separándola correctamente de la presunción de fallecimiento ocupándose de esa materia los artículos 85 al 92.

Téngase en cuenta que una persona ausente no está en principio presuntamente fallecida, simplemente no se encuentra en su domicilio y se desconoce dónde está. En cambio, el presunto fallecido está ausente.

17. Llegamos al fin de la existencia de las personas (arts. 93 al 95), que concluye con la muerte y su comprobación quedó sujeta a los estándares médicos. Ciertamente la muerte se prueba con el cadáver (art. 98), y el médico autorizado extenderá el certificado de defunción luego de haberlo observado.

18. El Capítulo 9 refiere a la prueba del nacimiento de las personas, de la muerte y de la determinación de la edad (arts. 96 al 99), indicando que se verifica con las partidas, o mejor dicho con las actas, que emite el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

(12) BORDA, G.A.: “La Persona Humana. Principio de la Existencia de la Persona Humana”, pág. 1, citas indicadas, ed. La Ley, 2001).

19. Y el Capítulo 10 trató la representación y asistencia de la persona humana a través de la tutela y la curatela (arts. 100 al 140).

20. La ley 26.944, promulgada el 7 de agosto de 2014, dispuso en su artículo 1° que ella: "...rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas", indicando, además, que su responsabilidad es objetiva y directa no aplicándose las disposiciones del Código Civil, criterio que se mantuvo en los artículos 1765 y 1766 del Código Civil y Comercial.

Empero, de una manera u otra, cuando el Estado produzca daños a una persona deberá responsabilizarse e indemnizarlos, tal como refieren los artículos 3° y 4° de la norma citada, pues como ya indicamos que es principio recibido por la legislación y la jurisprudencia que aquél que cause un daño debe repararlo e indemnizarlo.

IV. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA. EL DEBER DE SU PROTECCIÓN

a. Podemos decir que la dignidad es una cualidad propia de toda persona humana. Pero es necesario que se manifieste a través del comportamiento que exhiba, demostrándola en todos sus actos compuestos de responsabilidad y respeto para consigo mismo y con los demás.

La característica propia de un hombre se percibe por su espiritualidad, donde se nutren sus sentimientos que se den a conocer, y el derecho que se encuentra por encima de la ley debe protegerlos.

Señalamos anteriormente dentro del Libro Primero del nuevo Código algunas normas que tienden a esa protección tan importante, sin olvidar que el primero que debe preservarlas es la propia persona humana.

Y para proteger su decoro, es necesario que tenga derecho a la vida y a la salud. Nuestro más alto tribunal se expidió, entre otros casos, dando su protección.

Así en los autos "Barria, Mercedes Clelia y otro c/ Provincia de Chubut y Estado Nacional s/ amparo" sentenció:

En efecto, los demandantes promovieron esta acción de amparo con el objeto de procurar la tutela del derecho a la salud que conlleva, por encontrarse íntimamente relacionado, el resguardo de la autonomía personal y de la vida misma. Esta, como lo ha reconocido la Corte, constituye el primer derecho de la persona humana, preexistente a toda

legislación positiva, y resulta garantizado por la Constitución Nacional y por diversos tratados de derechos humanos debido, entre otras consideraciones, a que la vida de los individuos y su protección —en especial de derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo ⁽¹³⁾.

Así, hoy la noción de dignidad ocupa un lugar central en todo el Derecho, especialmente con la difusión que ha tomado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ⁽¹⁴⁾.

Téngase presente que este concepto tan valioso es permanente en el hombre, el cual es único y propio de cada persona, pues no hay dos iguales, y así corresponde que deba ser reconocido. Se trata de la esencia propia del derecho que naturalmente tiene aplicación en todos los seres humanos.

Desde otro ángulo, resulta necesario destacar:

[...]que la persona no nace porque el derecho objetivo le atribuye capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino que le reconoce esa capacidad porque es persona. En otras palabras, la persona no es producto del Derecho, no nace por obra y gracia del Estado... ⁽¹⁵⁾.

La dignidad de la persona humana tiene su origen desde su concepción, pues a partir de entonces puede obtener derechos, los cuales se harán efectivos si nace con vida (arts. 19 y 22 del Cód. Civ. y Com.), desde que es una persona tal como lo reconoce el ordenamiento jurídico y también los diferentes Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

b. Así las cosas, no cabe otra solución que proteger a la persona desde su concepción ya sea en el seno materno o bien que ocurra fuera de él.

El artículo 101 del Código Civil y Comercial nos dice con toda claridad que los padres son los representantes de las personas por nacer, demostrándose que al indicar esa particularidad —representantes— es porque se reconoce que hay vida en los embriones.

Solamente se es representante de una persona.

(13) Conf. FALLOS: 323:1339; 302, 1284; 310, 112; 323, 1339; entre otros

(14) G. LIMODIO- JORGE N. LAFERRIERE- CARLOS MUÑIZ- BIBIANA NIETO: "Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial", pág. 191 y ss., ed. El Derecho, año 2016.

(15) BORDA, G.A.: "Tratado de Derecho Civil —Parte General—", T° I, n° 223, ed. Perrot, 7° edición actualizada, Bs. As., 1980.

No cabe la menor duda que la concepción tiene lugar al tiempo de la fertilización y a partir de ese entonces existe la vida humana la cual debe ser protegida en toda su extensión, tal como lo hace el Código Civil y Comercial.

De ningún modo puede sostenerse científicamente que el embrión es una cosa, y por ello no es susceptible de ser desechado, y si así ocurre se ha interrumpido la vida de una persona, en una palabra: se ha matado.

El embrión es un ser único e irrepetible, distinto a sus progenitores y por tanto tiene entidad propia.

En el caso, la sanción y promulgación de la ley 27.610 publicada en el Boletín Oficial el 15 de enero de 2021, tiene por objeto que las mujeres decidan la interrupción del embarazo, la cual se encuentra en contra de toda nuestra legislación y los tratados incorporados por la Constitución Nacional.

¿Se podrá sostener que el aborto protege la vida?

¿Qué derecho les asiste a los progenitores para dejar sin vida a una persona (embrión), al cual sin ninguna duda se lo mata?

Téngase en cuenta que el derecho a la vida de una persona es la condición primaria para poder ejercer los demás derechos.

Creemos conveniente recordar lo dispuesto por el artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): “Derecho a la Vida: 1) Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 6° dispone: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida arbitrariamente”.

c. La naturaleza jurídica del embrión *in vitro* es decir el que se encuentra fuera del útero de la madre, también corresponde otorgarle la protección que le pertenecen a las personas humanas, pues una vez que se fecunda el óvulo con el espermatozoide, se forma una célula única con dos núcleos de dos cromosomas cada uno, y por tanto, nos encontramos con una nueva vida, pues ocurrió la concepción de la persona humana (conf. art. 19 del Cód. Civ. y Com.).

Sobre este punto debemos recordar un fallo notable que dictó la Sala G, de la Excma. Cámara Nacional en lo Civil el 9 de abril de 2021.

Los autos llegaron al Superior a través de la apelación que sostuvieron el Defensor de Menores y el Agente Fiscal, contra la sentencia dictada por el señor juez de Primera Instancia que hizo lugar a la petición de los padres para que la empresa donde se encontraban los embriones crioconservados se los entregará y fueran destruidos.

Entendieron los peticionantes, que no era necesaria ninguna anuencia judicial para decidir el cese de ellos producido mediante técnicas de reproducción asistida.

Además, requirieron la resolución del contrato oportunamente suscripto con la empresa que conservó los embriones fecundados.

No obstante, esa solicitud la empresa concurrió al tribunal para saber la conducta que debía tomar.

Los apelantes requirieron con sólidos argumentos la revocación de la sentencia del señor juez de grado y así ocurrió.

Una vez más reiteramos que el comienzo de la vida tiene lugar desde la concepción (conf. art. 19 del Cód. Civ. y Com.), y este principio natural es reconocido por el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre el Derecho del Niño de las Naciones Unidas, entre otros.

Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su articulado prevé que persona es todo ser humano a quien se le debe respetar su vida a partir del momento de la concepción.

También la ley 24.714 (Régimen de Asignaciones Familiares), en su artículo 9°, otorga el pago de una suma dineraria "...desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo...".

El fallo mencionado sostuvo con toda precisión que no puede haber ninguna diferencia en la condición jurídica del embrión implantado del no implantado y ordenó su preservación pues estamos frente a una nueva vida a quien se le debe otorgar el amparo correspondiente, toda vez que se trata de una persona.

Resulta imposible permitir que se suspenda la crioconservación de embriones, aunque no se encuentren implantados.

En consecuencia, se revocó la sentencia, disponiéndose la prohibición del descarte o la destrucción de los embriones formados, criterio

que compartimos, y mereció un comentario que efectuamos en el diario El Derecho el 29 de junio de 2021.

Debemos recordar que "...la fecundación in vitro (F.I.V.), posibilita hacerlo fuera de él, permitiendo la posterior implantación en la madre".

Este es un tema de mayor importancia. Se trata de definir con máxima claridad que el embrión es un ser humano y, por tanto, persona y sujeto de derecho. En otras palabras, se admite la condición de persona desde el mismo instante del origen de la existencia de la vida humana, con todo lo que ello implica -fundamentalmente- desde la órbita de los derechos personalísimos de los derechos a la vida y a nacer en el seno de una familia y la igualdad ante la ley ⁽¹⁶⁾.

En definitiva, no participamos con las disposiciones de la ley 27.610, pues tanto la normativa vigente y los Tratados Internacionales no autorizan a quitar la vida.

Se trata de una ley inicua e inconstitucional que de ningún modo protege a la persona humana, y por tanto debe derogársela.

Esta norma carece de apoyo jurídico, pues resulta imposible defender esa conducta. Los padres están para defender la vida.

Las personas que contratan con las empresas que tienen por fin la crioconservación de los cigotos (embriones), asumen una responsabilidad sumamente extensa, máxime si nos atenemos a lo dispuesto por los artículos 1710 al 1715 del Código Civil y Comercial que disponen el deber de prevención del daño (Función preventiva y punición excesiva).

Ciertamente los avances científicos y técnicos son los que permitieron la crioconservación de los embriones y por tanto existe allí un ser humano el cual se lo da el genoma careciendo de importancia el lugar donde fue gestado.

No podemos dejar de lado lo dispuesto por la ley 26.862 que tiene por objeto "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida" (art. 1°), los cuales son "...los procedimientos técnicos de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos/embriones..." (art. 2°), y las empresas o establecimientos donde se conserven tienen la obligación de registrarse ante el Ministerio de Salud de la Nación (art. 4°), la cual fue reglamentada, por el decreto 956/2013 del P.E.N.

(16) BORDA, G.A.: "La Persona Humana", pág. 2. Ed. La Ley, año 2001

En lo que respecta a las técnicas de “alta complejidad” que refiere el artículo 2° de la ley, originan el tema de la concepción de personas humanas en el exterior del útero materno y se conservan los óvulos en los bancos registrados para guardarlos.

En consecuencia, cuando se destruyen se produce una violación del derecho a la vida humana ⁽¹⁷⁾.

En suma, aún no se ha legislado sobre la crioconservación de óvulos, situación que crea un vacío legal de máxima trascendencia, pues estamos en presencia de “hijos congelados” ⁽¹⁸⁾.

Adviértase que “el derecho civil y más especialmente el de familia, se resiste a la adopción de reglas comunes a varias acciones...” (Quero Molares: “Hacia un Nuevo Derecho Civil”) ⁽¹⁹⁾.

V. ATRIBUTOS DE LA PERSONA HUMANA

Toda persona humana cuenta con determinados atributos que le pertenecen desde su nacimiento hasta su muerte, pues están ligados a ella, tales como el nombre, el domicilio, la capacidad y el estado, de modo tal que son inseparables y por tanto no pueden ser despojados de ellos, señalando, además, que carecen de contenido económico.

a. *Nombre*: como ya indicamos los artículos 62 al 72 del Código Civil y Comercial refieren al nombre de las personas.

Es la designación oficial de una persona al que se le agrega el apellido para individualizarla dentro de la sociedad y como bien lo recibió el artículo 62 se trata de un derecho y deber y así fue precisado también por el artículo 1° de la ley 18.248.

La característica más importante que tiene es su obligatoriedad, y se adquiere mediante la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

(17) LAFERIERE, J.N.: “La Ley 26.862 y el Decreto 956/2013 sobre Acceso Integral a la Reproducción Medicamente Asistida; Cuestiones no Resueltas” - Eveysonline, Bs. As., 2013)

(18) P. MAURIZIO FAGGIONI: “La Cuestión de los Embriones Congelados”, L’Observatore Romano, 23 de julio de 1996, Italia.

(19) a propósito de un libro del Profesor Savatier), La Ley: Páginas de Ayer, año 3, n° 9, octubre de 2002, pág. 22)

Con relación al apellido el artículo 64 dispone que si se trata de un hijo matrimonial deberá llevar el primer apellido de alguno de sus progenitores, pero si no hay acuerdo entre ellos se determinará por sorteo dentro del Registro Civil.

Es necesario recordar: “que el apellido es la designación común de los miembros de una familia o de una estirpe y cada individuo lleva el que le corresponde en razón de su integración en el grupo que se distingue por ese apelativo” ⁽²⁰⁾.

Si bien para regular el nombre de la persona humana el Código Civil y Comercial ha tenido en cuenta lo que disponía la ley 18.248 hoy derogada por el artículo 3° de la ley 26.994), no podemos admitir el uso de un sorteo en el supuesto que existan diferencias entre los progenitores sobre cuál es el primer apellido que llevará el niño.

Adviértase que no se menciona la manera que se hará dicho sorteo. Ciertamente nos parece que ello carece de sensatez.

Pensamos que si se presentan esas diferencias podría ser el director del Registro quien la resuelva y si tal decisión no conforma a las partes se podrá apelar directamente ante la Excm. Cámara en lo Civil, tal como lo había dispuesto la ley 18.248 para el caso de recurrir las resoluciones que dicte.

b. *Domicilio*: señalamos que los artículos 73 al 78 del Código Civil y Comercial se ocupan de mencionar que la persona humana lo tiene en el lugar habitual de su residencia. Hay un ánimo de habitar allí y puede cambiarse las veces que se desee (art. 77).

Este atributo cuenta con dos elementos: uno, objetivo, que es la residencia habitual; el otro, subjetivo, que consiste en el ánimo o intención de permanecer en él ⁽²¹⁾.

Tan importante es que determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas (art 78).

Se encuentra previsto el legal donde la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que una persona reside allí permanentemente para el ejercicio de sus derechos y cumplir sus obligaciones (art. 74).

(20) PLINER, ADOLFO: “El Nombre de las Personas. Legislación. Doctrina. Jurisprudencia. Derecho Comparado”, pág. 43, ed. Astrea, segunda edición, Bs. As, año 1989

(21) BORDA, G.A.: “Tratado de Derecho Civil —Parte General— “; T^o I, n° 353 con citas de Busso, T° I, Salvat, Aubry y Rau, Planiol-Ripert-Boulanger, ed. Perrot, 7° edición actualizada, Bs. As, 1980.

Ya nos referimos al domicilio electrónico que incorporó el artículo 1 de la ley 27.551. Por nuestra parte pensamos que hubiera correspondido su inclusión dentro de los códigos procesales.

Y cuando es ignorado o desconocido lo tendrá en el lugar donde se encuentre y para el supuesto que también sea imposible encontrarlo será el último domicilio conocido (art. 76 del Cód. Civ. y Com.).

En suma, se trata del lugar donde ha constituido el núcleo de su vida.

c. *Capacidad*: es la aptitud que tienen las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Se demuestra de dos maneras: la primera está determinada para ser titular de derechos y cometidos jurídicos (art. 22 del Cód. Civ. y Com.). También se llama capacidad de derecho, la cual gozan todas las personas y solo puede limitársela con relación a determinados actos.

La segunda, conocida como de ejercicio o de hecho está destinada a saber cuándo la persona puede ejercer por sí misma determinados derechos (art. 23 del Cód. Civ. y Com.).

Este atributo con el estado se encuentran vinculados, pues es donde se localiza el primero, y así fue reconocido: “El estado es pues la estática y la capacidad, la dinámica de un mismo problema: los derechos y deberes jurídicos de las personas” (22).

El Código Civil y Comercial lo trató desde el artículo 22 al 50, habiendo concebido una nueva categoría de menores de edad que no cuentan con la capacidad plena (art. 25), que es el “adolescente”

También legitimó a aquellos menores que “cuenten con edad y grado de madurez suficiente”, se considera que ella puede encontrarse entre los 13 y los 16 años (art. 26), los cuales tendrán la aptitud para decidir por sí solos respecto de tratamientos médicos que no sean invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física y para otros procedimientos el adolescente tiene que dar su conformidad.

Ciertamente no compartimos este criterio expuesto en la ley, más allá que se le informe todo lo que prevé el artículo 59.

(22) BORDA, G.A.: obra citada, N° 454.

Adviértase que estamos tratando un tema muy importante con un menor de edad, donde la regla principal es la incapacidad.

Por tal razón compartimos la denominación que dio la gran mayoría de la doctrina a esa situación: “mayoría de edad anticipada”. En una palabra, los adolescentes no tienen el conocimiento necesario para poder opinar sobre tratamientos médicos y mucho menos para rechazarlos.

Cuando una persona mayor de edad concurre a un médico y le diagnostican un tratamiento invasivo o reparador, conserva la aptitud para realizar otra consulta y tener certeza del diagnóstico, pronóstico y demás consecuencias que puedan presentarse.

Será la jurisprudencia quien le dará la autoridad necesaria a esta norma, la cual desde nuestro punto de vista se encuentra en contradicción con la función que deben ejercer los representantes de los menores (art. 101), es decir sus padres quienes protegen al menor de edad adolescente.

En suma, es el atributo más representativo de la persona.

d. *Estado*: esta aptitud de la persona humana está compuesta por el sexo, la edad, nacionalidad, ocupación, su estado civil, es decir si es soltero, casado, viudo, divorciado, conviviente.

Este atributo dará nacimiento a contraer obligaciones y adquirir derechos. Como los otros es imprescriptible, único e irrepetible y propio.

Es “una posición que la persona ocupa dentro del grupo familiar, un emplazamiento al que corresponde una serie de normas que asignan al sujeto facultamientos e incapacidades, derechos y deberes” ⁽²³⁾, y como ya mencionamos este influye notoriamente sobre la capacidad.

V. CONCLUSIONES

1. La naturaleza de la persona humana se encuentra con anterioridad a cualquier ley positiva, de modo tal que aquellas que se dicten no pueden desconocer ese carácter único y propio de ellas, de allí que el legislador debe respetarla con el propósito de no promover normas que dañen al ser humano, especialmente a su dignidad que debe ser inviolable.

(23) BUSSO, E: “Código Civil Anotado”, T° I, pág. 407/408 citado por J.J. Llambías: “Tratado de Derecho Civil –Parte General”, T° I, N.° 563, ed. Ediar, Bs. As., 1944.,

2. Debemos tener presente que la persona humana necesita estar protegida no sólo por la legislación sino también por el Estado y la sociedad en su conjunto, máxime en los tiempos que nos toca vivir golpeados por el delito, la falta de instrucción que provoca un analfabetismo importante, la penetración de la droga todo ello y muchas otras situaciones perjudiciales, provocan su debilitamiento que merece un auxilio activo para lograr su amparo.

3. Defender a la persona humana que está por nacer es una obligación a cargo de los padres en primer término y en segundo lugar la ley debe abarcar esta protección y en consecuencia corresponde la derogación de la ley que permite la interrupción del embarazo por ser contraria a la naturaleza humana y a nuestra normatividad positiva, integrada, además por los tratados internacionales.

4. Estamos seguros de que si estuviera presente nuestro homenajeado el doctor Guillermo A. Borda no admitiría la ley 27.610, pues se trata de una ley inicua que permite matar a quien no puede defenderse, pues el descarte de embriones constituye precisamente el atentado más importante a la vida.

5. Por último, queremos destacar una vez más, la importante trascendencia que mantiene el doctor Guillermo A. Borda no solo en el saber jurídico completo de solidez, sino también por sus calidades morales y espirituales que fueron una constante de su dignidad que supo difundir.

SOBRE LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA HUMANA: EL SER Y SU EXISTENCIA EN EL DERECHO

POR MARCELO URBANO SALERNO (*)

“Es evidente que no se puede considerar a la persona individual como si fuere un ser anónimo, enteramente absorbido por la masa” (1).

I. ADVERTENCIA PRELIMINAR

El tema trascendental del derecho es la persona humana, núcleo de la construcción jurídica donde se asienta el Estado sobre sólidos pilares. Inmanuel Kant (1724-1804) sostenía que una de las preguntas fundamentales de la filosofía era: ¿qué es el hombre? Según Joseph Ratzinger (1927-2022) el hombre es una pregunta abierta debido a su “enorme sujeción del ser humano al cosmos biológico”, un todo en cuerpo y en alma (2). Merece debida atención este concepto que tiene “un contenido espiritual muy profundo” (3). Es forzoso hacer su análisis a fin de esclarecer los numerosos problemas jurídicos que la noción de persona humana plantea al intérprete. En el nivel más elevado se llegará a alcanzar el conocimiento pleno de la conducta individual y social, según el orden vigente, y cómo ese orden evolucionó con el transcurso del tiempo (4).

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

(1) AUSEJO Serafín de, “Diccionario de la Biblia”, Herder, Barcelona, 1963, p. 1521.

(2) RATZINGER Joseph (S.S. Benedicto XVI), “¿Qué es el hombre?”, resumen de varias conferencias compiladas el 17 de diciembre de 2013, publicado en “Humanitas” Revista de Antropología y Cultura Cristiana, Grandes Textos, Ed. Pontificia Universidad de Chile, N.º 72.

(3) OLÉ Rafael Domingo, “Derecho y trascendencia”, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 201.

(4) Recuérdese que el descubrimiento de América suscitó controversias en torno a la condición jurídica de los indios nativos, debate librado en los años 1550 y 1551 por

Edith Stein (1881-1942) escribió al respecto: “De entre los valores terrenos corresponde a la persona el ser supremo y el valor supremo” ⁽⁵⁾.

A partir de esta premisa recién se puede comenzar la investigación de la normativa en torno a la persona natural que rige en nuestro país, tema multidisciplinario por excelencia.

II. BORDA: CATEDRÁTICO, MAGISTRADO E INNOVADOR

Guillermo A. Borda (1914-1942) representó a la escuela iusnaturalista en nuestro país. Le dedicó numerosas páginas de su vasta producción escrita, inspirado en el ideal de la justicia conmutativa ⁽⁶⁾, con un lenguaje claro, didáctico. Escribió un tratado integral y completo del derecho civil, dividido en varios tomos, con abundante cita de la jurisprudencia que era de su dominio; a los contratos les dedicó dos volúmenes que fueron la bibliografía recomendada en mis cursos sobre la materia.

En sus libros desarrolló su pensamiento relativo a las personas y a las relaciones que ellas mantienen entre sí y con las cosas. Expuso el criterio clásico que aún tiene arraigo. Del mismo modo divulgó la doctrina social cristiana desde la cátedra. Primero enseñó el derecho civil en la Universidad de Buenos Aires, y luego en la Pontificia Universidad Católica Argentina, a partir de su fundación por el Episcopado el 7 de marzo de 1958, siendo su primer Rector Monseñor Octavio N. Derisi (1907-2002), Casa en la que alcanzó la designación de profesor emérito.

Borda describió el eje a cuyo alrededor se abren numerosos vínculos regulados por las leyes generales y las normas específicas. Sostuvo la teo-

una Junta de Teólogos reunida en Valladolid. SALERNO Marcelo Urbano, “Vindicación de la persona en el siglo XVI”, en Revista Chilena de Historia del Derecho, n°16, año 1991. GARCÍA GALLO Alfonso, “Curso de Historia del Derecho Español. Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal”, Madrid, 1950, t. II v. I, ps. 44/48, n° 121 desarrolla la evolución histórica del concepto de persona. LEVAGGI Abelardo, “Manual de Historia del Derecho Argentino”, Depalma, Buenos Aires, 1987, t. II ps. 95/105. MALAGÓN Javier y OTS CAPDEQUÍ José M., “Solórzano y la Política Indiana”, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 50 sostienen que los indios eran vasallos libres de la Corona de Castilla.

(5) STEIN Edith, “La pasión por la verdad”, notas y traducción Andrés Bejas, Bonum, Buenos Aires, 2012, p. 71.

(6) PIAGGIO Aníbal Norberto, “Homenaje al Dr. Guillermo A. Borda”, en “La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón”, Educa, Buenos Aires, 2003, t. I ps. 21/27. PUNTE Roberto Antonio, revista, Prudentia Iuris N.º 56, octubre de 2002, ps.325/326.

ría según la cual todo el sistema gira en torno a una concepción filosófica y metafísica respecto del puesto que ocupa el hombre en el mundo, esencia de la vida misma.

Negó validez a las visiones parciales y fragmentarias acerca de la existencia humana en el cosmos, donde se encuentra instalado el derecho. Tenía un panorama cognoscitivo muy amplio, por encima de las reglas aisladas referidas a un caso concreto, como lo pretendieron los positivistas y los empíricos⁽⁷⁾. Dominaba el arte de la interpretación jurídica, como lo demostró en un estudio que le dedicó⁽⁸⁾.

Rendimos, pues, homenaje al académico que realizó una brillante carrera judicial, magistrado desde el año 1949, luego vocal de la Cámara Nacional en lo Civil, carrera que culminó con su designación como ministro de la Corte Suprema de la Nación en el año 1966. Durante ese lapso examinó numerosos procesos y conoció en profundidad la serie de casos que fueron llevados a los tribunales. Ello le permitió apreciar el valor de lo justo, conforme los principios vigentes del Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield que había entrado en vigor el año 1871 (ley 340). Tras su retiro abrió bufete para ejercer la profesión de abogado hasta su deceso.

Consideró que ese *códice* era la estructura imprescindible del ordenamiento, aunque necesitaba cambiar de orientación, de neto individualismo, el cual obedecía a otra época histórica⁽⁹⁾. En el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en la ciudad de Córdoba el año 1961 tuvo una activa participación y fue autor de varias ponencias⁽¹⁰⁾. Después de participar en ese Congreso, propició efectuar algunas reformas al Código Civil a fin de adaptarlo a las nuevas tendencias y actualizar sus disposiciones en distintas materias, sin caer en los excesos del casuismo.

(7) COLMO Alfredo, "Técnica legislativa del Código Civil Argentino", 2ª. edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 31: "lo asistemático, lo inorgánico y lo anticientífico".

(8) BORDA Guillermo A., "Reflexiones en torno a la interpretación de la ley", El Derecho t. 2 p. 1074.

(9) BORDA Guillermo A., "La reforma de 1968 al Código Civil", Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 11.

(10) UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, Instituto de Derecho Civil Henocho D. Aguiar, "Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil", Córdoba, 1962, t. I ps. 68/73 ponencia sobre "vigencia y retroactividad de la ley". Al rendir homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield en esa oportunidad dijo que "la reforma total de nuestra legislación sería un lamentable y gravísimo error" (opus cit. t. I p. 117). Coherente con esa idea propició vetar la ley de unificación civil y comercial del año 1991 en un artículo publicado en El Derecho t. 146 p. 887.

Presidió la Comisión encargada de preparar un proyecto de reformas, la cual entre otros juristas fue integrada por Abel Fleitas y Roberto Martínez Ruiz. Esa iniciativa fue aceptada: en el año 1968, la ley 17.711 le dio sanción, en vigor hasta que se dictó la ley 26.994. Receptó así la doctrina expuesta por la jurisprudencia anterior en varias disposiciones claves, sin innovar en la regulación de las personas por entenderla adecuada a sus creencias filosóficas. Durante varias décadas las modificaciones que impulsó permitieron incentivar la mentalidad de los juristas para resolver los complejos asuntos surgidos a mediados del siglo XX⁽¹¹⁾, sirviendo sus obras de valiosa consulta. Siguen vigentes las principales reformas⁽¹²⁾, pese a que el Código de 1871 fue abrogado, al estar incorporadas en cierta medida en el nuevo *códice* civil y comercial en vigor desde el año 2015.

III. EL SIGNIFICADO DE LAS DEFINICIONES JURÍDICAS

Con motivo de haber entrado en vigor el Código Civil y Comercial (ley 26.994), parece oportuno volver la mirada hacia este tema trascendental. El artículo 15 de dicho Código, bajo el epígrafe “Titularidad de derechos”, expresa: “las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio”, a las que clasificó en personas humanas y personas jurídicas. Si bien la Constitución Nacional hizo algunas menciones aisladas⁽¹³⁾, con la reforma del año 1994 reconoció jerarquía suprema a diversas convenciones internacionales relativas a cuestiones vinculadas a los seres humanos⁽¹⁴⁾. Vale decir, el sistema instaurado en la República Argentina dispensa generosas garantías para brindarles amplia protección legal.

Una razonable inquietud exige precisar si le corresponde a una norma positiva definir qué es una persona. Va de suyo que los requisi-

(11) SANZ Carlos Raúl, “El cuadragésimo aniversario de la reforma del Código Civil (ley 17.711)”, en *Prudentia Iuris*, N.º 64/65, diciembre 2008, ps. 137/145, la ley 17.711 fue llamada la “reforma de los jueces”. En este artículo se leen palabras emotivas de su hija Delfina María Borda.

(12) Puntual coincidencia en temas de contratos: la teoría de la imprevisión y el vicio de lesión.

(13) Entre otras, está la mención sobre el crimen de la compra y venta de personas (art. 15).

(14) Artículo 75 inciso 22 cita la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica (1969), y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

tos a cumplir para formular una definición consisten en el enunciado de todos sus elementos constitutivos. El diccionario de la Real Academia Española dice en su primera acepción que es un “individuo de la especie humana”, significado genérico que es fácil de aprehender. Para el legislador esa frase sería insuficiente a fin de otorgarle el carácter de un precepto, como se advertirá a continuación, ante las vacilaciones que suscitó precisar un concepto jurídico mediante la técnica apropiada ⁽¹⁵⁾. Es una regla primaria de reconocimiento ⁽¹⁶⁾ que comprende toda la naturaleza del hombre en su máxima expresión con sus notas características sobre su físico, su psiquis y su alma.

En los inicios del movimiento codificador se omitió expresar una definición sobre la persona, siguiendo el criterio fijado por el Código Civil Francés de 1804, cuyo Libro I, dedicado a *Des Personnes* no enunció ningún concepto abstracto, dándolo por implícito en sus depurados artículos ⁽¹⁷⁾. Los comentaristas de la escuela de la exégesis fueron quienes lo intentaron. Así se puede encontrar una fórmula usual en los tratados más antiguos que dice: “todo ser humano, nacido con vida y viable, es una persona” ⁽¹⁸⁾. Los autores desde mediados del siglo XIX modificaron los términos de esa definición en el sentido que las personas o seres humanos son sujetos del derecho ⁽¹⁹⁾. El sistema vigente es abstracto-conceptual, de modo la persona es reducida al término sujeto, denominación que recibe el titular de derechos y deberes ⁽²⁰⁾.

Algunos otros códigos, como el de Alemania (1900), el de Brasil (2002), el de Bolivia (1975), el de España (1889), el de Italia (1942), el de

(15) OSLÉ Rafael Domingo, “Derecho y trascendencia”, opus cit., p. 201, el autor entiende que tiene un contenido espiritual y “una dimensión jurídica relevante”.

(16) HART H. L. A., “El concepto de derecho”, 2ª. edición, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, ps. 117/118.

(17) MORENO Rodolfo (h), “Las personas en el derecho comparado”, Madrid, 1911; obra de un profesor de la Universidad Nacional de La Plata dedicada a este tema “a través de varias legislaciones”.

(18) AUBRY C. y RAU C., “Cours de Droit Civil Francais”, Cosse, París, 1856, t. I, p. 164.

(19) CAPITANT Henri, “Introduction a l’étude de Droit Civil”, 3ª edición, Pedone, París, 1912, p. 12/13 sostenía una tesis individualista diciendo que el derecho tiene su fundamento en la personalidad humana. En el “Vocabulario Jurídico” dirigido por Henri Capitant se eludió explicar la voz persona, derivándola a la de “capacidad para ser sujeto del derecho”. La edición en francés de ese libro es del año 1930 y tiene una versión en español, traducción de Aquiles Horacio Guaglianone, Depalma, Buenos Aires, 1981.

(20) BOBBIO Norberto, “Teoría general del derecho”, Debate, Madrid, 1998, p. 194.

Paraguay (1985) y el de Suiza (1907), conscientes de la dificultad de poner en pocas palabras el significado de ese vocablo, se adhirieron al criterio de no brindar su definición legal que es mera teoría.

En cambio, otros *corpus* entendieron necesario describir brevemente la noción de persona del punto de vista jurídico. Así lo hizo el Código Civil de Chile, donde se lee que las personas naturales son todos los individuos de la especie humana (arts. 54 y 55); su redacción pertenece al célebre gramático venezolano Andrés Bello ⁽²¹⁾. Freitas escribió en el “Esbozo” que “son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos” (art. 16) y las clasificó en personas de existencia visible y de existencia ideal (art. 17). Fundó su idea —seguida por Vélez Sarsfield al redactar el antiguo Código Civil argentino ⁽²²⁾— con una extensa nota donde resumió la opinión de los comentaristas franceses. En esa nota, el jurista brasileño consideró que la expresión “personas físicas *desnatura* al hombre, que es un ente compuesto de cuerpo y espíritu”. El derecho civil peruano tiene un enunciado moderno, pues expresa que “la persona humana es sujeto de derecho” (Código de 1982).

Nuestro país, cuando sancionó el actual Código dejó sin definir el término en cuestión. Dedicó el título I del Libro I a la persona humana, aunque mantuvo para las sociedades la calificación “sujeto de derecho” (art. 2° ley 19.550). Entre los *corpus* nuevos, se encuentra el sancionado por el Estado Libre Asociado de Puerto Rico del año 2020 que dice: “Todo ser humano es persona natural” (art. 67).

IV. CARACTERÍSTICAS PRIMORDIALES

Después de este breve repaso en torno al léxico técnico-jurídico se puede advertir la trascendencia del tema que requiere de la meditación filosófica en un plano superior, pues resulta estéril desarrollar un pensamiento basado solo en la lógica. Sirva también de consideración la faz ética del hombre. En la naturaleza se hallan insertos los humanos dotados de un cuerpo, espíritu, conciencia e intelecto, quienes poseen derechos innatos. Pertenece al ámbito de la ciencia biológica el estudio de los seres vivos como somos los humanos. Proteger la integridad del cuerpo

(21) El Código Civil de la República Oriental del Uruguay (1868), redactado por Eduardo Acevedo, repite el mismo texto en el artículo 21.

(22) Vélez Sarsfield escribió en la introducción al Libro I del Código Civil vigente el año 1871 que a su entender la persona natural es el individuo, también calificó de individuos a los menores de edad (art. 126 ley 340).

humano es el imperativo que debe cumplir la sociedad. Un aporte valioso lo hace la Bioética, disciplina moderna surgida en la década del 70 (siglo XX), relativa a cuestiones vitales, entre otras la fecundación asistida, la subrogación de las madres, el trasplante de órganos, la congelación de embriones ⁽²³⁾. A su vez, la antropología trata del hombre, física y moralmente considerado ⁽²⁴⁾.

Un panorama descriptivo permite apreciar los elementos que integran la noción de la persona junto a los derechos subjetivos que garanticen su existencia en la sociedad en cuanto son seres inteligentes, la personalidad que tienen, su identidad, el nombre, el domicilio y la nacionalidad. Esos temas serán abordados en forma separada más adelante.

La ciencia del derecho tiene por objeto principal de estudio al ser humano en su existencia terrenal, cómo reconoce el sistema los derechos que le pertenecen y le impone deberes para vivir en sociedad. Es una cuestión multidisciplinaria que se transporta a toda la naturaleza, en el sentido que las leyes tienen necesariamente la finalidad de regular la conducta humana, razón por la cual las normas son obligatorias en el ámbito subjetivo, como expresa el artículo 4° del Código Civil y Comercial de la Nación. En forma terminante este *corpus* dispone que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción” (art. 19), si bien su nacimiento debe ser con vida. El nacimiento con vida es una presunción legal (art. 21). El antiguo Código Civil (ley 340) disponía que las personas al nacer tenían que evidenciar “signos característicos de humanidad”, según fuese determinado científicamente por una autoridad médica.

Ninguna cosa, ni tampoco un engendro animal, debe ser considerado persona. Monstruos como el Minotauro, con cabeza de toro y cuerpo de varón, y los prodigios, como las sirenas, no pueden ser calificados de personas por el legislador ⁽²⁵⁾. Lo mismo cabe decir respecto de un robot que carece de vida en sentido biológico, por más que se le atribuya inteligencia artificial en el mundo físico ⁽²⁶⁾, dado que es una máquina creada por el hombre.

(23) LAFERRIERE Jorge Nicolás, “¿Hacia dónde va el Bioderecho?”, *Prudentia Iuris*, número aniversario 40 años (1980-2020), octubre 2020, p. 337.

(24) LAMAS Félix, “El hombre en cuanto persona”, *Prudentia Iuris* N.º 70, mayo 2011, p. 43.

(25) PÉREZ Benjamín y PÉREZ RUIZ Benjamín, “Curso de Derecho Civil. Parte General”, *Virtudes*, Buenos Aires, 2002, p. 37: menciona algunos prodigios mitológicos: centauros, medusas, y la esfinge latina.

(26) SALERNO Marcelo Urbano, “Presente y futuro de la robótica en el ámbito civil: el desafío jurídico”, en SOLANET Manuel A., “Inteligencia artificial: una mirada multi-

Una cuestión de suma importancia suscita la clonación de animales que permite duplicar un ejemplar, es decir, reproducirlo con la identidad de otro preexistente. En nuestro país está prohibido realizar investigaciones científicas destinadas a la clonación de seres humanos (DNU 220 del año 1997). La posibilidad de esta práctica mereció críticas unánimes, según el profesor argentino Roberto Andorno ⁽²⁷⁾. Francia prohibió en el año 1994 toda operación que tuviese por finalidad el nacimiento de un niño “genéticamente” idéntico a otra persona viva o muerta (Código francés, texto del art. 16-4 modificado por la ley 2004-800, receptado en la reforma del año 2021).

Para el derecho estos seres vivientes, enlazados por los vínculos de familia, son el centro de conexión de las personas entre sí y de ellas con las cosas. De lo último resulta la clasificación de las relaciones en personales y en reales. Además, en las relaciones reales —según Kant— impera una obligación pasiva universal de brindarles respeto y cuidado ⁽²⁸⁾. Los elementos esenciales de las obligaciones son el sujeto activo (acreedor) y el sujeto pasivo (deudor) ⁽²⁹⁾. El antiguo Código Civil (ley 340) definió el contrato “cuando varias personas se ponen de acuerdo en una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos” (art. 1137, tiene una esclarecedora nota del codificador con cita de Savigny) ⁽³⁰⁾. Francia mantiene esa posición en la reciente reforma del año 2016 a su Código Civil al expresar que el acuerdo de voluntades lo deben celebrar dos o varias personas (art. 1101).

Lo expuesto lleva a la conclusión que lo más apropiado es referirse a las relaciones familiares, las personales ⁽³¹⁾ y las reales, ya que de esas

disciplinaria,” Academia Nacional de Ciencias Sociales y Políticas, Buenos Aires, 2021, ps. 98/100, afirmó: “El robot, aunque tuviese forma semejante al de un humano y hasta tuviese cierto poder de decisión, no tiene la naturaleza de una persona, ni es un ser viviente que se basta a sí mismo”.

(27) ANDORNO Roberto, “La bioéthique et la dignité de la personne”, puf, París, 1997, p. 91.

(28) Conf. PLANIOL Marcel, “Traité Élémentaire de Droit Civil”, 8ª. edición, París, 1920, t. I, N.º 2163, p. 654.

(29) LAFAILLE Héctor, “Tratado de las obligaciones”, Ediar, Buenos Aires, 1947, t. I p. 17 dijo este autor al respecto: “el sujeto o elemento humano, tanto activo como pasivo”.

(30) La definición actual del contrato sustituye la palabra personas por las “partes” de un todo, el acto jurídico bilateral (art. 957 Código Civil y Comercial, texto que reproduce el auspiciado en ALTERINI Atilio Aníbal, “Contratos. Civiles. Comerciales. De Consumo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 9).

(31) Resulta de interés señalar que el Código Civil y Comercial en su artículo 368 dispone: “Acto consigo mismo. Nadie puede, en representación de otro, efectuar con-

relaciones ⁽³²⁾ se desprenden los derechos subjetivos, algunos elevados a la categoría de derechos personalísimos ⁽³³⁾. Borda denominó a estos últimos “derechos inherentes a la personalidad”, “innatos al hombre como tal y de los cuales no puede ser privado”. En su parecer, serían los siguientes derechos: a la vida, a morir con dignidad, a la integridad corporal, a la libertad, a la intimidad, al honor, a la libertad de prensa incluido el “derecho a réplica” ⁽³⁴⁾. José W. Tobías formuló por su parte el siguiente enunciado sobre los derechos personalísimos: “reconocen y garantizan a la persona humana el goce de su propia identidad e interioridad en todas sus manifestaciones físicas y espirituales”. ⁽³⁵⁾

V. LOS FERECHOS INHERENTES A LA PERSONA EN SÍ MISMA

El principio de inviolabilidad de la vida es el fundamento de todo el sistema jurídico, la cual comienza a partir de la concepción. Así lo reconocen expresamente la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (art. 3°) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la OEA (art. 1°), ambas con jerarquía constitucional. Pertenece al Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054) el enunciado concreto de los siguientes derechos: a la vida, a la integridad física, psíquica y moral; y la libertad civil. Además, la ley ampara la intimidad (*right of privacy* en el *common law*) ⁽³⁶⁾, más la confidencialidad de los da-

...sigo mismo un acto jurídico ...”. Esta norma resolvió una ardua cuestión que se debatió para dejar en claro que el mandatario no puede actuar a nombre del mandante y a nombre propio simultáneamente. La persona es unitaria, imposible dividirla en dos.

(32) SAVIGNY M. de, “Le droit des obligations”, traducido al francés por Gérardin, C. y Jozon, Paul, 2ª. ed., París, 1873, t. I ps. 13/18, sostuvo que para designar técnicamente a la obligación del deudor hacia su acreedor se debe expresar que es una relación entre dos personas.

(33) El Código Civil y Comercial de la Nación legisla en los arts. 14 y 15 sobre “Derechos Individuales”, y en el Libro I sobre “Derechos y Actos Personalísimos” (arts. 51/61). Conf. SALERNO Marcelo Urbano, “Derecho Civil Profundizado”, UMSA y Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, ps. 246/275.

(34) BORDA Guillermo A. actualizado por BORDA Guillermo J., “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, La Ley, Buenos Aires, 2013, t. I N.º310 p. 293.

(35) en ALTERINI Jorge H., “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”, TOBIÁS José W. director del tomo, La Ley, Buenos Aires, 3ª. ed., Buenos Aires, t. I ps. 511/512.

(36) RISOLÍA Marco Aurelio, “La protección jurídica de la intimidad”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXI, N.º 16, ps.5, escribe el autor: “la vida privada gira en torno de intereses particulares que, como principio, excluyen la intromisión ajena”.

tos personales para garantizar el honor y la dignidad (ley 25.326 dictada el año 2000).

La noción de derechos subjetivos es antiquísima, puesto que pensamos el derecho en función del individuo, desde que Ulpiano afirmó que el *ius* era dar a cada uno lo suyo. Son los derechos que pertenecen al sujeto para que ejerza su libertad, considerados como el señorío de la voluntad⁽³⁷⁾. Henri Capitant (1865-1937) brindó esta definición: “El derecho subjetivo es un interés de orden material y moral, protegido por el derecho objetivo, que a ese efecto confiere, a quien lo inviste, el poder de hacer los actos necesarios para obtener la satisfacción de ese interés”⁽³⁸⁾. Es como el átomo para el sistema jurídico, su partícula mínima y la esencia del organismo social.

Mencionar la existencia de la persona lleva a realizar algunas consideraciones previas. Del punto de vista jurídico el período de la existencia humana comprende desde la concepción hasta la muerte de la persona (arts. 19 y 93 Código Civil y Comercial). Durante ese lapso, el hombre atraviesa varias etapas vinculadas a la capacidad —palabra derivada del latín *caput* o cabeza de grupo— a fin de determinar las atribuciones que tuviere para ser titular de derechos (denominado como *sui iuris* por el derecho romano). La plenitud de la capacidad se adquiere a los 18 años de edad, son los adultos mayores, y sólo la muerte determina el fin de la existencia (arts. 19 y 93 Código cit.). Antes de los 18 años las personas se denominan “menores”, quienes al cumplir 13 años son considerados adolescentes (art. 25 Cód. cit.); ejercen sus derechos “a través de sus representantes legales” (art. 26 Cód. cit.). A causa de diversos factores, la capacidad puede ser restringida y también caben casos de incapacidad (art. 32 Cód. cit.), son supuestos excepcionales. Rige la presunción legal a favor de los mayores de edad sobre la lucidez de sus facultades mentales (art. 31 inc. a Cód. cit.)⁽³⁹⁾ a fin de manifestar la voluntad con discernimiento.

(37) ALBERDI Juan Bautista, “La omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual”, discurso leído en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 24 de mayo de 1880, donde resumió todo su pensamiento y utilizó la palabra libertad para referirse al conjunto de los derechos subjetivos de las personas; en ALBERDI Juan Bautista, “Obras Escogidas”, Luz del Día, Buenos Aires, 1953, t. III ps. 259/284.

(38) CAPITANT Henri, opus cit., p. 3.

(39) La Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad tiene jerarquía constitucional, ley 27.044. La ley 26.657 tiene por objeto la salud mental.

VI. CONSIDERACIÓN DE OTROS DERECHOS PROPIOS DE LA PERSONA

De seguido serán mencionados otros derechos fundamentales que hacen a la esencia de los seres humanos. Reconoce como base de la convivencia nacional e internacional un principio ⁽⁴⁰⁾ fundamental: la dignidad humana, el sustento de los derechos humanos ⁽⁴¹⁾.

La personería es un atributo de toda criatura humana. Consiste en la facultad del sujeto de derecho para dar legitimidad a los actos jurídicos que otorgue voluntariamente a fin de desarrollar un plan a llevar a cabo durante su existencia. Tiene jerarquía constitucional dado que cuenta con el reconocimiento en tratados internacionales de mayor rango que la legislación ordinaria ⁽⁴²⁾. Puede apreciarse cómo se diferencia de la capacidad y sus distintas categorías, según la edad cronológica. Un ser humano puede tener varias personalidades en relación con otros seres de su misma naturaleza, pues ello depende de cada relación en particular ⁽⁴³⁾. Alfredo Orgaz profundizó esta noción para concluir que “la personalidad jurídica es una cualidad que emana del derecho, una simple forma de unificación de relaciones”, un concepto normativo propio del sistema jurídico ⁽⁴⁴⁾.

En el instante de comenzar la vida de una persona ⁽⁴⁵⁾ aflora la cuestión de su identidad, tema que tiene raíz filosófica conforme la naturaleza del individuo: único, irreproducible e insustituible ⁽⁴⁶⁾. Al momento

(40) LACLAU Martín, “El derecho como realidad cultural”, Astrea, Buenos Aires, 2023, p.63 los principios.

(41) SANTIAGO Alfonso, “Algunos desafíos del Derecho Constitucional del siglo XXI”, Prudentia Iuris, número aniversario 40 años (1980/2020), octubre, 2020, ps. 178/179.

(42) Declaración Universal de los Derechos humanos, ONU, año 1948, art. 6; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, año 1948, art. XVII; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ley 23.313, art. 16. Véase nota 13.

(43) D´ORS Álvaro, “Derecho y sentido común”, Cuaderno Civitas, 2ª. ed., Madrid, 1999, págs..118/119.

(44) ORGAZ Alfredo, “Personas individuales”, Assandri, 2ª ed., Córdoba 1961, págs. 10/11, y 22/23.

(45) TOBIÁS José W., “Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil, “Las Nuevas Tecnologías y el Derecho” (director José W. Tobías), Buenos Aires, s/f, ps. 14/17.

(46) IRIBARNE Julia V., “En torno al sentido de la vida. Ensayos fenomenológicos sobre la existencia”, Red Utopía, Morelia, México, 2012, ps.224/225.

de nacer aplican los medios de información para identificar físicamente a la persona: su impresión digital y los datos genéticos transmitidos por sus antecesores. La identificación antropométrica se debe a las investigaciones del científico argentino Juan Vucetich (1858-19259), de manera que las huellas dactilares permiten identificar a un individuo en forma certera y de ese modo acceder al sistema donde constan sus datos personales para obtener el documento correspondiente (DNI) ⁽⁴⁷⁾. El genoma humano brinda información sobre el origen biológico de un ser después de haberse practicado un examen genético. La ley 23.511 creó el Banco Nacional de Datos Genéticos para almacenar información sobre el ADN de cada persona ⁽⁴⁸⁾, y la ley 23.264 modificó el art. 253 del Código Civil (ley 340) relativo a la prueba de filiación ⁽⁴⁹⁾. En el Código Civil y Comercial (ley 26.994) el art. 579 también contempla la prueba genética. Todo ello, sin perjuicio de los datos que constan en las partidas de nacimiento, matrimonio y fallecimiento conservadas en registros públicos.

Al nacer un ser humano ⁽⁵⁰⁾, los padres le imponen el pronombre y la ley le asigna el apellido, ambos atributos de la personalidad, con los cuales será identificado durante toda su vida dado su carácter inmutable (arts. 62 a 72 del Código Civil y Comercial) ⁽⁵¹⁾. Hasta la sanción de la ley 18.248 se aplicaban las costumbres vigentes desde antaño, respecto al pronombre era aceptada su imposición de acuerdo a una lista denominada “Santoral”, aunque una copiosa jurisprudencia fue autorizando progresivamente palabras indígenas y aún extranjeras ⁽⁵²⁾. En cuanto al

(47) Convención sobre los derechos del niño, ley 23.849, artículo 8°: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

(48) ZANNONI Eduardo E., “Banco Nacional de Datos Genéticos,” en BELLUSCIO Augusto C. (director), “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, Astrea, Buenos Aires, 1998, tomo 7, p. 671.

(49) AZPIRI Jorge Osvaldo, “Filiación”, en LAGOMARSINO Carlos A.R. y SALERNO Marcelo Urbano, “Enciclopedia de Derecho de Familia”, Universidad, Buenos Aires, 1992, tomo II, autor que agrega para realizar la prueba las pruebas hematológicas, págs. 390/393.

(50) Convención sobre los derechos del niño, ley 23.849, artículo 7°, derecho al nombre.

(51) HERRERA Marisa, CAMELO Gustavo, PICASSO Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Título preliminar y Libro Primero”, SAJJ-INFUJUS, Buenos Aires, 2022, ps. 161/162.

(52) FAYT Carlos S., “El nombre un atributo de la personalidad”, La Ley, Buenos Aires, 1996; PLINER Adolfo, “El nombre de las personas”. Astrea, 2ª. ed., Buenos Aires, 1989; ambas son obras clásicas sobre el tema.

apellido se refiere es aceptado el patronímico, al cual se le puede agregar el de la madre en segundo término para ser compuesto; los apellidos en otros idiomas se los continúa usando en la lengua de origen. Si existiesen “justos motivos” es posible modificar tanto los pronombres como los apellidos, conforme ello al criterio judicial ahora con mayor amplitud que en el pasado, aunque se rechace la pretensión de incorporar vocablos extravagantes. Razones de orden público y seguridad impregnan el régimen argentino respecto de la llamada identidad estática, de modo que de sobrevenir algún cambio no puede tener efecto retroactivo sobre los actos cumplidos con anterioridad. Un estudio específico sobre el nombre en varios tratados internacionales permitió establecer que rigen dos principios fundamentales: la inmutabilidad del nombre y la unidad familiar que guardan relación con el apellido ⁽⁵³⁾.

El domicilio es el punto de conexión entre el Estado y la persona, lugar donde ella tiene residencia ⁽⁵⁴⁾. Cumple una función instrumental destinada a ubicar a un ser humano en el espacio físico, de modo que pueda fijarse la jurisdicción que le corresponde. En ejercicio de la libertad individual cada persona elige su propio domicilio, de acuerdo con los preceptos de la Constitución (arts. 14 y 18), mediante un acto voluntario. Si la persona no lo hiciera de modo ostensible, se da la hipótesis del domicilio ignorado, motivo por el cual legalmente corresponde tenerlo en el último sitio conocido (art. 76 Código Civil y Comercial, especie de norma de clausura), ¿será una ficción legal? Hay casos extremos en que se da ese fenómeno: los desaparecidos, los delincuentes prófugos, los linyeras, los llamados sin techo en situación de calle, los nómades...

En otras palabras: todo habitante asentado en el territorio argentino debe tener un domicilio civil. Puede tenerlo allí aún sin residencia, y puede haber residencia sin domicilio. La residencia es el lugar (*locus*) donde se asienta una persona en forma efectiva, de modo continuo y estable, que tuviese permanencia habitual (Código Civil y Comercial arts. 2608 y 2613). En la actualidad se considera la residencia en varios sentidos: principal, sede de la vivienda familiar; secundaria, sitio donde

(53) NIETO BLANC Ernesto E., “El derecho al nombre en las convenciones internacionales con jerarquía constitucional. Incidencia en el país en la materia”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil, “La reforma Constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil”, Buenos Aires, 1996, ps. 75/91.

(54) SALERNO Marcelo Urbano, “Concepción moderna del domicilio”, Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, t. XLIV, año 2010, primera parte, ps. 141/152.

se trabaja; y alternativa que se alterna con la principal para uso transitorio por causa de vacaciones o para fin de semana (*weekend*).

A fin de analizar la condición jurídica de la persona es necesario e indispensable examinar la importancia de su nacionalidad para determinar los efectos en la vida civil ⁽⁵⁵⁾. El tema tiene amplitud, ya que concierne tanto al derecho interno del Estado, como lo establecido por la comunidad universal en el derecho internacional público y privado. Así lo destacó Gutierrez Posse (1939-2020) en una brillante contribución respecto de la familia, al expresar: “a la inicial antítesis libertad individual-orden público interno se suma el cuestionamiento de la soberanía estadual y una suerte de orden público internacional” ⁽⁵⁶⁾. Lo escrito es aplicable a la persona humana en el máximo nivel jurídico, gobernada por los principios del derecho natural, que comprende la ciudadanía perteneciente a un Estado.

La nacionalidad de la persona se vincula al ejercicio de los derechos políticos —funciones públicas e integrantes de las fuerzas armadas— como también de ciertos derechos civiles ⁽⁵⁷⁾, aunque el artículo 20 de la Constitución Nacional equipare en igualdad a los argentinos y los extranjeros que habiten en el país, y el artículo 21 exima a los ciudadanos por naturalización de prestar el servicio de “armarse en defensa de la patria”. La obtención de la ciudadanía argentina se basa en el principio de la nacionalidad natural o *ius soli* (art. 75 inc. 12 de la Constitución). Según la ley 346 del año 1869 corresponde distinguir entre argentinos nativos y argentinos por naturalización ⁽⁵⁸⁾.

El reconocimiento de la Independencia de nuestro país por España tiene su historia. Esa gestión diplomática que encomendó el gobierno de la Confederación Argentina a Juan Bautista Alberdi (1810-1884), culminó

(55) El Código Civil de Francia regula la nacionalidad en sus primeros artículos (N.º 8º, 11, 14, 15). La nacionalidad argentina es requerida en nuestro país para integrar ciertas personas jurídicas.

(56) GUTIERREZ POSSE Hortensia D. T., “Familia en el derecho internacional público”, en LAGOMARSINO Carlos A. R. y SALERNO Marcelo Urbano, “Enciclopedia de Derecho de Familia”, opus cit., t. II p. 215.

(57) Está prohibido discriminar a una persona por su nacionalidad (ley 23.592 arts. 1º y 3º). El Código Civil y Comercial establece el principio de igualdad de trato entre argentinos y extranjeros (art. 2610).

(58) La ley 346 en su art. 1º inciso 4º agrega son argentinos: “Los nacidos en las repúblicas que formaron parte de las Provincias Unidas del Río de la Plata, antes de la emancipación de aquéllas, y que hayan residido en el territorio de la Nación, manifestando su voluntad de serlo”.

con la firma de un tratado el año 1857, ratificado por ambos países el 27 de junio de 1860. Mediante ese tratado España transmitió a nuestra Nación todos los privilegios que tenía en estos territorios, incluidas las Islas Malvinas. Sin embargo, Alberdi recibió numerosas críticas, debido a que esa negociación partió sobre la base de la nacionalidad de origen de los españoles y aceptó que los hijos de ellos mantuviesen la nacionalidad de los padres, es decir, el *ius sanguinis*. Un nuevo tratado entre ambas naciones suscripto después de la Organización Nacional en 1863 dejó sin efecto esa excepción que fuera prevista para estimular la inmigración de los pueblos radicados en la península ibérica.

VII. DESCRIPCIÓN DEL MARCO JURÍDICO ACTUAL

A grandes rasgos, la evolución habida en torno a los derechos de la persona obedece a una serie de factores que han transformado el mundo a partir de la segunda mitad del siglo XX. La comunidad de las naciones —como decía Savigny (1779-1861)— luego de fundar la Organización de las Naciones Unidas el año 1945, dictó una serie de medidas para proteger efectivamente garantías que asegurasen la posibilidad de una vida digna. Cuando se habla de globalización se hace referencia a la vigencia de principios elaborados por la escuela del derecho natural que se han ido incorporando al orden interno de los países. La República Argentina participó de esos avances progresivos, prueba de ello es el haber incorporado en el año 1994 varias convenciones internacionales a nuestra Constitución histórica (1853-1860) a fin de darles una jerarquía superior que las leyes ordinarias. En este caso, la nueva normativa ya había sido receptada en cierta medida por la jurisprudencia, de modo que significó adelantarse dentro del cuadro general de la legislación y contribuyó a fortalecer el ideal de la paz universal.

Diversos fenómenos surgieron en las últimas décadas que dieron lugar a doctrinas sobre la interrelación entre el derecho y la economía. El núcleo de esas corrientes innovadoras es el *homo aeconomicus*, quien tiene al patrimonio como uno de sus atributos, y su subsistencia depende del crecimiento del intercambio de bienes en los mercados. La vida se prolonga cada vez más, mientras el aumento demográfico se acentúa, lo cual estimula a realizar una mayor actividad productiva para satisfacer los intereses de la población. Es un gran desafío para la humanidad obtener los recursos necesarios que permitan dar soluciones concretas a los problemas emergentes. Se vive en una realidad muy compleja que exige un profundo análisis y debe comprenderse en su total dimensión. Lejos de abrazar teorías materialistas, es preciso

retornar a las fuentes de la cultura humanista para fortalecer el espíritu creativo.

Para finalizar, se transcribe un párrafo que el profesor Borda escribiera el año 1991 sobre la noción del derecho de familia:

El Estado de hoy, cada vez más absorbente y poderoso, provisto de todos los recursos que la economía y la técnica han puesto en sus manos, tiende a invadir la esfera de la más reservada y respetable privacidad. Ha facilitado este proceso el concepto, a mi juicio erróneo, de que las potestades familiares y particularmente la paterna, son una función social ⁽⁵⁹⁾.

Mantener la fe en el derecho, la justicia y la ética es un imperativo categórico hoy más que nunca. Concentrar el pensamiento, como acto del intelecto, en perfeccionar las instituciones hará posible despertar la inspiración de quienes desean vivir en un mundo justo y solidario. Acaso las meditaciones precedentes sobre la persona humana puedan servir para consolidar la escala axiológica de valores de nuestra civilización.

(59) BORDA Guillermo A., "Derecho de Familia", en LAGOMARSINO Carlos A. R. y SALERNO Marcelo Urbano, "Enciclopedia de Derecho de Familia", opus cit., t. I p. 834.

BOCETO CONCEPTUAL SOBRE LA NOCIÓN MISMA DE PERSONA HUMANA

POR EDGARDO IGNACIO SAUX (*)

La convocatoria para la integración de esta obra colectiva, derivada de la iniciativa de la Dirección del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, tiene de alguna manera dos elementos convocantes, que son los que dan sentido y además organicidad a la calificada multiplicidad de opiniones que la conforman.

Uno de ellos es objetivo, nuclear, y se corresponde con el tema que fuera propuesto como eje basilar de todos los aportes.

El mismo gira alrededor de la persona humana, centro gravitatorio de la ciencia jurídica como ciencia social. Y sumo mi elogio a la inteligente propuesta temática premencionada, la cual no sólo es atemporal, sino además basilar.

El Derecho es cultura —juridizada—, es conducta humana, es reparto de potencialidades y de límites operativos al libre albedrío, es búsqueda incesante de justicia.

Y allí está el hombre, sólo, en familia, en grupos más o menos orgánicos, como protagonista de ese universo de interrelaciones humanas que lo tienen como eje.

Y el otro elemento convocante, subjetivo, es el que da sentido a esta obra: el más que merecido homenaje a uno de los Maestros más relevantes del Derecho Privado que ha producido la República Argentina, quien, entre otros muchos otros logros, tuvo su sillón de miembro de número de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, lugar que hoy ocupa, merecidamente, uno de sus hijos, Alejandro.

(*) Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

No es éste el lugar ni el momento adecuados para intentar aunque mas no sea un boceto mínimo de todo lo que el homenajeado ha hecho en el ámbito de la juridicidad, no sólo nacional sino también regional e internacional.

Todos quienes, como alumnos, alguna vez hemos transitado las aulas de una Facultad de Derecho (pública o privada), no seríamos merecedores de nuestros títulos de abogados, abogadas, escribanos o escribanas si no supiéramos quien fue Guillermo A. Borda.

Perteneció —y engalanó— una generación de juristas que particularmente en la segunda mitad del siglo pasado nos demostraron que la creciente hiperespecialidad de las múltiples ramas del Derecho no era un óbice para conocerlo, analizarlo y explicarlo integralmente, con obras monumentales y abarcativas de todo su contexto, hechas en tiempos donde Internet no nos facilitaba el acceso a las más variadas fuentes de consulta, y en el cual no se escribía en ordenadores con correctores automáticos, sino, artesanalmente, en aquellas sólidas y fieles “máquinas de escribir”.

Para quienes no tuvimos el privilegio de haber podido ser sus alumnos presenciales en sus clases magistrales en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Guillermo Borda fue también un Maestro, con mayúsculas, quien nos enseñaba desde el Tratado, desde el Manual, desde el artículo, desde la conferencia.

Toda una generación —y me atrevería a decir que más de una— llevamos esa impronta de ética cívica, de rigor científico, de ejemplo de capacidad y esfuerzo como metas a tratar de imitar.

Poder integrar, modestamente, el elenco de convocados a rendirle este homenaje es apenas una muy mínima retribución a todo lo que nos diera.

I. ETIMOLOGÍA, DENOMINACIÓN Y SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL TEMA

*“Todo el Derecho ha sido hecho
por causa de los hombres...”*

Digesto (1,5,2)

Hacen ya varios años atrás —es inevitable sorprenderse cuando se dimensiona retrospectivamente el paso del tiempo—, tuve la inmere-

cida distinción de ser convocado ⁽¹⁾ junto con un selecto grupo de juristas jusprivatistas ⁽²⁾ para participar, conjuntamente, en la redacción de una obra colectiva que girara en torno a los elementos de la relación jurídica ⁽³⁾.

Por diversas circunstancias que no vienen al caso ⁽⁴⁾, quien efectivamente quiso y pudo llevar adelante su iniciativa fue justamente su promotor, José W. Tobias, y mientras por una parte nunca llegó a existir la obra integral y colectiva, sí tuvimos (y tenemos) el privilegio de contar dentro de la bibliografía generalista argentina con un libro señero en el tema que hoy nos ocupa ⁽⁵⁾, el cual, justo es reconocerlo, puede admitir como preclaro precedente el redactado hacia mediados del siglo pasado por Alfredo Orgaz ⁽⁶⁾.

Y creo necesario citar la mencionada obra de Tobías ⁽⁷⁾ por cuanto creo, honestamente —y prescindo para ello de los componentes subjeti-

(1) El convocante era, nada menos, que el Dr. José W. Tobías, referente inevitable del Derecho Civil en los tiempos que discurren, Miembro Pleno y secretario de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, en la cual oficia además como director de su Instituto de Derecho Civil, cuna genética de esta obra.

(2) Me estoy refiriendo a los Dres. Alberto J. BUERES, Jorge MAYO y Miguel Federico DE LORENZO.

(3) En el diseño pensado, se dividiría en tres partes o tomos: las personas, los bienes y las cosas (como objeto de la relación jurídica) y la teoría general del negocio jurídico.

(4) Y respecto de lo cual hago un público mea culpa en la parte que me tocaba.

(5) Me refiero a la obra “Derecho de las Personas”, que tiene como subtítulo “Instituciones de Derecho Civil - Parte General”, editado por La Ley, Buenos Aires 2.009.

(6) “Personas individuales”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1.946, con una segunda edición revisada y ampliada a cargo de la Editorial Assandri, Córdoba, 1.961.

(7) Que, obviamente, no es la única relacionada con la temática de la persona humana y alguna de sus múltiples facetas. Ya había escrito “Fin de la existencia de las personas físicas”, de Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.988, así como “La inhabilitación en el derecho civil”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.992, y volvió a adentrarse en la temática de la persona humana en su “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.018, tomo I, Capítulo VII, págs. 329 y ss. Había también hecho lo propio en sus “Estudios de la Parte General del Derecho Civil”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.006, págs. 1 y ss. y en su artículo “La persona humana en el Proyecto” (en referencia al Proyecto de Cód. Civ. y Com. luego plasmado legalmente como tal con algunas modificaciones), Revista La Ley del 25.6.2012.

De igual modo, produjo otro aporte al estudio del tema en su trabajo “Una concepción integral de la persona humana”, en la Separata de Jurisprudencia Argentina vinculada a los cien años de existencia de la publicación (JA, número aniversario, 2.018-IV, fascículo 6, 7/11/2018, págs. 381 y ss.). Y no podemos dejar afuera de esta breve enunciación a su capítulo titulado “Persona. Derechos personalísimos y derecho del

vos que me vinculan con él, mix de admiración académica, de valoración personal y de sincero afecto— que es, a hoy, la figura en derecho nacional más destacada en el enorme y multifacético laboreo del tema de la persona humana.

Ello dicho, va de suyo, sin olvidar —siempre dentro de la doctrina nacional, ya que ampliar ahora la lente hacia la comparada sería inabarcable— los magníficos aportes que dentro de obras jurídicas omnicomprendivas del Derecho Civil han hecho sobre la teoría general de las personas grandes Maestros, algunos que ya nos han dejado su recuerdo y testimonio, y otros contemporáneos ⁽⁸⁾.

Hecha esta salvedad liminar, nos permitimos hacer otra que tiene ya que ver con lo que esta primera parte de la presente labor ofrece como subtítulo.

Y ella se relaciona con las dos primeras proyecciones que sobre la expresión “persona humana” ofrecemos al lector: “etimología” y “denominación”.

Obviamente ambas no implican lo mismo —de otro modo incurriríamos en una reiteración conceptual carente de sentido alguno—, pero sí, de algún modo, ofrecen matices que se proyectan hacia el mismo sentido: “persona” es un vocablo (de raíz grecolatina) que, como sucede con otras palabras que registra el lenguaje coloquial, tienen, cuando ellas son empleadas por el derecho, una significación singular, propia, y hasta diferente a la primera ⁽⁹⁾.

consumidor”, en la obra colectiva “Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada”, dirigida por Sebastián PICASSO y Roberto VAZQUEZ FERREYRA, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.011, tomo III, pags.91 y ss.

(8) Como mero muestreo, ya que sería injusto considerar la nómina como taxativa, me refiero por caso a Alberto Gaspar SPOTA (“Tratado de Derecho Civil”, Depalma, Buenos Aires, 1.948, tomo I, Volumen 3-1, págs. 5 y ss.), Raymundo SALVAT (“Derecho Civil Argentino”, actualizado por Víctor ROMERO DEL PRADO, Editorial TEA, Buenos Aires, 1.950, Volumen I, págs. 242 y ss.), Jorge Joaquín LLAMBIAS (“Tratado de Derecho Civil - Parte General”, Tomo I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1.975, 6ª. Edición, Tomo I, págs. 245 y ss.), Manuel ARAUZ CASTEX (en coautoría con Jorge Joaquín LLAMBIAS), “Derecho Civil”, tomo I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1.955, tomo I, págs. 187 y ss.), Julio César RIVERA “Instituciones de Derecho Civil - Parte general”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.993, tomo I, págs. 315 y ss.), así como el destinatario de este homenaje, Guillermo A. BORDA (“Tratado de Derecho Civil - Parte General”, actualizada por su hijo Guillermo J. BORDA, Editorial La Ley, 13ª. Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.008, tomo I, págs.. 243 y ss.).

(9) En alguna ocasión hemos dicho, como ejemplo (vide Edgardo Ignacio SAUX, “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe,

Y en su etimología, de alguna manera su origen marca una génesis que de algún modo también hace diferencias entre ese concepto coloquial y este concepto técnico.

No vamos aquí y ahora a detenernos más de lo elemental en esa faceta etimológica de la noción de “persona”, ya que es mucho lo que sobre ello se ha escrito tanto en doctrina nacional como comparada, y además, en líneas generales, coincidente.

Simplemente quizás podemos recordar que la expresión “persona” deriva de la greco-latina *per-sonare* ⁽¹⁰⁾, que significaba la máscara que en la antigüedad usaban los actores para representar su papel en el teatro, y que para amplificar incluso el sonido de la voz tenía unos elementos metálicos de resonancia denominados “linqueles” ⁽¹¹⁾.

Una singularidad de esa máscara —y aquí encontramos otra nota de referencia al concepto actual de “persona”— es que ella no era individual para cada actor, sino “típica” (en el sentido en que se refería al “personaje” representado por el actor, y si diferentes actores representaban al mismo personaje en diferentes puestas, ellos debían usar la misma máscara), lo cual da la pauta de la distinción conceptual entre el “elemento portante” (humano) y el componente de representación (la máscara, o el rol, o el personaje, o la noción jurídica actual del concepto).

2.018, tomo II, pág. 12), que según el Diccionario de la Real Academia Española la palabra “cosa” significa “todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta”. Y así lo usamos como muletilla genérica cuando olvidamos o prescindimos de especificar el nombre o la naturaleza de algo a lo cual queremos referirnos. En cambio, para el Derecho, “cosa” es “un bien material” (Cód. Civ. y Com., art. 16). Esta diferencia de significancias entre expresiones coloquiales y su idéntica alusión en lenguaje técnico jurídico (algo similar ocurre, entre otras, con la noción de “culpa”, que la empleamos genéricamente para vincularla a un tema causal, cuando propiamente consiste en un obrar que prescinde de los deberes de cuidado que imponen las circunstancias del caso, o la de “responsabilidad” que usualmente es identificada con el control o dirección de algo —el capitán es responsable del buque—, y no como crédito de reparación ante un daño injustamente sufrido, aun cuando medie un factor objetivo de atribución) requiere, para los operadores jurídicos, el empleo correcto de esas significancias en su proyección técnica y científica para el mundo del Derecho. Con la expresión “persona” sucede algo similar. Si nosotros decimos que nos cruzamos con una “persona” en la calle, estamos implicando que vimos a otro ser humano. En cambio, para el Derecho —actual— si bien todo ser humano es persona, hay personas que no son seres humanos (como las personas jurídicas, cuya existencia y ámbito de actuación es sólo predicable en el mundo del Derecho).

(10) ORGAZ, “Personas individuales”, op. cit., pág. 8.

(11) TOBIAS, “Derecho de las personas”, op. cit., pág. 2.

En consonancia con ello, se señala con acierto que en relación con la etimología del término “persona”, desde la antigüedad “...la imagen del individuo y dicho instrumento (la máscara actoral) representaban al hombre actuando en un papel distinto a sí mismo, con vista a un fin” ⁽¹²⁾.

Al respecto, es interesante la reflexión de Tobías ⁽¹³⁾ quien alude a que la palabra persona deriva de la mencionada máscara teatral que en Grecia recibía el nombre de *prosopon*, la cual era claramente diferenciable de la noción de ser humano u hombre (*anthropon*).

En un importante aporte sobre el tema, el insigne jurista peruano Carlos Fernandez Sessarego ⁽¹⁴⁾ menciona otra alternativa, sostenida por autores como Stowasser y Walde, según la cual la expresión persona provendría de un participio latino (*personatus -a- um*), del verbo *personare*, que significaba “revestirse, disfrazarse”. También aquí aparece la distinción que marcamos entre el actor y el personaje, entre el soporte —humano— y la consecuencia —por entonces actoral—, hoy jurídica).

En similar línea de pensamiento, Rodolfo Luis Vigo y Daniel Herrera ⁽¹⁵⁾ agregan también, dentro de esa indagación etimológica, que más allá de esa perspectiva de la referencia a la máscara que involucra su cuna etrusca, griega y romana, lo relevante (y común a todos) es el “sentido social y relacional” del término, por cuanto la máscara se utilizaba para vincular al personaje, “dentro” del cual se hallaba el hombre, actor, en un contexto social de relación con otros (el público).

De allí entonces ⁽¹⁶⁾ que se aluda a que el actor “enmascarado” es así alguien “personado”, *personatus*.

Hoy decimos que todo ser humano es para el derecho persona, pero, como lo mencionamos supra, esta última noción involucra entidades que no tienen corporeidad, como las personas jurídicas ⁽¹⁷⁾.

(12) Luis NIEL PUIG, “Personas jurídicas privadas”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.014, pág. 17.

(13) Ídem, op.cit., pág. 1.

(14) “¿Qué es ser persona para el Derecho?”, en la obra colectiva “Derecho Privado” en homenaje al Profesor Alberto J. Bueres, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2.001, págs. 129 y ss.

(15) “El concepto de persona humana y su dignidad”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.015-3, “Personas humanas”, pág. 12.

(16) Conf. Hugo ERRICHETTI, “La persona en el Derecho Romano”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, “Personas humanas”, op. cit., pág. 168.

(17) Nos reservamos para hacer una referencia infra a las múltiples propuestas actuales de generar la categoría de “personas no humanas” (determinado rango de

Además de estas cuestiones vinculadas a la etimología de la expresión “persona”, hay también matices en relación con el modo en el cual, ya a nivel terminológico, se la emplea particularmente para diferenciar sus clases o categorías.

Todos recordamos que Vélez Sársfield, siguiendo en ello al “Esboço” de Freytas, diferenciaba en el artículo 31 del Código Civil argentino de 1871 a las que él denominaba “personas de existencia visible”, diferenciándolas (art. 32) de la categoría de “personas de existencia ideal, o personas jurídicas” ⁽¹⁸⁾.

Si bien la referencia a las “personas de existencia ideal” quedó descartada de alguna manera ya con la ley de reformas N.º 17.711 del año 1968 ⁽¹⁹⁾, siendo adecuadamente limitada a la de “personas jurídicas”, en terminología que adecuadamente mantuvo el Cód. Civ y Com. en vigencia, la relacionada a “personas de existencia visible” (claramente poco acertada en su significación) tuvo varias denominaciones tanto en doctrina como en derecho comparado.

Al respecto recuerda Tobías ⁽²⁰⁾ que por caso aquella cuestionable conceptualización de “personas de existencia visible” adoptada por Vélez

animales, cierto tipo de robots o de manifestaciones de inteligencia artificial), con relación a lo cual nos negamos enfáticamente a su reconocimiento.

(18) Al respecto, lo cual tiene a hoy carácter meramente anecdótico, esa conjunción “o” había generado, en doctrina nacional, algunos debates vinculados a si la referencia del mencionado artículo 32 en su parte final implicaba una sinonimia, o bien indicaba una alternativa. Para alguna calificada opinión (LLAMBIAS, “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, op. cit., tomo II, pág. 33), había entre el concepto de “personas de existencia ideal” y “personas jurídicas” una relación de género a especie, siendo las primeras aquellos sujetos de derecho que no eran personas de existencia visible (según esa caracterización por exclusión que el artículo 32 proponía a su respecto, con la falta de precisión conceptual que tal técnica legislativa implicaba, que sería equivalente por ejemplo a decir que mujer es todo ser humano que no es hombre), y las segundas una subcategoría de ellas que de algún modo estaban vinculadas con el Estado, ya sea por cuanto este último debía reconocerles la personería de modo expreso, o bien por ser personas jurídicas públicas. Cabe memorar que tal punto de miras era casi solitario en doctrina nacional, ya que la absoluta mayoría de ella veía entre una y otra referencia una mera sinonimia. A título personal me he ocupado del tema en su momento, vide Edgardo Ignacio SAUX, “Estudios de Derecho Civil en su Parte General”, Editorial de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Capítulo 8, págs. 85 y ss.

(19) Reforma producto de una Comisión presidida justamente por el homenajeado en esta obra, siendo él de alguna manera quien mayor participación tuvo en su confección, a punto tal que usualmente se aludía a ello como “la reforma de Borda”.

(20) “Una concepción integral de la persona humana”, op. cit., pág. 385.

Sársfield, fue sustituida —en sinonimia— por otras, tales como “personas individuales” ⁽²¹⁾, “personas naturales” ⁽²²⁾ o “personas físicas” ⁽²³⁾.

Como es por todos sabido, el Cód. Civ y Com. del año 2015 (Libro Primero, Título I, arts. 19 y ss.) adopta, con razonabilidad semántica, la expresión “personas humanas”, la que ya fuera incorporada al Proyecto de Código Civil de 1998 ⁽²⁴⁾.

De algún modo, como se lo preveía en los fundamentos de ese Proyecto que tanta incidencia tuvo en el diseño del vigente Cód. Civ y Com., la noción sugiere lo que es, filosóficamente, el camino correcto: todos los seres humanos ⁽²⁵⁾ son para el Derecho personas, vale decir, titula-

(21) ORGAZ, “Personas individuales”, op. cit.

(22) En nuestro País, Proyecto de nuevo Código Civil de 1936 y Anteproyecto de 1.954, en derecho comparado Códigos español y ecuatoriano, entre otros.

(23) Códigos civiles italiano, mejicano, paraguayo y costarricense, entre otros. Entre nosotros, como lo apunta con tino Tobías (“Una concepción integral de la persona humana”, op. cit., pág. 386), por un claro error de técnica legislativa —que en algún momento debería ser subsanado—, el artículo 1.513 del Cód. Civ. y Com. en su inciso “a”, dentro de las pautas para la interpretación del contrato de franquicia, menciona erróneamente a “las personas físicas”, error que se reitera en la reforma que la misma ley 26.994 (la que sancionara el Cód. Civ. y Com.) reitera en el artículo 1° de la Ley General de Sociedades 24.240. Como dato referencial, el derecho civil francés —con la impronta que tuvo en nuestra codificación a partir del Código Napoleón en nuestro Código velezano— sigue manteniendo, tanto normativa como doctrinariamente, la alusión a “personnes physiques” (vide entre otros Yvaine BUFFELAN-LANORE y Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, “Droit civil”, Editorial Sirey- Dalloz, París, 2.015, 19 edición, pág. 289). Bien es cierto que, en la concepción terminológica francesa, el reconocimiento del rango de persona que se predica hacia todos los seres humanos deriva en lo que se denomina “personalité juridique” (ibidem), designándose a lo que nosotros llamamos “personas jurídicas” como “personnes morales”, con lo cual esa alusión de *personalité juridique* comprende ambas categorías.

(24) La misma, sin perjuicio de su existencia en otros Códigos Civiles americanos (como el brasileño, el cual en su Libro 1, dedicado al régimen de “das pessoas”, alude en su artículo 1° a “das pessoas naturais”) había sido plasmada ya por el artículo 1° del Código Civil del Perú del año 1984, en el cual tuviera tan relevante participación el insigne jurista de esa nacionalidad Carlos FERNANDEZ SESSAREGO.

(25) La idea ya existía, con el condigno elogio que ello merecía, en el Código Civil argentino de 1.871 de autoría de Dalmacio VELEZ SARSFIELD, cuando en la nota al artículo 70 (relativo al comienzo de la existencia de la persona —que allí se llamaba de existencia visible— desde su concepción en el “seno materno”), el codificador mencionaba que integraban esa categoría jurídica “todos quienes presenten signos característicos de humanidad exteriormente apreciables”, haciendo la salvedad (que hoy suena como un arcaísmo casi mitológico) de que “según la expresión de los romanos” fueran “monstruos o prodigios”. Aun cuando en ese caso (agregaba) no afectaba aquella condición “una simple desviación de las formas normales de la humanidad, por

res de derechos y obligaciones, o portadores de capacidad jurídica o de derecho, y han quedado en la historia lo que durante tantos siglos (en gran parte de los sistemas jurídicos, incluso adelantados ⁽²⁶⁾) fueran realidades hoy casi incomprensibles, como la esclavitud o la denominada “muerte civil”, que comprendía la pérdida del complejo de derechos inherentes a la personalidad.

Obviamente, y como es una realidad para el mundo jurídico no sólo contemporáneo, la necesidad del tráfico jurídico impuso la necesidad de reconocer derechos y deberes (con matices, lo cual no es objeto de esta labor) a determinados núcleos de personas humanas, o incluso de capital, aun no mediando pluralidad subjetiva subyacente ⁽²⁷⁾, a entes que denominamos personas jurídicas, las que interactúan, tanto en el derecho público como en el privado, con las personas humanas en una compleja red de vinculaciones jurídicas.

Ahora bien, dejando lo inherente a la denominación, hay algunas singularidades en nuestro derecho en lo concerniente a lo que sería la conceptualización de lo que denominamos personas humanas ⁽²⁸⁾.

Así, como resulta casi sobreabundante recordarlo, el Código Civil de 1871 en su artículo 30 proponía como definición legal de persona a “todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”. Obviamente, la referencia a “ente” (lo que “es”) permitía involucrar en la noción basililar a las dos categorías de personas que perfilaba el artículos

ejemplo, un miembro de más o un miembro de menos”. Al respecto, señala Juan Carlos PALMERO (“Nuevas fronteras de la definición histórica de la definición histórica de las personas físicas del artículo 51 del Código Civil”, en RDFyP, 3-5-159) que a partir del descubrimiento científico del genoma humano debería entenderse que quien estaba siendo concebido ya era persona por detentar esos signos.

(26) Vale como dato referencial recordar que en lo que es hoy la República Argentina, la Asamblea del año 1.813 declaró el fin de la esclavitud, en tanto que en los Estados Unidos de Norteamérica la extinción de tan denigrante institución fue la secuela más importante de la guerra de secesión, de la década de 1.870.

(27) Como sucede hoy en día con la sociedad unipersonal o de un solo socio, donde lo relevante es la existencia de un patrimonio especial asignado a un fin dentro de la actividad empresarial o mercantil.

(28) Y lo decimos así, tal como se desarrolla seguidamente, por cuanto el Cód. Civ. y Com. si bien prescinde de definir a la persona humana, sí lo hace en lo relativo a la persona jurídica, en su artículo 141. (“Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”).

31 ⁽²⁹⁾: las personas de existencia visible (hoy personas humanas) y las de existencia ideal, o personas jurídicas (hoy mencionadas sólo con esta última denominación).

Por su parte, el mismo Código Civil argentino en su artículo 51 aludía a que “todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”. Con ello, de algún modo, humanidad y personalidad eran nociones inescindibles: si había un ser humano, había una persona.

Ahora bien, ese perfil legal del concepto involucraba —o vinculaba— al sujeto portador de esa atribución legal (la de ser titular de derechos y de obligaciones, las que podía o no ejercer por sí mismo según fuera una persona capaz o incapaz de ejercicio) y a ese rol de “centro de imputación de normas”, como allí se lo singularizara.

La doctrina, en general —y la comparada en relación a similares disposiciones de Código Civiles de otros países— recibía con miradas positivas dicha caracterización.

No obstante, se hacía la salvedad de que a partir de aquella propuesta legal de definición de la personalidad, no debía entenderse que era esa aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones la que caracterizaba a la persona ⁽³⁰⁾ —lo cual podría llegar a justificar que tal asignación legal le fuera negada a determinada categoría de seres humanos, o, en cambio, otorgada a otras entidades sin soporte humano, como cierta categoría de animales o robots creados por la inteligencia artificial ⁽³¹⁾—,

(29) El artículo 31 no ofrecía una caracterización normativa de lo que Vélez Sarsfield llamaba “personas de existencia visible”, aun cuando, como lo hemos mencionado supra, la nota al artículo 70 daba la pauta de su vinculación con todo ser humano, cualquiera fuera su situación o condición. Incluso se reconoció el mérito del codificador decimonónico de reconocer la personalidad en los seres humanos desde su concepción en el seno materno (obviamente, no podía por entonces aludir a fecundaciones in vitro o asistidas, que no existían). Se limitaba (aquella norma) a mencionar las dos clases de personas admitidas en el derecho argentino (de existencia visible y de existencia ideal, o personas jurídicas), aludiendo a su aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones dentro del marco de lo dispuesto por la ley.

(30) ORGAZ (“Personas individuales”, op. cit., pág. 9), alude a que “Persona, en el Derecho, es quien tiene capacidad, quien puede ser titular de derechos y obligaciones”. Tobías (“Una concepción integral de la persona humana”, op. cit. pág. 386) menciona en similar línea de pensamiento a autores como Andreas VON THUR, Lluís PUIG Y FERRIOL, Adriano DE CUPIS y Pietro PERLINGIERI.

(31) Tema del cual nos ocupamos en otro apartado de esta labor.

sino, por lo contrario, que como lo sostenía ya Santos Cifuentes ⁽³²⁾ la personalidad es un *prius* y la capacidad jurídica un *posterius*, vale decir, se tiene capacidad porque se es persona, y no se es persona porque se tenga capacidad.

La capacidad (tanto la jurídica o de derecho como la de obrar o de hecho o ejercicio, como ahora lo denomina el Cód. Civ y Com.) es sin dudas el atributo más relevante de la personalidad ⁽³³⁾. Y, además, al día de hoy, no se discute que los derechos personalísimos o de la personalidad, regulados desde 2015 en el Cód. Civ y Com. y con soporte convencional previo (en la “Convención Interamericana de Derechos Humanos”, o “Pacto de San José de Costa Rica”), son derechos subjetivos de la persona que devienen inherentes a ella misma y que operan independientemente de su capacidad.

Lo cierto es que el Cód. Civ y Com., deliberadamente ⁽³⁴⁾, prescinde de definir a la persona (al menos, la humana, ya que hemos dicho supra que sí lo hace en el artículo 141 con la persona jurídica), y se entiende que tal circunstancia obedece a que dicha noción ha sido suficientemente elaborada por la doctrina ⁽³⁵⁾.

Tal omisión voluntaria es considerada por alguna opinión ⁽³⁶⁾ como acertada, en parte porque evita alguna posible interpretación del texto

(32) “Derechos personalísimos”, 2ª. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1.995, pág. 130.

(33) Se suele nacer sin nombre, el cual se adquiere recién con la inscripción registral del nacimiento, o con domicilio desconocido, o con un estado civil luego modificable o impreciso al tiempo del parto, pero la capacidad es atributo de la persona humana desde su concepción, pueda ella ejercer sus derechos por sí misma o no.

(34) En sus Fundamentos, la Comisión Redactora del Proyecto de Cód. Civ. y Com., expresa que “se elimina la definición del artículo 30 del Código Civil vigente”, lo cual demuestra que tal ausencia regulatoria no obedece a un olvido, sino a un designio expreso.

(35) Como lo decía con su agudeza y en el caso visión de futuro el recordado Jorge MAYO (ver su comentario al artículo 30 del Código Civil argentino en la obra “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, dirigido por Alberto BUERES y coordinado por Elena HIGHTON, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1.995, tomo I, pág. 82), “...coincidimos con la doctrina nacional en cuanto considera que la definición legal” —se refiere a la del artículo 30 del Código de Vélez Sarsfield— “...es irrelevante normativamente, pues atañe a un tema de teoría general, o de lógica normativa, más propio de la doctrina que de un Código...”.

(36) TOBIAS, “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, op. cit., Tomo I, pag. 349. Del mismo autor, “La persona humana en el Proyecto”, LL 25/6/2012. También el mismo José W. TOBIAS (“Persona. Derechos personalísimos y derecho del consumidor” en la obra colectiva “Ley de defensa del consumidor comentada y anotada”, dirigida por Sebastián PICASSO y Roberto VAZQUEZ FERREYRA, Editorial La Ley, Buenos Ai-

del artículo 30 del Código derogado en el sentido de que la personalidad es una concesión del ordenamiento jurídico a determinada categoría de entidades (lo que para algunos pareceres sugeriría pensar que Vélez Sársfield estaba influenciado por la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen ⁽³⁷⁾), siendo que en la realidad "...se trata de una noción que proviene de la naturaleza y es anterior a la ley...", y en parte porque también "...supera una corriente de opinión que, equivocadamente, vincula la noción de persona con la capacidad jurídica o capacidad de derecho...", cuando esta última es una cualidad o atributo esencial de la personalidad.

Desde otro punto de vista ⁽³⁸⁾, se ha dicho que "...no obstante que el derecho argentino carece en la actualidad de una definición legal de persona, la definición clásica no ha perdido vigencia y parece tener buen fundamento en cuanto se afirma que es persona todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones...".

A título personal ⁽³⁹⁾, siendo que los autores del Cód. Civ y Com. derivan a la doctrina la definición del concepto de persona, propuse al respecto calificarla como:

res, 2.011, Tomo III, pag. 99) menciona que la dignidad humana, como principio constitucional, "...es una cualidad inherente o intrínseca al hombre, cuyo reconocimiento exige la igualdad entre todos los hombres a través de un igual reconocimiento de derechos fundamentales inalienables...". Ver en similar sentido Silvia Y. TANZI, "La inviolabilidad de la persona humana y el Código Civil y Comercial", en "Temas de Derecho Civil - Persona y patrimonio", Editorial Errejus, Buenos Aires, octubre de 2.015, pags. 11 y ss. Si bien sería imposible enumerar la cantidad de referencias atañentes a la dignidad como elemento estructural del concepto de persona humana, podemos también recordar que en el marco de las "XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil" celebradas en la ciudad de Rosario en el año 2.003, la Comisión No. 1, que sesionó sobre la temática del comienzo de la existencia de la persona humana, en su primera recomendación ("Principios generales") declaró expresamente que "El principio básico insoslayable en la materia es el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales".

(37) Quien deviene merecidamente en receptor del homenaje que esta labor integra, me refiero al Maestro Guillermo A. BORDA (ver su "Tratado de Derecho Civil - Parte General", op.cit., tomo I, pag. 245) no esconde su mirada crítica sobre dicho perfil legal del concepto, al que juzga inficionado de criterios positivistas, mencionando al respecto que "...la persona es el hombre pleno e integral, aunque el Derecho sólo se ocupe de él en tanto sujeto de derechos y deberes jurídicos".

(38) Noemí L. NICOLAU, "La persona. Una categoría jurídica claudicante. La persona humana y su debilidad jurídica", en "Liber amicorum" en homenaje a Luis LEIVA FERNANDEZ, coordinado por Leonardo PEREZ GALLARDO, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.020, pag. 33.

(39) Edgardo Ignacio SAUX, "Tratado de Derecho Civil - Parte General", Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1ª. Edición, 2.015, tomo II, pag. 25.

[...] el correlato jurídico del sustrato humano, de su libertad y su dignidad, individual o colectivamente considerado, que en tal virtud lo torna protagonista de relaciones jurídicas en diversas situaciones legitimantes activas o pasivas, y que lo erigen en la categoría de sujeto de derechos y de deberes correlativos.

II. EL HUMANISMO COMO DERIVACIÓN FILOSÓFICA DE LA PERSONA HUMANA

No es éste el lugar ni el momento adecuados para intentar profundizar, ni aun mínimamente en lo que filosóficamente se ha dado en llamar “humanismo”, singularmente en su proyección en el Derecho (en pureza, la misma es más amplia, y compromete a la Filosofía en general, a la Sociología, a la Ciencias y también a las Artes).

Simplemente propondremos, con modestia, dos o tres trazos muy gruesos sobre el tema como para intentar luego justificar el desarrollo siguiente de estas ideas muy epidérmicas.

El humanismo —que no es sinónimo de antropocentrismo, tan cuestionado desde el derecho ambiental— es el concepto filosófico según el cual el resguardo de la dignidad humana es el epicentro del sistema. Admitidamente originado en la Europa central en el siglo XIV (antes del Renacimiento) supera el teocentrismo medieval y pone al hombre, la búsqueda de su felicidad y la ética aristotélica como sus sustentos basales.

Tomás Moro, Erasmo de Rotterdam, y mucho más acá en el tiempo Emmanuel Kant son algunos de sus exponentes históricos más relevantes.

De ese concepto son tributarios todos los pronunciamientos e instituciones nacidos luego de la segunda mitad del siglo XX, a la luz de las atrocidades vividas por la humanidad en las dos grandes guerras mundiales habidas en la primera mitad del mismo.

La personalidad como atributo natural de todo ser humano, su intangibilidad, la igualdad ante la ley, la autodeterminación, la protección del vulnerable (en todas sus manifestaciones), la regulación de los derechos humanos, la protección del medio ambiente, la igualdad de género, los derechos personalísimos, la prohibición de las prácticas eugenésicas y eutanásicas, la proscripción de las manipulaciones genéticas no curativas, son algunas de sus manifestaciones más recientes y relevantes.

Obviamente, ello presupone una fuerte correlación entre el derecho como ciencia social conductista y la moral y la ética, a partir del resguardo de los valores que lo informan ⁽⁴⁰⁾.

En ese orden de ideas, y en lo que toca puntualmente al tema que es objeto de estas digresiones (la persona humana), coincidimos con Fernandez Sessarego ⁽⁴¹⁾ en que para llegar a tal noción debemos partir de un sustrato biológico, que es nada menos que el ser humano.

Los seres humanos, cualquiera su género o condición, formamos parte de la naturaleza, dentro de ella del reino animal, y dentro de este último de la categoría de mamíferos. Por ende, compartimos con otros ejemplares de tal rango relevantes elementos de la cadena de ADN, así como instintos básicos —alimentación, supervivencia, reproducción— que hacen a la subsistencia de la especie.

Dentro del proceso evolutivo de los homínidos, hay consenso actual en la biología en ubicar a los seres humanos en la categoría de *homo sapiens*, que es, a hoy, la más avanzada de las especies vivientes en materia de raciocinio.

Dicho lo siguiente en términos casi menos que elementales, estos *homo sapiens*, dentro del largo proceso de su evolución cultural, crean el derecho (en sentido objetivo, como conjunto de normas regulatorias de la convivencia humana entre sí y con relación al ambiente dentro del cual existimos). Y es el derecho el que genera la noción de “persona”, como núcleo portador de los derechos (subjetivos, individuales) que aquel ordenamiento les confiere, con sus consecuentes deberes nacidos de sus correlativas obligaciones.

Ello así, una pregunta liminar pareciera ser si esa noción de “persona” es exclusiva y excluyentemente predicable con respecto a los seres humanos, o si podría extenderse hacia otros seres integrantes del mundo animal, o de la creación tecnológica, con mayor o menor grado de aptitud intelectual, memoria, capacidad de retención de información y de procesamiento de vivencias, o de sensibilidad hacia estímulos externos (frío, miedo, dolor, alegría).

(40) Hay mucha bibliografía sobre ello. Nos limitamos ahora a mencionar el trabajo del brillante jusfilósofo rosarino Miguel CIURO CALDANI, titulado “La desmoralización y la remoralización en las realidades mundial y argentina actuales. Necesidad de un nuevo humanismo”, en “Espacio virtual sobre desmoralización, remoralización y Derecho”, publicación del Centro de Investigaciones de Filosofía jurídica y Filosofía social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario, abril-junio de 2.022.

(41) “Qué es ser persona para el Derecho?”, op. cit., pags. 141 y ss.

A título personal, creemos —y trataremos de justificarlo brevemente infra— que la categoría jurídica de persona es predicable sólo con relación a los seres humanos (individual o colectivamente considerados), y no a otros animales considerados “seres sintientes”, o a creaciones robóticas de la inteligencia artificial.

Pero retomando el hilo de la vinculación entre seres humanos —para la biología— y personas —para el derecho—, debemos buscar la razón por la cual esa atribución protagónica en toda clase de relaciones jurídicas es conferida sólo a aquellos (excepción hecha, como ya se ha mencionado reiteradamente, de los casos en que por motivos sociales y económicos el sistema jurídico personaliza grupos de voluntades, o patrimonios especiales, a los fines de reconocerles lo que llamamos personalidad jurídica).

En la mirada del prestigioso jurista peruano bajo cita, ello se deriva del “espíritu de libertad” que es inherente al hombre, y que no se proyecta hacia el mundo animal. Ese espíritu de libertad es el que condiciona el libre albedrío (ya sea para el bien o para el mal), iluminado éste por la razón ⁽⁴²⁾.

De tal modo, este ser humano, dotado de libertad y por ende de espiritualidad y raciocinio, lleva el concepto hacia el “personalismo” ⁽⁴³⁾, como corriente de filosofía humanista de raíz kantiana que lo calificara además como “ético”, identificando en inescindible simbiosis dentro del mundo del Derecho a las nociones de “hombre” y “persona” (en tanto ser libre y además responsable de sus actos), noción que además, como con acierto lo predica el actual artículo 51 del Cód. Civ. y Com. al abrir el capítulo regulatorio de los derechos personalísimos, se sustenta y califica en dos pilares estructurales: su dignidad y su intangibilidad ⁽⁴⁴⁾.

(42) Como lo menciona FERNANDEZ SESSAREGO, “...los animales mamíferos, por ser tales, responden a sus instintos, mientras que los seres humanos, en cuanto libres, son capaces de administrarlos”. Alude al respecto que “...los animales no hacen huelga de hambre, ni dejan de comer para bajar de peso. Ellos están absolutamente condicionados por sus instintos. El ser humano, sin dejar de tener instintos, los sublima, los administra. Ello es posible en tanto ser libre, no obstante estar sometido a numerosos condicionamientos”.

(43) Emmanuel MOUNIER, “El personalismo”, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1.962, pag. 12.

(44) Como lo expresa el actual presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Armando ANDRUET (h) (“La matriz bioética del Código Civil y Comercial de la Nación”, JA 2.017, fascículo No. 7, 15/2/2017, pag. 3) estos conceptos de dignidad e inviolabilidad de la persona están textual y paratextualmente presentes en nuestra codificación civil y comercial del año 2.015, conformando esa

En este elemental paneo de los criterios existentes en relación con la noción y alcance mismo del concepto de persona —y, específicamente en el caso, de lo que hoy denominamos personas humanas—, no podemos omitir alguna referencia jusfilosófica, ya que en ese campo es donde se han materializado los debates sobre la cuestión.

Como lo recuerdan Rodolfo Luis Vigo y Daniel A. Herrera ⁽⁴⁵⁾ las primeras elucubraciones tendientes a justificar el concepto de persona en sentido jurídico pertenecen a Boecio, en el siglo V, quien la caracteriza como “...la sustancia individual de naturaleza racional”, debiéndose tener en cuenta al respecto que dentro del sistema jurídico romanista vigente en esos tiempos, la palabra “persona” se refería más bien no tanto al hombre como individuo, sino a dos de sus atributos (el estado, o *status*, y la capacidad o *caput*), que eran los que le permitían cumplir jurídicamente con la integralidad de sus potencialidades.

Hasta entonces, y dentro de un marco de rango filosófico pero no estrictamente jurídico, la metafísica clásica de cuño aristotélico identificaba a la persona con el hombre (o ser humano) en su doble naturaleza (la del ser y la del actuar) ⁽⁴⁶⁾.

El positivismo, de esencial kelseniana a partir de su Teoría Pura del Derecho, considera que la personalidad es una atribución del ordenamiento jurídico con consecuencias en ese ámbito, que confiere —o no— a determinados entes esa potencialidad de ejercer derechos y participar en relaciones jurídicas, atribución totalmente prescindente de circunstancias valorativas fuera del puro marco de la juridicidad ⁽⁴⁷⁾.

denominada “matriz bioética” que anida fundamentalmente en la regulación de los derechos de la personalidad. Esta noción de dignidad como valor fundante de la personalidad y de la esencia humana misma ya estaba presente en la “Suma Teológica” de Santo TOMAS DE AQUINO, cuando expresa que “la dignidad es cosa absoluta y pertenece a la esencia humana”.

(45) “El concepto de persona humana y su dignidad”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, tomo 2.015-3, “Personas humanas”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pags. 11 y ss.

(46) Para Aristóteles el principio orgánico y el principio espiritual eran sustancias incompletas, que se unían formando una sustancia completa, a la cual se adiciona la naturaleza social o relacional, la que hace a la proyección jurídica de su actuar en correlación con el otro.

(47) En palabras de Hans KELSEN (“La teoría pura del Derecho”, Editorial Losada, Buenos Aires, 2ª. Edición, 1.946, pag. 83), “...la persona es una expresión unitaria personificada para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas”.

Por su parte, el personalismo ético de Emmanuel Kant ve a la persona humana como un valor en sí mismo, en cuanto ser humano, y ese valor aparece calificado por su dignidad, en un reconocimiento recíproco y paritario en el intercambio relacional, del cual deriva su regla universal del actuar o “relación jurídica fundamental” según la cual no debemos hacer al otro lo que no queremos que nos sea hecho a nosotros mismos, la cual es base de toda perspectiva de convivencia humana.

Mas acá en el tiempo, dentro de lo que se ha dado en denominar concepción filosófica “funcional” de la persona ⁽⁴⁸⁾, se postula abandonar la noción de persona en relación al “ser”, para vincularla a la funcionalidad vital que la misma cumple en sociedad, de lo cual se deriva que no todos los seres humanos serían personas, dado que no todos son autorreflexivos, racionales o capaces de formarse un concepto de la posibilidad de culpar o alabar ⁽⁴⁹⁾. De alguna manera, entonces, la personalidad es predicada no por su sustancia (humana) sino por su potencialidad relacional. Demás está recordar las fatales consecuencias que la historia reciente del siglo XX nos muestra cuando se justifican tales postulaciones.

En los tiempos que discurren, es innegable que la revalorización jurídica de la persona que de algún modo es una consecuencia de las atrocidades vividas en el mundo occidental después de las dos grandes guerras mundiales del siglo pasado, ha reverdecido los postulados aristotélico-tomistas vinculados a la valoración de la dignidad humana como elemento fundante de su esencia misma ⁽⁵⁰⁾, y prueba de ello es la innumerable cantidad de expresiones normativas internacionales que reconocen precisamente esa dignidad humana en cualquier circunstancia, y particularmente en casos de vulnerabilidad (mujeres, migrantes, menores, ancianos, discapacitados, consumidores y cualquier otro supuesto digno de tutela en pos de garantizar sus derechos en situación de paridad y de efectivo reconocimiento). Tal situación ha sido, entendemos que acertadamente, calificada desde la jusfilosofía como enfoque “jurídico-valorativo” ⁽⁵¹⁾.

(48) Arthur KAUFMANN, “Filosofía del Derecho”, Editorial de la Universidad Nacional del Externado”, Bogotá, Colombia, 1.999, pag. 508. De algún modo se podrían vincular también con tales pareceres a la obra de John RAWLS.

(49) Dicha concepción entiende que por ejemplo los fetos en etapa intrauterina, los menores, los retrasados mentales profundos y los que se encuentran en coma privados de su aptitud para discernir, no serían personas (para el Derecho).

(50) Esa dignidad que para Santo Tomás de AQUINO se asentaba más en el ser que en el obrar.

(51) Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, “¿Qué es ser persona para el Derecho?, op. cit., pag. 149. Ese mismo trabajo aparece publicado en “Códigos Civil y de Comercio

Es interesante atender al hecho incontrovertible que la gran mayoría de las cartas internacionales vinculadas a los derechos humanos habidas a partir de la segunda mitad del siglo XX ⁽⁵²⁾ asimilan los conceptos de ser humano, persona y sujeto de derecho, no por un inobservado error entre nociones propias de la biología o antropología y de la ciencia jurídica, sino en el claro designio de impedir la recidiva de conceptos jusfilosóficos de rango positivista que confieran al Estado el poder de negar personalidad a determinado rango, etnia, religión, raza o circunstancia en que se encuentren los seres humanos.

Es también relevante referir elementalmente a algunos aspectos propuestos en el tema en la más destacada y contemporánea doctrina nacional.

Para el caso, hay quienes entienden que la noción de persona es una categoría jurídica (no hay disenso en admitir que el término tiene significación técnica científica para el derecho) que requiere de dos elementos: un sustrato real (el ser humano), y una cualidad jurídica conferida a él por el ordenamiento jurídico. Sería inaceptable escindir ambos elementos, ya que prescindir del primero para otorgar o denegar sin él aquella cualidad jurídica de ser titular de derechos y obligaciones desembocaría en doctrinas positivista que despersonalizan al ser humano ⁽⁵³⁾.

Para otro enfoque ⁽⁵⁴⁾ —aun cuando quizás, nos parece, ambos criterios puedan llegar a conclusiones similares vinculadas a la imposibilidad de desconocer el rango de persona a cualquier ser humano, cual-

comentados”, dirigidos por Atilio ALTERINI y Héctor ALEGRIA, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.011, tomo I, pags. 93 y ss. En su punto de vista que él mismo califica como “tridimensional”, en tanto la noción de persona toma en cuenta la vida humana que es, los valores que realiza y otorgan sentido a su conducta y las normas que regulan la convivencia a través de la imputación de situaciones jurídicas subjetivas, la “persona” podría ser definida como “un ser humano viviente, que valora para proyectar su vida, situado en una relación jurídica con los demás, la que es regulada por normas jurídicas que le atribuyen una determinada situación jurídica subjetiva, es decir, un plexo de derechos y deberes”.

(52) Entre ellas, y como mero muestreo, la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, art. 6°, el “Pacto internacional de derechos civiles y políticos”, art. 16, y la “Convención Americana de Derechos Humanos” (comúnmente conocido como “Pacto de San José de Costa Rica”) en su artículo 1.2.

(53) Alberto Jesús BUERES, “La responsabilidad civil de los médicos”, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1.979, pág. 573. Coincidiría en ello alguna doctrina francesa contemporánea (BUFFELAN y LARRIBAU, “Droit civil”, op. cit., pág. 291), al aludir a que “...la vie humaine et le corps en est le support, le substratum...”

(54) TOBIAS, “Tratado...”, op. cit., tomo I pag. 334.

quiera sea su condición—, en cambio, la persona (desde su significancia jurídica) “es una categoría natural que está por encima del derecho positivo”, siendo el ser humano “un dato anterior, preexistente y trascendente al derecho, un *prius...*” que el derecho —objetivo— no puede dejar de reconocer.

Como se ha dicho por prestigiosa doctrina nacional ⁽⁵⁵⁾, “...el Derecho se limita a reconocer una verdad impuesta por la naturaleza: el hombre es la persona, y es siempre persona [...] siendo éste un concepto anterior al Derecho que el ordenamiento jurídico se limita a reconocer...”.

A título personal, si bien coincidimos con ambos en relación con el resultado en que confluyen (reitero, la no admisión absoluta de que a un ser humano le sea desconocida su calidad de persona como sujeto de derecho y obligaciones), nos parece que el primero de tales posicionamientos ayuda a justificar la existencia de las personas jurídicas, en las cuales hay personalidad, pero no necesariamente sustrato humano singular (sí puede ser plural, aun cuando en el derecho societario contemporáneo, tanto nacional como comparado, tienen carta de ciudadanía las sociedades de capital, en los cuales ese sustrato humano múltiple propio de las sociedades de personas o de las asociaciones se diluye y llega a desaparecer en los casos extremos de la sociedad anónima unipersonal o de un solo socio, donde claramente estamos ante un caso de un patrimonio especial “personalizado” por conveniencias del tráfico jurídico).

Como fuere, de algún modo, esta mirada contemporánea reflota conceptos kantianos donde la noción jurídica de la persona está indisolublemente vinculada con la ética ⁽⁵⁶⁾, que a nivel subjetivo (interno) conlleva el deber plasmado en el imperativo categórico ⁽⁵⁷⁾, de clara ontología moral, y que en relación con los demás genera el deber de “vivir según su condición de persona”.

Y además, o quizás en su consecuencia, “...la persona, contrariamente a lo que acontecía en siglos anteriores donde la protección de la propiedad era la principal preocupación del derecho, es actualmente

(55) Julio César RIVERA y Luis Daniel CROVI, “Derecho Civil Parte General”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.016, pag. 210.

(56) Se habla así del “estatuto ético-jurídico” de la persona (VIGO-HERRERA, op. cit., pág. 33).

(57) Aquel que propusiera Emmanuel KANT en su “Ética a Nicómano”, conforme al que debemos actuar de modo tal que nuestra conducta pueda ser elevada al rango de regla general de conducta de otros.

considerada como el eje y el centro del derecho...”⁽⁵⁸⁾. Al decir del recordado Maestro Jorge Mosset Iturraspe, el derecho durante veinte siglos se ocupó de regular lo que la persona tiene, y recién en la última centuria ha ido variando para ocuparse de lo que la persona “es”.

Como referencia también semántica, cabe mencionar que en calificada doctrina se ha analizado la diferencia conceptual entre los términos de “persona” y de “personalidad”, llegándose a la conclusión de que aún relacionados, tienen distinta significancia y proyección⁽⁵⁹⁾: “persona” es “el ente que cada uno es”, mientras que “personalidad” sería la proyección de ese ente hacia el exterior, “o la manera de presentarse ante el mundo jurídico”. La distinción puede ser válida, aunque quizás pueda caer en redundancias: la “personalidad” es lo que la “persona” tiene por el hecho de serlo, y lógicamente aquella es la que habilita su actuación jurídica en relación con otros, pero también consigo mismo⁽⁶⁰⁾.

También se ha señalado con acierto que configuraría un error⁽⁶¹⁾ vincular la noción de persona con la capacidad jurídica o de derecho (en

(58) FERNANDEZ SESSAREGO, “¿Qué es ser persona para el Derecho?”, op. cit. en “Códigos...”, pág. 94. En la mirada del insigne y recordado jurista peruano, a esos fenómenos si se quiere de raíz sociológica, para arribar a tal revalorización humanista deben sumarse aportes desde la filosofía como los atribuibles a autores de la talla de SARTRE, HEIDEGGER, MARCEL, JASPERS, MOUNIER y ZUBIRI, entre otros, quienes en particular dentro de la segunda mitad del siglo XX pergeñan una nueva comprensión de la naturaleza del ser humano, “...la que, necesariamente, repercute en una nueva visión del derecho”.

(59) FERNANDEZ SESSAREGO, op. mencionada en cita precedente, pág. 140, y en coincidencia con él TOBIAS, “Tratado...”, op. cit., tomo I, pág. 335.

(60) El Cód. Civ. y Com. es ilustrativo al tratar expresamente no sólo los “derechos personalísimos”, en su Libro Primero, sino también los “actos personalísimos”, en los cuales no necesariamente la persona interactúa con otro u otros, sino que aplica su arbitrio para consigo mismo (v.gr. cuidado del propio cuerpo o actos dispositivos sobre el mismo en vida o para después de su muerte, directivas médicas anticipadas, consentimiento informado para actos médicos, etc.).

(61) En el cual, respetuosamente, se pueden identificar calificadas voces tanto en el derecho nacional como en el comparado, en particular entre otros las de Alfredo ORGAZ (quien en su obra ya mencionada “Personas individuales”, pág. 6, expresa que “...personalidad jurídica y capacidad jurídica son conceptos equivalentes...”), Adriano DE CUPIS, Lluís PUIG Y FERRIOL, Andreas VON THUR o Pietro PERLINGIERI. El mismo Karl LARENZ aludía a que “persona en sentido jurídico” “...es el que tenga capacidad jurídica”. El mencionando jurista barcelonés Lluís PUIG Y FERRIOL (vide su obra en coautoría con Maria del Carmen GETE ALONSO y CALERA, Jacinto GIL RODRIGUEZ y José Javier HUALDE SANCHEZ, titulada “Manual de Derecho Civil”, tomo I, “Introducción y derecho de la persona”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1.997, pág. 108) expresa al respecto que “...ser persona es tener capacidad jurídica, o, lo que es lo mismo según

el sentido de reconocer que se es persona por tener capacidad jurídica), toda vez que esta última es el atributo más importante y determinante de la personalidad, pero la personalidad es un *prius* y la capacidad un *posterius indefectible*. En palabras de Tobías ⁽⁶²⁾, “...se tiene capacidad por ser persona, y no a la inversa”.

El mismo Tobías, claramente partidario del humanismo como justificación de la condición jurídica de la persona ⁽⁶³⁾, expresa que si bien “...hay que concluir que la persona sería una creación jurídica basada en un sustrato real...”, hay que concluir —coincidiendo en ello con Diez Picazo y Gullon ⁽⁶⁴⁾— en que:

[...] la persona es una categoría natural que está por encima del derecho positivo: el ser humano es un dato anterior, preexistente y trascendente al Derecho, el cual existe y se justifica en tanto tiene por misión solucionar los conflictos interindividuales o sociales, un *prius* respecto del Derecho puesto por el legislador —que surge de su dignitas— que aquél —que es obra del hombre— no puede dejar de reconocer... ⁽⁶⁵⁾

En suma, entiende —y adscribimos a ello nuestro parecer— que la calidad de persona es predicable respecto del hombre (ser humano), individual o colectivamente considerado, siendo en el caso de las personas

nuestro Código Civil, tener personalidad...”, agregando luego que “...la equiparación entre persona y capacidad jurídica o, si se prefiere, la tecnificación del concepto de persona, hace posible que el Derecho considere personas a ciertas organizaciones sociales a las que se atribuye una personalidad jurídica independientemente de los miembros que la componen...”. De todos modos, agrega a continuación —lo que compartimos— que “...mientras que la personalidad de la persona física deriva de su mera existencia y no está en manos del legislador atribuirle o no al hombre o a determinada categoría de hombres, el reconocimiento de la personalidad de la persona jurídica es una concesión del ordenamiento jurídico que igual podría habérselos negado sin vulnerar por ello ningún principio de justicia...”. Tal postulado coincide con lo normado en nuestro Cód. Civ. y Com. argentino en su artículo 141, cuando al caracterizar a la persona jurídica la menciona como “...todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones...”.

(62) “Una concepción integral de la persona humana”, op. cit., pág. 386.

(63) José W. TOBIAS, “Derecho de las personas”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.009, págs. 5 y ss.

(64) “Sistema de Derecho Civil”, 7ª. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, pág. 237.

(65) Hay un interesante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en el cual el Tribunal cimero sostiene claramente un punto de vista contrario. En la causa “Sánchez, Elvira B. c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”, del 22/5/2007 (RC J 3551/07), dijo textualmente: “La personalidad no es una cualidad natural, algo que exista o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es una cualidad puramente jurídica, repetimos, algo que el Derecho construye para sus fines particulares”.

jurídicas un “recurso técnico” que atiende a un dato de la realidad: la naturaleza social del hombre.

Podría interrogarse, siguiendo tal hilación de ideas, cómo se justifica la personificación de personas jurídicas admitidas por el derecho tanto a nivel nacional como comparado, cuando no hay en ellas sustrato humano alguno, sino una mera y pura asignación de un capital separado de un patrimonio general para un fin de rango mercantil-societario.

Nos parece que tal fenómeno (que de alguna manera ya aparecía en ciernes con el reconocimiento de las sociedades de capital, singularmente las SA y las SRL, lo que viene de larga data) no empecé a lo dicho, por cuanto en tales casos más que nunca la consideración de la personalidad jurídica como un recurso técnico para viabilizar la dinámica comercial aparece todavía más nítida.

En otras palabras, entonces: para el humanismo, todo ser humano es persona en términos jurídicos, lo cual no obsta que la ley confiera personalidad a otros entes (las personas jurídicas) cuando así lo imponen las necesidades del tráfico (en las personas jurídicas privadas) o institucionales (en relación con las personas jurídicas públicas).

No podríamos dejar de mencionar el punto de vista —profundamente humanista— del homenajeador en esta obra colectiva, el Dr. Guillermo A. Borda ⁽⁶⁶⁾, quien expresara ya en la edición primera de su magnífica obra bajo cita que “...la persona no nace porque el derecho objetivo le atribuya capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino que le reconoce esa capacidad porque es persona...”. Luego, citando a Miguel de Unamuno, alude a que “...la persona no es un producto del derecho, no nace por obra y gracia del Estado, es el hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere —sobre todo muere—, el que come, bebe y juega y duerme y piensa y quiere...”.

Esta corriente filosófica, como se señala con acierto ⁽⁶⁷⁾, no sólo cuenta con el aval dogmático de quienes la suscriben, sino que en los tiempos que discurren adquiere reconocimiento legal y aún constitucional, tal como por caso sucede en nuestra CN argentina (en el texto elaborado a partir de la reforma del año 1994) no sólo en su artículo 75 inciso 22 que confiere rango supralegal a todos los Tratados interna-

(66) Ver su “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.008, 13ª. Edición, pág. 244, edición actualizada por su hijo Guillermo J. BORDA.

(67) José W. TOBIAS, “Hacia una concepción integral de la persona física”, en la obra de su autoría “Estudios de la Parte General del Derecho Civil”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.006, págs. 2 y ss.

cionales sobre derechos humanos en los que la República sea parte o suscriptora, sino ya también con el artículo 19 en su texto no variado, que consagra “...una cláusula general de tutela esencial de la persona humana...”.

III. PROPUESTAS DE EXPANSIÓN CONCEPTUAL

La referencia del encabezamiento de este apartado se vincula a la existencia de alguna corriente de opinión, dentro de la cual se computan algunas muy destacadas voces del mundo jurídico nacional y comparado (entre ellas, quizás, muchas venidas desde el derecho ambiental), que desde ya no compartimos (y creemos no ser en ello originales, al punto que dentro de la dogmática jurídica jusprivatista ese no compartir es absolutamente mayoritario), para la cual desde la biología se ha tomado conciencia de la existencia de sensibilidad y de en algunos casos hasta cierto grado de inteligencia natural en determinados tipos de animales, y desde la robótica los crecientes avances de la inteligencia artificial ofrecen la perspectiva de generar *bots* dotados de elevada capacidad de captación de información, de correlación de la misma y de interacción con los humanos, que sostienen lo que globalmente se podría sintetizar en la postulación de la car

Hay mucho dicho y escrito sobre ello, e incluso se computan pronunciamientos de rango internacional y relevante jurisprudencia que lo avalan.

No nos alongaremos sobre ello —por razones de brevedad inexorable—, pero intentaremos justificar, mínimamente, los motivos por los cuales estimamos como de no recibo sus postulados.

A título personal, y sin que ello signifique en modo alguna una actitud autorreferencial, sino simplemente la alusión a publicaciones en las que he ya desarrollado mis opiniones con mayor extensión, me he expresado sobre la cuestión ⁽⁶⁸⁾.

Es un dato de la realidad que la positiva toma de conciencia que las últimas décadas han traído sobre la necesidad (imperativa) de tutelar

(68) Edgardo Ignacio SAUX, “Tratado de Derecho Civil - Parte general”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.018, tomo II, págs. 28 y ss., así como de igual autoría “Personificación de los animales: un debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas estructurales”, La Ley 2.016-B, publicación del 6-4-2016, cita on line AR/DOC/704/2016.

el medio ambiente en el cual todos vivimos, y dentro de él a los distintos elementos que lo integran (vegetales, animales, e incluso los propios elementos que hacen a la pureza y subsistencia del ecosistema —mares, bosques, tierra productiva, riquezas minerales, ríos, lagos, clima, especies animales y vegetales en riesgo de extinción, etc.—) han generado, singularmente desde el derecho ambiental, elogiables esfuerzos, trabajos, congresos internacionales, documentos, fallos y todo un arsenal de previsiones normativas legales y supraleales orientadas a ese fin, en lo cual luce innegable que particularmente las grandes potencias mundiales del hemisferio norte han evidenciado un grado de desatención y de lesividad que no luce tan patético como en el hemisferio sur.

A partir de ello, hay un cierto abandono del “antropocentrismo” (como consideración de que el ser humano es el protagonista prioritario y casi exclusivo del manejo del mundo y sus componentes, interpretando —mal— aquella referencia bíblica a “dominarás la Naturaleza” ⁽⁶⁹⁾), y como lo predicán entre otros referentes nacionales Ricardo Lorenzetti y Néstor Cafferatta, pareciera transitarse hacia el “geocentrismo” ⁽⁷⁰⁾, que tiene como objeto de miras y cuidados el hábitat humano en general, que es nada más ni nada menos que la tierra que habitamos, y que queremos que también lo hagan las generaciones futuras.

Nada tenemos que objetar a ello. Al contrario, lo suscribimos enfáticamente.

Ahora bien, como suele suceder en muchos ámbitos, esos elogiados designios a veces se hipertrofian, se radicalizan y, a veces, se salen de los marcos conceptuales basales que sostienen el sistema jurídico. Al menos, el conocido hasta hoy.

Hay numerosas referencias, incluso constitucionales, por las cuales, aún sin llegar a “personificar” a la tierra en que vivimos (la “Madre Tierra”, o la “Pachamama”), sí le reconocen derechos que, si bien están bien orientados, bien mirados no son derechos de un elemento natural

(69) En palabras expuestas en más de alguna disertación sobre tan relevante tema por el recordado Maestro Jorge MOSSET ITURRASPE.

(70) Quizás, yendo un paso más allá, hay quienes aluden a la necesidad de transitar hacia el “paradigma sensocéntrico”, en el sentido de poner en el centro de la escena jurídica a los animales capaces de evidenciar sensibilidad o sensaciones (miedo, hambre, frío, calor, miedo, alegría). Ver al respecto, y entre otros, a Pablo BUOMPADRE, “De Suiza a Sandra. Un cambio hacia el reconocimiento de derechos básicos fundamentales de los animales no humanos. Lo animales como sujetos de derecho”, en *La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental* del 29/4/2015, cita on line AR/DOC/1311/2015.

que carece de subjetividad, sino más bien deberes de quienes vivimos en él ⁽⁷¹⁾.

Y con el mundo animal la cosa ha ido mucho (muchísimo) más allá.

Hay todo un complejo de opiniones, disposiciones y fallos judiciales que reconocen a determinado rango de animales (por lo general, grandes simios, elefantes, caballos y hasta perros) la categoría de “personas no humanas”, poniendo en su cabeza un complejo de derechos que, en nuestro parecer, más que derechos propios (como lo hemos dicho supra con relación a la Tierra como planeta) son deberes de quienes nos vinculamos con ellos, y debemos protegerlos, cuidarlos, sancionar la crueldad a su respecto y asumir que, como animales racionales que somos los humanos, debemos compartir la vida en este planeta azul y velar por su bienestar y subsistencia o existencia.

En doctrina nacional se han expedido en sustento de esta pretensa categoría de personas “no humanas” (por ende, dotadas de derechos propios, aunque no llegamos a imaginar cómo podrían tener correlativas obligaciones, con lo cual su pretense rango de “centro de imputación de normas” luce complicado) autores como Raúl Zaffaroni, Andrés Dalessio, Daniel Sabsay, Pablo Buompadre, Valeria Berros, Carina Gay, Valerio Pocar y Paola Dubokovic, y, en función de lo por ella dicho en una conferencia brindada en el año 2021 en el marco de un Congreso Internacional de Derecho Ambiental celebrado en la Facultad de Derecho de la UBA por la Fundación Expoterra, también Aída Kemelmajer De Carlucci, con todo el prestigio de su sapiencia.

Hay también algunas ONGs vinculadas a la protección de los derechos de los animales como *Great Ape Project* (o “Gran Simio”), conocida por la sigla “GAP”, con sede en España, o la estadounidense *Nonhuman Rights Project*.

(71) Hay mucho dicho al respecto. Por ejemplo, la Constitución Nacional de Ecuador dedica un capítulo a “Los derechos de la naturaleza, o la Pachamama”, la Constitución de Bolivia en su preámbulo alude a la “sacralidad de la Madre Tierra” y afirma la “fortaleza de la Pachamama”, reconociendo legalmente “sus derechos”. El eminente jurista brasileño Antonio Herman BENJAMIN, desde el Derecho ambiental, en un trabajo de su autoría titulado “¿Derechos de la naturaleza?”, incluido en la obra colectiva “Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI”, en homenaje al Profesor Roberto Lopez Cabana, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2.001, pág. 31, recuerda la obra de Christopher STONE “Earth and the other etics. The caso of moral pluralism”, Editorial Harper & Row, New York, 1.987, que propicia igual punto de miras. Militan también en ello, ya desde los años 70, autores extranjeros como Gary FRANCIONE, Herón José DE SANTANA GORDILLO, Steven WISE y varios más.

A nivel jurisprudencial se registran numerosos pronunciamientos, tanto nacionales como comparados, en los cuales dentro de la decisión de proteger a determinados animales sacados de su hábitat naturales y que sufren por ello, se los ha declarado “personas no humanas”.

Hay, por contrapartida, una pléyade de opiniones (a las que adscribimos) que rechazan la existencia de esta calificación de “personas” (aun con esa salvedad de “no humanas” a ciertos animales) ⁽⁷²⁾.

Un brillante aporte sobre el tema, que nos permitimos sugerir al lector para ampliar la argumentación sobre ello, es el de la prestigiosa jurista rosarina Noemí Lidia Nicolau ⁽⁷³⁾. Hay también otro valioso aporte del Dr. José Tobías ⁽⁷⁴⁾, en el cual calificando a las posturas que proclaman la existencia de derechos subjetivos en los animales (o en algunos de ellos) “...son conceptualmente erradas y funcionalmente inútiles...”, agregando —en similar línea de pensamiento a lo propuesto por el Pro-

(72) La lista es enorme, y prescindimos para su determinación puntual de las citas, por razones de brevedad, a remitirnos a nuestro abordaje del tema en la obra ya citado “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, tomo II, págs. 32 y ss. Están allí figuras de valía clásicas y contemporáneas, extranjeras y nacionales, como por caso Norberto BOBBIO, Hans KELSEN, Federico DE CASTRO Y BRAVO, Karl LARENZ, Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, Diego ESPIN, Luis DIEZ PICAZO y GULLON, Francesco FERRARA, CASTAN TOBEÑAS, Yvaine BUFFELAN-LANORE y Virginie LARRIBAU-TERNIERE, Santos CIFUENTES, José TOBIAS, Julio RIVERA, Guillermo BORDA, Jorge LLAMBIAS, Sebastián PICASSO, Ricardo GUIBOURG, Luis Daniel CROVI y varios más.

(73) “La persona, una categoría jurídica claudicante. La persona humana y su debilidad jurídica”, en la obra colectiva “Homenaje a Luis Leiva Fernandez”, Liber Amicorum, coordinada por Leonardo PEREZ GALLARDO, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.020, págs. 39 y ss. En ella, entre otras consideraciones, expresa que “...Las teorías animalistas personalizan al animal, aunque, desde un punto de vista técnico, no puede contraer obligaciones, ni puede ser titular de un patrimonio, no es susceptible de ser titular de derechos, y está imposibilitado, de manera fáctica, de perfeccionar una relación jurídica, ya sea como acreedor o deudor. Desafían la posibilidad de que un animal pueda, por ejemplo, trabar con su amo relaciones jurídicas de familia, si esa relación tuviera consecuencias jurídicas, tales como poder entablar una demanda por alimentos, o si existe alguna alternativa que permita reconocer la existencia de una relación creditoria entre un animal y un vecino a quien le haya causado un daño y pretende reclamar indemnización. No explican cuál sería la relación que pudiera trabarse entre un animal y una cosa, si el animal tuviera legitimación procesal para reclamar la restitución como propietario de su casilla si hubiera sido sustraída. Si esas consecuencias jurídicas del obrar de un animal resultan hoy irrazonables, no se comprende cuál es la necesidad de atribuirles personalidad jurídica, al menos en la concepción actual de este instituto”.

(74) “Derecho animal. Algunas propuestas”, en separata de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, 2.018.

yecto del año 2018 de modificación del Cód. Civ. y Com.— que se incorpore al texto de este último una norma del régimen general de las cosas en lo tocante a los animales dotados de sensibilidad, delegando su protección a leyes especiales, sin perjuicio de mantener para ellos el régimen de las cosas en ausencia de previsiones especiales, pudiendo incluirse en tal régimen a los denominados “animales de compañía” o “animales de afección”, que consagre por ejemplo los deberes de sus dueños para con ellos, su inembargabilidad y la existencia de reglas de atribución de los mismos cuando mediere un divorcio entre sus dueños (o separación personal), con régimen de visitas y deberes alimentarios.

Hay argumentos incontrovertibles para desestimar tal postulación personalizante.

Los animales tienen sensibilidad, cierto grado de inteligencia y deben ser protegidos.

Pero no pueden ser considerados “personas”.

No se mueven por raciocinio, sino por instintos (de alimentación, de subsistencia, de procreación, de fidelidad), pero les es ajeno el elemento basal de la atribución de personalidad: el ejercicio del libre albedrío, la opción entre el bien y el mal, la libertad que hace a la esencia del ser humano.

Carecen además de los atributos basales de esa personalidad. No tienen capacidad jurídica, ni nombre —salvo la designación con que se los identifica—, ni domicilio, ni estado civil, ni patrimonio, ni derechos personalísimos (intimidad, honor, imagen, identidad), ni pueden ser jurídicamente sancionados si infringen la ley, ni tienen familia, ni son partes en relaciones jurídicas.

Confundir como “derechos” el deber que los humanos tenemos de protegerlos es desvirtuar conceptualmente la noción de persona, la cual es, exclusiva y excluyentemente, predicable en relación con los seres humanos, individual o colectivamente considerados.

Y hay algo más: se ha dicho, y con razón ⁽⁷⁵⁾, citando a Borges cuando aludiera a “la desatinada variedad del mundo animal”, a que sería imposible (además de injusto) pretender seleccionar qué tipo o categoría de animales deberían ser considerados personas, y cuáles no. Los mos-

(75) Sebastián PICASSO, “Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda”, *La Ley*, 2.015-B, publicación del 16/4/2015, cita on line AR/DOC/1144/2015.

quitos *aedes aegypti* (hoy transmisores de serias enfermedades como el Dengue y la Chikunguña), las vinchucas (transmisores del mal de chagas), los mosquitos, las moscas, las hormigas predadoras, los gusanos y larvas que atacan los sembradíos, las liendres, los piojos, las ratas que portan también enfermedades graves para el ser humano, las langostas que en mangas causan tanto daño, las plagas de loros y palomas que arruinan cosechas, ¿no serían “personas no humanas”? ¿No podríamos tratar de combatirlos? ¿Quién nos dio esa suerte de potestad divina de categorizar al reino animal? Matar un bovino, o un ovino, o un porcino, o un ave de corral, o un animal silvestre comestible, ¿sería homicidio? ¿Y de pescar qué decimos? La existencia ancestral de dientes y colmillos en los humanos ¿nos indica nuestra característica de seres omnívoros? ¿O deberíamos ser todos vegetarianos porque comer carne de otros seres vivos sería considerarnos antropófagos?

En fin, la argumentación para descalificar esta propuesta es interminable.

Baste quizás como referencia normativa la alusión a algunos precedentes afines al tema, tanto en Derecho comparado como en proyectos nacionales.

Así, el artículo 90 del Código Civil alemán establece que los animales no son cosas (pero no dice que sean personas), y que “están protegidos por leyes especiales”, así como que “...las disposiciones acerca de las cosas se les aplicarán en forma análoga siempre y cuando no esté establecido de otro modo”. Algo similar sucede con la introducción al Código Civil francés del artículo 515-14 (de febrero de 2015) en tanto dispone que los animales son seres vivientes dotados de sensibilidad, y que bajo reserva de las leyes que los protegen, están sometidos al régimen de los bienes”.

Una norma similar fue propuesta en el Anteproyecto de reformas del Cód. Civ. y Com. del año 2018, de autoría de los Dres. Pizarro, Rivera y Botana, como un artículo a insertar en igual criterio dentro de la estructura de nuestro Código vigente desde 2015.

Con relación a la eventual extensión del concepto de persona a los robots dotados de inteligencia artificial —y sin dejar de reconocer que los avances en la materia pueden dejar un interrogante de futuro en la medida en que los mismos proponen hipótesis abiertas—, sostenemos igual criterio que el expuesto con relación a los animales.

Los robots, cualquiera sea el grado de evolución tecnológica que a su respecto se aventure, pueden pensar, hablar, recordar, relacionar e interactuar como seres humanos, pero no lo son, ni jamás lo serán.

Pueden imaginarse incluso futuros mecanismos de potenciación de la inteligencia humana mediante la implantación de chips en personas que generen, en ellas, aptitudes a hoy no existentes a nivel biológico o antropológico. Pero en tal caso, la “persona” será el ser humano modificado o potenciado, pero no una pura creación tecnológica dotada de esas capacidades intelectivas.

Los *bots* como se los denomina en los trabajos contemporáneos de IA ⁽⁷⁶⁾, carecen del soporte biológico que permite dotarlos de aquel rango, y por más que puedan cumplir roles de singular relevancia aún en el tráfico jurídico ⁽⁷⁷⁾, nunca serán sujetos de derechos ni titulares de obligaciones, no tienen capacidad jurídica ni los demás atributos inherentes a la personalidad, ni derechos personalísimos, ni relaciones familiares, ni pueden autónomamente ser responsables de eventuales daños que ellos causen, sino que en tal caso lo serán los creadores de ellos o quienes se sirvan de ellos para generar relaciones jurídicas.

En un muy interesante trabajo específico sobre el tema de autoría de un importante profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires ⁽⁷⁸⁾, se alude por ejemplo —en el entendimiento de que los robots, cualquiera sea su grado de perfeccionamiento, no pueden ser consideradas “personas” para su interacción con humanos— a la eventual calificación de los mismos dentro de la noción de “personalidad robótica”, tal como de alguna manera lo postula el Proyecto de Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo (3/5/2016), sugiriéndose allí la creación de un “Estatuto de la personalidad electrónica”, que para algunos podría configurar la creación de una nueva figura intermedia entre las cosas y las personas físicas.

IV. CONCLUSIONES

El concepto de “persona” implica una noción técnica de la ciencia jurídica (que no puede ser identificado con su significación coloquial de ser humano, ya que hay personas incorpóreas, como las personas jurídi-

(76) Se coincide en ubicar a esta nueva categoría de robots dotados de inteligencia artificial dentro de lo que se da en denominar “Cuarta revolución Industrial” (RI-4).

(77) V.gr. al día de hoy es sabido que hay sistemas de inteligencia artificial que elaboran contratos, los adecuan y perfeccionan, y hasta pueden tornarlos auto operativos.

(78) Luis Daniel CROVI, “Los robots y la personalidad electrónica”, en La Ley E-book, TR 2021 TOBIAS, 21/1/2021, pag. 96, cita on line AR/DOC/3464/2020.

cas), que al día de hoy no admite ninguna posibilidad de ser negado, retaceado o limitado ante la existencia biológica del hombre (como especie, cualquiera sea su sexo, su género, su condición o su situación), y que por razones de conveniencia en el tráfico jurídico puede, normativamente, ser atribuido a entes colectivos ora integrados por personas humanas, ora relacionados a masas de capital preordenados singularmente a un fin lícito (como sucede con las fundaciones y las sociedades de capital).

El *prius* biológico de la persona es, salvo para las mencionadas personas jurídicas, indefectible, y su correlación entre vida humana biológica y personalidad se basa en conceptos jusfilosóficos del humanismo, con basamento en las nociones de dignidad del hombre y de su intangibilidad.

No debe confundirse personalidad con capacidad jurídica (o de goce), siendo esta última el primero y más importante de los atributos de esa personalidad.

Esa personalidad conlleva también el reconocimiento de la categoría de los derechos subjetivos que están vinculados precisamente a la misma, conformados tanto por los derechos personalísimos como también por los actos de igual rango.

Ante criterios que encaminados probablemente al loable propósito de resguardar, preservar o cuidar el medio ambiente en sí, o en cualquiera de sus elementos integrativos (en particular, determinada categoría de miembros de la biología que no son seres humanos), no es de recibo pretender personalizar ni a la tierra en sí misma, ni a la naturaleza, ni a los animales, cualquiera sea su característica (“seres sintientes”) o condición, sin perjuicio de la conveniencia de prever normas de cuidado y debida atención a la vida, la salud y el bienestar de los mismos, pero que no son propiamente derechos de ellos sino deberes de los humanos con los que se vinculan.

SOBRE EL PROBLEMA CON EL ABORTO: ESTUDIOS FORMULADOS ANTE EL CONGRESO DE LA NACIÓN

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

I. NO AL ABORTO INDISCRIMINADO

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 3 de noviembre de 2006

I.1.

En horas de la noche del miércoles 1° de noviembre del corriente el H. Senado de la Nación dio media sanción sobre tablas a un proyecto de ley por el que la República Argentina adhiere al Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer.

El tema tiene abundantes antecedentes en los últimos años, por los que se ha intentado la adhesión de nuestro país al citado Protocolo.

A manera de ejemplo se puede citar el proyecto remitido por el ex-presidente Fernando de la Rúa, que llegó a tener dictamen favorable en el Senado y, recientemente, el del Senador Gerardo Rubén Morales, a los que deben agregarse otros relacionados directamente con el Aborto.

Lo cierto es que existe una gran polémica sobre las consecuencias que traería para la República Argentina la adhesión al citado Protocolo. Mientras algunos sectores sostienen que ese acto no tendría consecuencias en relación con el aborto, otros citan casos de países a los que se habrían im-

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Las palabras del autor corresponden a distintos estudios presentados ante el H. Congreso de la Nación.

puesto normas propiciatorias del aborto. Se dice al respecto que el Comité creado por el Protocolo ha emitido dictámenes de carácter coercitivo respecto de las Repúblicas de Libia, de Irlanda, de Croacia, de Zimbabwe, etc.

El tema obviamente es muy delicado y exige un profundo debate en la sociedad argentina, tal como el que se planteó, durante el año 1986 sobre el divorcio vincular, en cuyo caso se dio un amplio plazo a todos los sectores para que expresaran sus opiniones.

La posibilidad de que la adhesión aprobada por el Senado tenga graves resultados para el país obliga a extremar los recaudos para evitar que se puedan adquirir compromisos que luego puedan traer consecuencias indeseadas.

Ante ello, el suscripto presentó el 20 de septiembre del corriente año dos pedidos de informes, uno dirigido al sr. presidente del Senado y otro al sr. ministro de Relaciones Exteriores y Culto. En el primero, se solicita que remita copia de los dos pedidos del retiro del protocolo formulado por el expresidente Dr. Eduardo Duhalde. En el segundo, que se informe, con referencia al citado protocolo: en primer lugar, si el Comité para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer ha emitido dictámenes sobre los siguientes temas: a) concepto y organización de la familia; b) aborto y su legalización; c) legalización de la prostitución. En segundo término: se pidió informe sobre si los dictámenes que emite el citado comité tienen carácter vinculante y operativo para los países signatarios.

Ninguno de tales proyectos ha tenido tratamiento hasta el presente, por lo que, insisto, sería sumamente importante contar con los mismos antes de resolver sobre la adhesión aprobada por el Senado.

Resultan de aplicación los términos expuestos en el pedido de retiro de consideración enviado al H. Senado el día 12 de marzo de 2002 por el expresidente Dr. Eduardo Duhalde, previa consulta con los Ministerios de Relaciones Exteriores y Culto; y de Justicia y Derechos Humanos, en el que se expresaba: "Al respecto, deseo hacer algunas consideraciones que determinan que sea desaconsejable la aprobación del Protocolo Facultativo mencionado tal cual está.

En primer lugar, en virtud a los artículos 1º y 2º del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los Estados Parte reconocen la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas, en nombre de personas o grupos de personas, que se hallen bajo jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los

derechos de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La aplicación de estos artículos iría en detrimento de la Soberanía Nacional y se contrapondría con el espíritu de la reserva efectuada oportunamente por la República Argentina respecto de la aludida Convención.

La reserva mencionada quedó establecida en la ley N.º 23.179, por la que el Honorable Congreso de la Nación aprobó la Convención, la cual determinaba en su artículo 2º que, al momento de su ratificación se manifestara que “el gobierno argentino no se considera obligado por el párrafo 1º del artículo 29” de dicha convención, dispositivo que establecía una mecánica de solución de controversias mediante el arbitraje y recurso a la Corte Internacional de Justicia. Ello indica claramente que la “condición de vigencia” en la que dicha Convención obtuvo luego jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional excluye la posibilidad de que el Estado Nacional argentino pueda ser menoscabado en su Soberanía.

En el mismo sentido, es dable observar que por el artículo 17 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se excluye la posibilidad de efectuar reservas a su ratificación

Por otra parte, y si bien el artículo 10 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece la posibilidad de los Estados Parte de no reconocer la competencia del Comité creado por el Protocolo Facultativo respecto del emprendimiento de investigaciones, ello no constituye suficiente resguardo frente a interpretaciones de la Convención y recomendaciones orientadas a la promoción de la despenalización del aborto. Esto se ha verificado, entre otros, en los casos de la República de Irlanda (Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20º Sesión del 19 de enero al 5 de febrero de 1999 y “Reporte sobre Irlanda” del mismo Comité de fecha 21 de junio de 1999), la República de Colombia (Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20º Sesión del 19 de enero al 5 de febrero de 1999) y la República de Kyrgystan (Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, a la Asamblea General de las Naciones Unidas, 44º Sesión A/54/38, parágrafo 393).

Cabe destacar que admitir injerencias semejantes iría en desmedro del sagrado e irrenunciable compromiso de la República Argentina en lo atinente a la defensa de la vida humana desde el momento de la concepción, tal como se encuentra establecido en las normas de los artículos 4, apartado 1 del Pacto de San José de Costa Rica (ley N.º 23.054) y la Convención de los Derechos del Niño (ley N.º 23.849), ambas de jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional).

Consecuentemente, en virtud a todo lo expuesto, me permito solicitarle el retiro de la consideración del Honorable Congreso de la Nación del Mensaje N.º 631/01 debido a que la aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer iría en desmedro del interés superior de la Nación ya que vulneraría la normativa dispuesta en tratados con jerarquía constitucional.

I.2.

Debo recordar que sobre el tema del aborto el derecho positivo y vigente en la República Argentina contiene las siguientes normas:

a. La Constitución Nacional dispone que el Congreso deberá dictar leyes “...en protección del niño...desde el embarazo...” art. 75, Inc.23.

b. El art. 63 del Código Civil dice: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno”; y el artículo 70 del mismo ordenamiento dice que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (...)”; normas éstas que se armonizan con el reconocimiento del art. 30 a las “personas” como susceptibles de adquirir derechos (lo que incluye, obviamente, el derecho a la vida).

c. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José de Costa Rica), jerarquizada a nivel constitucional en el año 1994 (art. 75 Inc. 22 CN), en su artículo 4º dispone que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

d. La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, también jerarquizada a nivel constitucional en el año 1994 (art. 75 Inc. 22 CN), dice en su art. 6º, inc. 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

La ley 23.849, ratificatoria del tratado, formuló una reserva diciendo que “[c]on relación al art. 1º de la Convención sobre Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad” (art. 2º).

e. El Art. 86 del Código Penal dispone:

Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la con-

dena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperación a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

I.3.

El “Protocolo opcional” de la Convención para la Erradicación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), cuya aprobación no permite reserva alguna (art. 17), nada dice sobre el aborto. En cambio, crea un “Comité de Seguimiento” de la CEDAW; y, al respecto, cabe tener bien presente que:

Sus resoluciones u opiniones no pueden tener “efecto vinculante” ni “fuerza operativa”, toda vez que el Comité es un órgano auxiliar y no principal. No puede ser equiparado ni es equivalente a los órganos decisorios supranacionales propiamente dichos. Tampoco es un tribunal ni cuerpo jurisdiccional. Es nada más que un “Comité” asesor, consultivo e informativo; y, por lo tanto, no puede sobreponerse a los límites que tienen los compromisos contraídos soberanamente por los Estados. Para la Argentina, tales “límites” son los establecidos, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) por el art. 4°, inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el art. 6°, incisos 1° y 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

I.4. Primeras conclusiones

I.4.a.

Si nos oponemos a la pena de muerte, con más razón es inadmisibles que se prive de la vida a quien ni siquiera ha contado con el beneficio de la garantía de la “defensa en juicio de la persona y de los derechos” (art. 18, CN).

El supuesto o pretendido argumento de que el art. 12, punto 1, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ley 23.179) permitiría inferir que del reconocimiento al acceso a servicios de atención médica “que se refieren a la planificación de la familia” surgiría el derecho a una libertad de abortar, es un sofisma, o sea, la apariencia con que se quiere persuadir lo que es falso.

Finalmente, debemos recordar que no pueden admitirse los actos “ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto” (artículo 953 del Código Civil). Por lo tanto, no puede admitirse el aborto, pues sería contrario a todos los principios básicos de nuestro Derecho. En igual sentido debemos recordar que otras normas del Código Civil dicen: “Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna” (art. 900). “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres” (art. 21).

Creo, sin embargo, que como consecuencia de lo que acabo de señalar, debe buscarse una solución para el caso de la mujer violada, cualquiera sea su estado de salud mental, pues en este caso no ha existido por parte de la misma “libertad de las acciones o de la conciencia” (art. 953 del Código Civil). En ese caso, el abuso sexual la ha convertido en una víctima a través de la consumación forzada de un hecho en el que han estado ausentes todos o algunos de los presupuestos consabidos: discernimiento, intención y libertad.

Pero esa solución no puede implicar privar de su elemental derecho a la vida del “nasciturus”. Es necesario compatibilizar las dos situaciones.

I.4.b.

Por eso *propongo* que se cree un órgano, el “Consejo Nacional para la Crianza, Desarrollo y Educación del Niño”, que se ocupará del cuidado y formación de los hijos nacidos como consecuencia de actos de violación, en los casos en que la mujer víctima o su representante legal no deseen ocuparse de su cuidado.

Dicho organismo sería subvencionado por el Estado y dependería de la Organización No Gubernamental “Cáritas Argentina”, con la participación de los órganos de control correspondientes.

Todo ello, sin perjuicio del derecho de la madre biológica a solicitar la entrega del menor, actitud que deberá ser fomentada por el “Consejo Nacional para la Crianza, Desarrollo y Educación del Niño”.

Además, se establecería la obligación de dicho organismo de ocuparse de promover —con el debido y permanente control— de la tenencia de los niños tutelados por parte de familias, y de tramitar y facilitar ante las autoridades judiciales su adopción definitiva, resguardando en todo momento la salud física, mental y moral del niño.

En definitiva: ante todas las dudas que se plantean no se advierte cuál puede ser la urgencia para el precipitado tratamiento de este proyecto, máxime si existe la sospecha de que pueda haber influido el reciente enfrentamiento del sr. presidente de la República con la Iglesia Católica.

Si esa sospecha pudiera tener algún fundamento no sólo se inferiría una grave lesión a la soberanía argentina, sino que también nos llevaría a un cono de sombra sobre la salud de la república, pues sería gravísimo que estas cuestiones dependan del humor presidencial y de la baja calidad institucional que está recorriendo la Argentina.

II. MI DEFINICIÓN ANTE EL ABORTO

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 26 de junio de 2007

La actitud a adoptar ante el delicadísimo y sensible problema de la legalización lisa y llana del aborto, que se oferta desde distintas proposiciones legislativas bajo la denominación de “interrupción del embarazo” o que se propicia con los eufemismos que emanan del Comité de Vigilancia del CEDAW con el argumento o pretexto de procurar la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer y/o de preservar el derecho a fijar su plan de vida y salud; merece de mi parte la siguiente respuesta:

1. Que las cosas hay que llamarlas por su nombre propio: el aborto no puede ser disimulado por artificios lingüísticos o manifestaciones de pura retórica.

2. Que la actitud ante el aborto reposa en fundamentos de fe y de conciencia, que resultan insoslayables en el análisis de la cuestión moral y del camino legal que “la eminente dignidad de la persona humana” decida emprender.

3. Que la Constitución Nacional —ley suprema de los argentinos— garantiza la protección del niño “desde el embarazo” (art. 75, inc.23); mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) exige el respecto de la vida “en general” y “a partir del momento de la concepción”, pues “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (art. 4° inc. 1); y en la Convención sobre los Derechos del Niño, al ser aprobada por nuestra ley 23.849, se aclaró que sus alcancen deberían interpretarse “en el sentido que se entiende por niño, todo ser humano desde el momento de su concepción...” (art. 2°).

4. Que si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha tenido aún la oportunidad de pronunciarse en este tema, en su función de interés

prete final de la Constitución Nacional (y de los tratados, etc.), es bueno tener presente que el Procurador General de la Nación —al cual se remite el Tribunal al fallar la causa “Sánchez, Elvira”, de fecha 22 de mayo de 2007— ha expresado en su dictamen ante el Alto Tribunal que “el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana”, habiendo reconocido que se trata de un “derecho presente desde el momento de la concepción”.

5. Que en lo referente a las hipótesis de despenalización ya previstas en el art. 86 del Código Penal, son los jueces que aplican esas normas a quienes incumbe decidir en cuanto a la vigencia y el alcance de estas, ante cada caso concreto que sea de su competencia resolver.

6. Que más allá de las razones hasta aquí expuestas, la condena del aborto generalizado es la única *postura coherente con la prohibición de la pena de muerte* o su abrogación —en su caso— como compromiso de Estado, habida cuenta de que en el aborto se priva de la vida a una persona humana inocente, a través de un procedimiento mucho más grave que el mecanismo aplicable en los casos de pena capital, toda vez que con los niños se trataría de eliminarlos de la vida sin que medien requisitos tan fundamentales como el juicio previo, el derecho de defensa y el dictado de una sentencia apelable, garantías éstas que se le aseguran a los reos condenados por actos consumados con culpa o dolo y la consiguiente responsabilidad.

7. Que la solución para atender al debido cuidado y la formación de los niños, en ausencia de sus padres, habrá de quedar preservada por instituciones análogas a las previstas para atender las situaciones de huerfanidad u orfandad, en que el orfanato debe ser encomendado al instituto del “patronato”, como noble previsión que la sociedad y el Estado han de contemplar a la manera de un Consejo formado para ejercer funciones rectoras, asesoras y de vigilancia en fundaciones y demás institutos destinados a cumplir debidamente los fines de una obra piadosa.

En conclusión: mi criterio se sustenta en la creencia moral de que el aborto es un acto injustificable; por lo que votaré en contra de su libre admisión.

II.1. No es la primera vez...

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2018.

Voy a enunciar mi convicción respecto del tema que se está tratando, porque ya hace once años, siendo legislador en este Congreso, hubo oportunidad de participar de un debate al respecto.

Se ha dicho, y con razón, que la vida es la precondition o la ante condición de la libertad y por ende es obligación de la sociedad y del Estado

proteger a los más débiles, puesto que no puede haber libertad sin vida humana. Parece obvio. Siempre he pensado que el aborto posee un signo negativo, porque es la negación de la vida, o de las vidas del niño y de la madre, según las circunstancias del caso.

Quiero referirme a la presión foránea, que se manifiesta a través de organismos que, como el CEDAW —que acaba de ser expuesto muy oportunamente por la profesora internacionalista y funcionaria que ha hablado— son apéndices de convenciones internacionales. Es decir, es un apéndice de la Convención de los Derechos de la Mujer, como es el caso de los derechos a los cuales estamos refiriéndonos.

El tema viene al tapete a raíz de la suerte corrida por su protocolo adicional, que fue destinado al control de los países según establecieran o no el régimen de abortos legales.

Lo que ocurrió en la Argentina lo explico en dos palabras: en 2001, exactamente, el tema fue enviado al Senado por parte del Poder Ejecutivo, sin ninguna publicidad ni sin ningún debate previo. A comienzos de 2002, con un nuevo gobierno, fue retirado el proyecto, por no tener ningún debate ni ninguna particular significación, no obstante, la peligrosidad que revestía ese protocolo. Pero así se procedió. Yo era ministro en ese momento. Y la tercera etapa es en 2007, cuando se produce nuevamente la introducción legislativa de la cuestión.

¿Qué es el CEDAW? Lo acaba de explicar la profesora. ¿Qué se pretende con ese comité creado para la vigilancia de los derechos de la mujer? Porque así está reconocido: como un comité vigilante. Subrepticamente —un pretexto—, el derecho a buscar, fijando el plan de vida y salud y a la mujer como dueña del cuerpo, haciendo una discriminación entre los estados que aceptan la abortación legislada, de aquellos que no la tienen prevista. En los hechos, ha funcionado así. Es decir, hay elegidos a los cuales se los considera suficientes y otros que son —diríamos— discriminados en forma negativa.

En la sesión de la Cámara de Diputados del 26 de junio de 2007, el tema fue tratado. Un mes antes —en mayo— el procurador general de la Nación dictaminó y la Corte Suprema entonces vigente dispuso, lo siguiente: El derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, reconociéndose que se trata de un derecho presente desde el momento de la concepción. El caso legal que quiero citar es el caso “Elvira Sánchez”, de la fecha que acabo de mencionar: 22 de mayo de 2007.

Yo intervine en esa sesión de la Honorable Cámara y en esa oportunidad dije, entre otras cosas —voy a citar simplemente dos párrafos del discurso que pronuncié— lo siguiente:

La actitud ante el aborto reposa en fundamentos de fe y de conciencia, que resultan insoslayables en el análisis de la cuestión moral y del camino legal que la eminente dignidad de la persona humana —frase iniciada por el renacentista Pico della Mirandola— decida emprender.

Y señalaba después, en otro párrafo:

La condena del aborto generalizado es la única postura coherente con la prohibición de la pena de muerte o su abrogación, habida cuenta de que en el aborto se priva de la vida a una persona humana inocente, a través de un procedimiento mucho más grave que el mecanismo aplicable en los casos de pena capital, toda vez que con los niños se trataría de eliminarlos de la vida sin que medien requisitos tan fundamentales como el juicio previo, el derecho de defensa y el dictado de una sentencia apelable, garantías estas que le aseguran a los reos condenados por actos consumados con culpa o dolo y la consiguiente responsabilidad.

Y terminé diciendo o afirmando: “En conclusión, mi criterio se sustenta en la creencia moral —moral— de que el aborto es un acto injustificable, por lo que votaré en contra de su libre admisión”. Y así fue en la votación de ese día.

Quiero citar únicamente, porque el debate ha sido muy prolongado —son muchas jornadas que se han llevado a cabo— la Convención sobre los Derechos del Niño, que como ustedes saben aprobó Naciones Unidas en 1989.

El artículo 6°, que ha sido citado, habla de que los estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. La verdad es que, de acuerdo al diccionario de la Academia, intrínseco quiere decir fundamentalmente último, porque es esencial. La vida es esencial. Esa es la interpretación de la lengua española.

Por la ley 23.849, la aprobación fue con reservas y declaraciones. Así ocurre cuando se aprueba la Convención de los Derechos del Niño. Y así, en el artículo 2° se dispuso que —cito— debe interpretarse en el sentido de que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción.

Entonces, si la concepción es la acción y efecto de concebir, ello es pues, empezar a tener un hijo en su útero. Por lo cual, con el aborto, sea legal o clandestino, hay un ser humano que deja de existir, habida cuenta de que es un acto irreversible el aborto y de que no se vuelve a reemplazar. Es decir, no se vuelve a reabrir; hay una vida tronchada. Esa es la conclusión fatal.

La concepción comienza a partir del implante del embrión en el útero materno. Todo esto está reconocido y verificado hoy en día por la ciencia y por la técnica más moderna.

Se habló también de la libertad de conciencia. Se citan pronunciamientos recientes. Pero esto viene de lejos: la libertad y el derecho de objeción no son una novedad de cercana jurisprudencia. Cito únicamente un fallo memorable: la libertad de conciencia u objeción de conciencia en el caso “Agüero”, de 1949, en la Corte Suprema —Fallos 214, página 139—, según el cual dicha libertad consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales.

Probablemente, la redacción correspondió al doctor Tomás Casares, quien en ese momento era el miembro de la Corte más especializado en la atención de esos temas.

Finalizo, dado el tiempo tan limitado que tenemos en estos casos —y que comprendo—, diciendo que caminos que no han sido utilizados, podrían haber sido utilizados cuando se decidió comenzar con este tema.

La consulta popular está en el artículo 40 de la Constitución, por un artículo incluido en 1994. Tanto que hablamos de la participación y del participacionismo, y sin embargo era una forma de que el pueblo pudiera expresarse. La ley lo reglamenta: ley 25.432, de 2001, que está en vigencia. No se aplica por desgano de la propia voluntad de los que tendrían que movilizarla. El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, que no puede ser vetada, puede poner en opinión esa consulta. El voto afirmativo lo convierte en ley al proyecto de ley. No se ha usado.

La segunda alternativa que ofrece la Constitución es que el Congreso o el presidente de la Nación pueden convocar a consulta popular no vinculante; y en ese caso el voto no será obligatorio. Son dos alternativas muy amplias para elegir, con amplias posibilidades democráticas.

Y lo segundo que quiero decir es que, a través de una reforma constitucional, en la cual debe intervenir el Congreso —artículo 30— y luego el pueblo debe elegir libremente a sus representantes en la Convención Constituyente, esto hubiera sido importante hacerlo. Y yo creo que va a haber que hacerlo, porque van a producirse probablemente, con motivo de las vías judiciales que se abrirán en su momento, planteos de inconstitucionalidad, dado que es obvio que el proyecto sancionado en la Cámara iniciadora está plagado de inconstitucionalidades y, además, contiene una gran cantidad de desprolijidades, como muy bien ha enunciado el doctor y académico Bianchi en su alocución.

En fin, no quiero abundar más en esto, porque obviamente es muy largo el tema que habría que desarrollar. Pero sí quiero recordar, por último, que yo insisto mucho en algo que no puede soslayarse ni subestimarse —pido un minuto más, por favor— en el sentido de que la Constitución vigente contiene una previsión y un mandato para el legislador: ese mandato es el inciso 23 del artículo 75, en el segundo párrafo, que habla de la protección.

La palabra protección está enfatizada, del niño y de la madre, dos sujetos que merecen protección. Y señala “desde el embarazo” —fija temporalmente un momento—; habla de “durante el embarazo” —otro momento—; y dice luego “en el tiempo de la lactancia”, que es ya el momento de la aparición.

Esos tres momentos, desde que comienza el embarazo, después durante el embarazo y en la lactancia, hay que tomarlos en cuenta como una definición muy categórica de los constituyentes a los legisladores respecto de la protección que hay que brindar.

O sea que, termino así, es la protección del niño y de la madre en todas las instancias y momentos. El aborto es reducir el valor de una persona a una cosa; y ya Vélez Sarsfield —autor del Código—, en el siglo XIX entendió que desde la concepción ya es un hombre, un ser humano, un sujeto de derecho. No es un hombre futuro; es un hombre presente ya que, de lo contrario, no habría representación y, por lo tanto, el padre tiene voz y el bebé tiene derechos. Esto es fundamental. Hay un representante; hay alguien que es el que representa a la criatura.

Por lo tanto, sólo podrán ser denunciados los tratados si hubiera un antojo por dejar de lado lo que dicen los tratados y todo lo que dicen las normas. Sólo podrían ser denunciados los tratados —quiero recordarlo—, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no de los presentes, de todos los miembros. Y me pregunto, y termino, ¿se pensará acaso renegar también de los tratados ya que renegamos de tantos principios? Nada más.

Simplemente, quiero pedirle una opinión respecto a este esquema progresivo que han venido explicando algunos expositores. Primero, no se considera ser humano. Hasta la semana catorce está considerado —no sé— un feto y va progresando en su calidad de ser humano hasta que luego de la semana catorce ya se puede considerar un ser humano.

Entonces, dicen que están los derechos de la mujer y los derechos del feto. En esas primeras catorce semanas, según la interpretación que ha-

cen algunos expositores, prevalece el derecho de la mujer sobre la vida del feto; después de las catorce semanas, como ya aparentemente es un ser humano, ahí sí comienzan a prevalecer los derechos de lo que vendría a ser el ser en gestación.

¿Qué opinión le merece el concepto del derecho progresivo, del derecho que prevalece de uno y de otro? ¿Dice algo de esto la Constitución o los tratados internacionales? ¿Cuál es su visión al respecto?

Mi respuesta es muy sencilla. Hay una improvisación en el tema, porque es un criterio discrecional. No se puede medir a partir del embarazo una cuestión de días, de horas, de semanas o de meses. Esa distinción es discrecional. Tiene que esperarse, precisamente, que se cumpla todo el ciclo que acabamos de mencionar.

Para mí no. Y es mi opinión personal; hablo a título personal y no representando a ninguna de las entidades a las que pertenezco.

MATAR A OTRO: ¿UNA PRESTACIÓN MÉDICA? SOBRE LOS PROYECTOS DE LEGALIZACIÓN DE LA EUTANASIA

POR JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE (*)

I. INTRODUCCIÓN

“La profunda crisis que está viviendo el mundo contemporáneo, ha provocado un poderoso movimiento jusnaturalista que, en abierta lucha con el positivismo, combate por la dignidad del derecho y por exaltar los valores eternos de la condición humana” (1).

Estas palabras de Guillermo A. Borda escritas en 1955 conservan toda su actualidad casi setenta años después y ofrecen el marco para reflexionar sobre las cuestiones jurídicas implicadas en los proyectos que propugnan la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido en nuestro país. Así, en este trabajo buscaré analizar, a la luz de los principios de ley natural y de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el contenido central de estas iniciativas legislativas que pretenden regular el procedimiento por el cual un profesional

(*) Miembro de la sección de Derecho de Familia y Bioderecho del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación sobre “El derecho argentino ante la vulnerabilidad del paciente terminal” (Programa IUS, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina). Agradezco a María Rosario Polotto, María Bibiana Nieto, Estefanía Rogora, Daniel Herrera, Ignacio de la Riva, Santiago Legarre, Juan Bautista Fos Medina y Nicolás Pérez Trench sus comentarios y sugerencias sobre un borrador de este trabajo, realizados en el marco del Seminario Permanente de Investigación de la Facultad de Derecho (UCA).

(1) Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General, Tomo II, 2da. edición, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1955, p. 23

de la salud mata al paciente a su requerimiento y ello se configura como una prestación médica que debe ser provista por el sistema de salud.

Al respecto, una de las características que presentan los proyectos de ley de eutanasia presentados entre 2021 y 2023 es que no se limitan a despenalizar al que matare a otro por piedad, sino que crean un “derecho” a pedir ayuda para morir bajo la forma de una prestación de salud ⁽²⁾. En efecto, proyectos de ley presentados con anterioridad vinculados con la eutanasia se limitaban a reformar el código penal. Así, por ejemplo, el proyecto S-645-2001 del senador Alberto Ramón Maglietti del 24 de mayo de 2001 (Diario de Asuntos Entrados 41/2001) consistía en un único artículo que proponía incorporar el inciso 9° al artículo 34 del Código Penal con el siguiente texto: “Art. 34: No son punibles: ... 9°. El que provocare la muerte de un enfermo incurable, movido por sentimiento piadoso, ante el pedido serio e insistente de éste.”. Por cierto, las propuestas de despenalizar las conductas orientadas a provocar la muerte de una persona presentan serias objeciones derivadas del principio vinculado con la inviolabilidad de la vida humana, que han sido analizadas en otros trabajos ⁽³⁾.

El trabajo comenzará con una descripción de los proyectos de ley de eutanasia presentados en el Congreso desde 2021 hasta mayo de 2023 a fin de describir cómo se configura esta nueva “prestación de ayuda para morir”. Luego, se analizarán cuatro aspectos de esta temática: los problemas vinculados con las inconsistencias que presentan los pro-

(2) En realidad, en dos proyectos se propone modificar el Código Penal. El proyecto 3956-D-2022 propone incorporar un artículo 83 bis al Código Penal. “Artículo 83 bis - No es delito la ayuda al suicidio ni la muerte causada como consecuencia de la realización de prácticas eutanásicas o de muerte asistida, que cuente con el consentimiento libre e informado del paciente que esté sufriendo una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, de conformidad con los requisitos y el procedimiento establecido por la ley que regula la interrupción de la vida.” Este texto se repite con mínimas modificaciones en el proyecto 4855-D-2022. Por su parte, el proyecto Moisés incluye un texto similar, aunque sin modificar el código Penal: “ARTÍCULO 21° No punibilidad. No será objeto de sanción civil, penal y/o administrativa el profesional de la salud que respete estrictamente los requisitos y el procedimiento previsto en la presente ley para la ejecución de prestaciones de ayuda para morir dignamente”.

(3) Ver al respecto Vivanco Martínez, Ángela, “La eutanasia ante el Derecho: Definición y penalización de la conducta eutanásica”, *Ars Medica* n. 12, 2006, p. 53-92; Vivanco Martínez, Ángela. Disposición sobre la vida humana y principios constitucionales: análisis del caso chileno. Santiago, Ediciones Universidad Santo Tomás, 2014; Lafferriere, Jorge Nicolás, “Dignity at the End of Life and Decriminalization of Euthanasia”, en *Criminal Law and Morality in the Age of Consent*, Masferrer, Aniceto (Ed.), Cham, Springer International Publishing, 2020, p. 347-367.

yectos al delimitar los pacientes que tienen derecho a la prestación de ayuda para morir; el impacto que tiene sobre la profesión médica la obligación que establecen los proyectos; la incidencia de esta nueva prestación en el sistema de salud, que estaría obligado a cubrirla; y el análisis de la cuestión a la luz del derecho a la inviolabilidad de la vida. Finalizo con la recapitulación de las principales conclusiones del trabajo.

II. LOS PROYECTOS DE LEY Y LA NUEVA PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR

II.1. La lista de proyectos de ley de eutanasia

Al 31 de mayo de 2023, en el Congreso de la Nación existen 5 proyectos de ley con estado parlamentario que propugnan la legalización de la eutanasia, a saber:

En la Cámara de Diputados:

a. Expte. 3956-D-2022 (T.P. 113/2022 – en adelante “Proyecto Cobos”): El 8 de agosto de 2022 se presentó el proyecto de ley de “Regulación de la eutanasia y la muerte asistida” firmado por los diputados Julio Cobos y Pamela Fernanda Verasay, que tiene por objetivo:

[R]econocer el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas, a solicitar la interrupción voluntaria de su vida y regular el procedimiento que ha de seguirse, establecer los mecanismos que permiten controlar y evaluar los procedimientos y las garantías que han de observarse (art. 1°).

Este proyecto es reproducción de uno anterior de los mismos legisladores cuando eran senadores (Expte. 2577-S-2021 - Diario de Asuntos Entrados N.º 123 Fecha: 29/11/2021) y que se denominaba “Interrupción voluntaria de la vida”.

b. Expte. 4092-D-2022 (T.P. 116/2022 – en adelante “Proyecto Moisés”): El 11 de agosto de 2022 la diputada María Carolina Moisés presentó un proyecto de ley titulado “Derecho a la prestación de ayuda para morir dignamente” con el objeto de:

[R]egular el derecho de toda persona que cumpla con los requisitos exigidos a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir dignamente, de acuerdo con los principios, garantías y reglas que aquí se establecen (art. 1°).

c. Expte. 4855-D-2022 (T.P. 139/2022 – en adelante “Proyecto Brawer”): El 13 de septiembre de 2022 los diputados Mara Brawer, Daniel Gollan, Pablo Carro, Hugo Yasky, Claudia Beatriz Ormachea, Ana Carolina Gaillard, María Rosa Martínez, Susana Graciela Landriscini, Itaí Hagman y Lisandro Bormioli presentaron en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina un proyecto para legalizar la eutanasia y el suicidio asistido. El proyecto establece el pretendido derecho a la muerte voluntaria médicamente asistida y propone también la reforma de la ley de derechos del paciente, del Código Civil y Comercial y del Código Penal.

d. Expte. 1473-D-2023 (T.P. 35/2023 – en adelante “Proyecto Latorre”): El 17 de abril de 2023 los diputados Jimena Latorre, Lisandro Nieri, Pamela Fernanda Verasay, Margarita Stolbizer, Ximena García, Laura Rodríguez Machado, Karina Banfi, Alejandro Finocchiaro, Fabio José Quetglas, Mario Barletta, Sabrina Ajmechet, Ana Carla Carrizo, Martín Alberto Tetaz, Danya Tavela y Dolores Mansilla presentaron esta iniciativa que tiene como objeto “regular el derecho de toda persona a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir; el procedimiento formal a ese efecto; las garantías que han de observarse y los derechos y deberes del personal médico y el servicio de salud” (art. 1). El texto es idéntico al expte. 4597-D-2021 (T.P. 184/2021) firmado por Alfredo Cornejo y otros.

En el Senado:

Expte. 848-S-2022 (Diario de Asuntos Entrados N.º 42/2022 – en adelante “Proyecto Cornejo”): El 27 de abril de 2022 los senadores Alfredo Cornejo y Mariana Juri presentaron el proyecto “Ley de Buena muerte. Regulación de la eutanasia”. Su texto es casi idéntico al proyecto 4597-D-2021, que había presentado Cornejo en la Cámara de Diputados en 2021, con la única variación de haber agregado un artículo final de modificación del art. 60 del Código Civil y Comercial.

Por su parte, el proyecto 4734-D-2021 (T.P. 191/2021 – en adelante “Proyecto Estévez”) del 6 de diciembre de 2021 presentado por las diputadas Gabriela Beatriz Estévez, Mara Brawer, Ana Carla Carrizo, Ana Carolina Gaillard, Mónica Macha, Cecilia Moreau, Florencia Lampreabe y Jimena López y titulado “Derecho a la prestación de ayuda para morir dignamente – Ley Alfonso” perdió estado parlamentario y hasta el momento no hemos detectado que haya sido reproducido. Sin embargo, lo incluiremos en el análisis por su cercanía temporal con los anteriores. Según el art. 1º, el objeto de la ley sería “regular el derecho de toda persona que cumpla con los requisitos exigidos a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir dignamente, de acuerdo con los principios, garantías y reglas que aquí se establecen”.

II.2. Alcances de las prestaciones creadas por los proyectos de ley

Todos los proyectos coinciden en proponer la regulación por vía legal de una pretendida prestación médica que consiste en provocar la muerte del paciente que lo solicita, si reúne ciertas características.

A continuación, recopilamos en un cuadro los alcances de la regulación que impulsan los distintos proyectos de ley:

Denominación	<p>“prestación de ayuda para morir dignamente” (Proyecto Estévez y Proyecto Moisés)</p> <p>“interrupción voluntaria de la vida” (Proyecto Cobos)</p> <p>“muerte voluntaria médicamente asistida” (Proyecto Brawer)</p> <p>“prestación de ayuda para morir” (Proyecto Cornejo y Proyecto Latorre)</p>
Descripción de la prestación	<p>“Art. 4.1. Prestación de ayuda para morir dignamente: acción derivada de proporcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en esta Ley y que ha manifestado su deseo de morir dignamente. Dicha prestación se puede producir en dos modalidades: a) La administración directa al/a la paciente de una sustancia por parte del/de la profesional de la medicina competente. b) La prescripción o suministro al/a la paciente por parte del/de la profesional de la medicina competente de una sustancia, de manera que este/a se la pueda auto administrar” (Proyecto Estévez).</p> <p>“Artículo 3º-Definiciones. A los efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por:</p> <p>a) Práctica Eutanásica: Administración directa al paciente de una sustancia que provoca la muerte, por parte del profesional de la salud competente...</p> <p>b) Muerte Asistida: Prescripción o suministro al paciente por parte del profesional de la salud de una sustancia, de manera que éste se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte ...” (Proyecto Cobos).</p> <p>“administración directa de una sustancia por parte del profesional médico competente...”</p> <p>“prescripción o suministro de una sustancia, de manera que ésta pueda ser autoadministrada por el paciente, para causar su propia muerte” (Proyecto Moisés, Proyecto Cornejo y Proyecto Latorre).</p> <p>“a) Eutanasia: Administración directa al/a la paciente de una sustancia que provoca la muerte, por parte de un/a profesional de la salud competente.... b) Suicidio asistido: Prescripción o suministro al/el paciente por parte del/ la profesional de la salud de una sustancia letal, de manera que se la pueda auto administrar para causar su propia muerte...” (art. 3º, Proyecto Brawer).</p>

Naturaleza de la prestación	Se coincide en describir a la prestación como “derecho”.
Modalidades de la prestación	Se prevén dos modalidades: a) “eutanasia” (administración directa al paciente de una sustancia por el médico) b) “suicidio asistido” (autoadministración por el paciente de una sustancia, prescrita o suministrada por el médico). Cabe aclarar que en cuatro proyectos se usan los términos “eutanasia” y “suicidio asistido” (art. 3º, Proyecto Brawer) o “práctica eutanásica” y “muerte asistida” (art. 3º, Proyecto Cobos) o “eutanasia” (art. 11, Proyecto Latorre y art. 11, Proyecto Cornejo) y los otros dos describen la práctica, pero sin usar esa terminología.
Sujeto responsable de realizar la prestación	“Médico responsable” (Proyecto Estévez, Proyecto Cobos, Proyecto Moisés, Proyecto Cornejo, Proyecto Latorre) “Médico tratante” (Proyecto Brawer)
Medio elegido para la prestación	Se coincide en indicar que se suministrará una “sustancia” para causar la muerte.
Causales que habilitan la práctica	“enfermedad grave e incurable” y “padecimiento grave, crónico e imposibilitante” (Proyecto Estévez, Proyecto Cobos, Proyecto Moisés, Proyecto Brawer, Proyecto Cornejo, Proyecto Latorre) ^(**) .
Procedimiento	Los proyectos presentan leves variantes en la regulación del procedimiento para otorgar la prestación de ayuda para morir: a) Solicitud del paciente, Diálogo con el médico, derivación para una segunda opinión, derivación a consejería, espera de quince días y realización de la práctica (Proyecto Estévez). b) Solicitud del paciente, diálogo con el médico, espera de quince días, segunda solicitud del paciente, participación de equipo de apoyo, intervención de médico consultor, control previo de la Comisión, realización de la práctica (Proyecto Cobos, Proyecto Moisés) c) Solicitud del paciente, diálogo con el médico, espera de veinte días, segunda solicitud del paciente, intervención de médico consultor: si hay acuerdo entre ambos médicos, se realiza la práctica y luego se informa a la comisión; si ambos rechazan o disienten sobre la práctica, se eleva para decisión de la Comisión en forma previa a la realización de la práctica (Proyecto Brawer). d) Solicitud del paciente, espera de quince días, segunda solicitud, elevación del pedido a la Comisión por el paciente, autorización de la comisión, realización de la práctica (Proyecto Cornejo y Proyecto Latorre)

(**) Existen importantes diferencias entre los proyectos al momento de caracterizar la causal “enfermedad grave e incurable”. En cambio, en torno a la causal “padecimiento grave, crónico e imposibilitante” las redacciones de los articulados son simila-

Plazo de realización de la práctica	Máximo tres días (Proyecto Brawer) Máximo siete días (Proyecto Moisés) Máximo diez días (Proyecto Cornejo, Proyecto Latorre)
Comisión de evaluación	Comisión de alcance nacional (Proyecto Estévez, Proyecto Moisés, Proyecto Brawer). Comisiones provinciales (Proyecto Cobos, Proyecto Cornejo y Proyecto Latorre)
Directivas anticipadas	Todos los proyectos contemplan la posibilidad de pedir la eutanasia o el suicidio asistido por directivas anticipadas.
Lugar de realización de la prestación	“La práctica se realizará en establecimientos sanitarios públicos o privados o en el domicilio del paciente, sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabados por el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria o por el lugar donde se realiza...” (art. 10 - Proyecto Cobos, art. 14 - Proyecto Moisés).
Deber de acompañar hasta el fallecimiento	“En el supuesto de que el paciente elija la administración directa de una sustancia por parte del profesional médico competente, el médico responsable asistirá al paciente hasta el momento de su muerte. En el supuesto de que elija la prescripción o suministro de una sustancia, de manera que ésta pueda ser autoadministrada por el paciente, para causar su propia muerte, el médico responsable, tras prescribir la sustancia que el propio paciente se autoadministrará, mantendrá la debida tarea de observación y apoyo a este hasta el momento del fallecimiento” (Proyecto Moisés, Proyecto Cornejo, Proyecto Latorre)
Cobertura por el sistema de salud	En todos se incluye un artículo sobre amplia cobertura obligatoria y gratuita de la prestación por el sistema de salud (sector público, obras sociales, medicina prepaga y demás entidades).
Protocolos	“La realización de la prestación debe hacerse con el máximo cuidado y profesionalidad por parte de los profesionales médicos, con aplicación de los protocolos correspondientes” (Proyecto Moisés, Proyecto Cornejo, Proyecto Latorre)
Conflictos de intereses	“... No podrán intervenir en ninguno de los equipos profesionales quienes incurran en conflicto de intereses, ni quienes resulten beneficiados de la práctica” (Proyecto Cobos, Proyecto Moisés, Proyecto Brawer —con leves variantes—).
Objeción de conciencia	Todos los proyectos regulan la objeción de conciencia y la situación de los establecimientos de salud en que todos los profesionales sean objetores. En general, se fijan restricciones al ejercicio de este derecho.

res. Ver al respecto: Lafferriere, Jorge Nicolás. “Análisis de los proyectos de legalización de la eutanasia y el suicidio asistido en Argentina”, Centro de Bioética, Persona y Familia, Agosto 2022, disponible en <https://centrodebioetica.org/analisis-de-los-proyectos-de-legalizacion-de-la-eutanasia-y-el-suicidio-asistido-en-argentina/>

Si recapitulamos los hallazgos de este cuadro comparativo podemos señalar:

- La finalidad de la prestación es provocar o causar la muerte del paciente.
- La obligación de brindar la prestación alcanza al médico tratante, quien se convierte en responsable del seguimiento del procedimiento fijado por ley.
- Se regula la objeción de conciencia en forma restrictiva.
- En algunos de los proyectos, se incluyen disposiciones sobre el deber del profesional de permanecer con el paciente hasta su fallecimiento, lo que parece incluir un cierto deber de asegurarse que la muerte efectivamente se produzca, ante la eventualidad de algún fallo en el método utilizado.
- En todos los casos el medio elegido es una “sustancia” sin mayores especificaciones.
- Los proyectos regulan de forma detallada el procedimiento burocrático que se debe seguir para la realización de la prestación, con variantes en cuanto al número de profesionales que interviene y el rol de las comisiones de evaluación y seguimiento.
- Algunos de los proyectos establecen un plazo máximo para la realización de la prestación.
- Todos los proyectos contemplan un derecho del paciente de solicitar la eutanasia por medio de directivas anticipadas, aunque no hay mayores precisiones sobre cómo es el proceso de información previo al dictado de ese documento y cuándo se torna operativo.
- La prestación que se proyecta crear deberá ser cubierta gratuita e integralmente por todos los subsectores del sistema de salud.
- En algunos de los proyectos se contempla la elaboración de protocolos para la regulación de la eutanasia o el suicidio asistido.
- En dos de los proyectos encontramos una regulación amplia del lugar de realización de la prestación, que puede ser tanto el hospital como el domicilio del paciente.

III. LA PRESTACIÓN DE AYUDA A MORIR COMO UN DERECHO DE LOS PACIENTES

III.1. La prestación de ayuda a morir como derecho

En el apartado anterior describí los grandes lineamientos de los proyectos de ley. Todos coinciden en ir más allá de la despenalización de la eutanasia y regulan en detalle la prestación de ayuda a morir como un derecho de ciertos pacientes, aunque sin ofrecer mayores explicaciones o fundamentos sobre tal decisión. Abundan las referencias a la dignidad y a los derechos a la vida, la integridad física, la vida privada y la libertad, aunque no hay referencias concretas y precisas al origen del derecho a una ayuda para morir.

Para indagar sobre este salto desde la despenalización a un derecho prestacional, resulta oportuno referir a la sentencia del Tribunal Constitucional de España (en adelante TC) del 22 de marzo de 2023 en la que declaró constitucional la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE) al desestimar en su totalidad un recurso de inconstitucionalidad presentado por el grupo parlamentario Vox en el Congreso ⁽⁴⁾.

En la sentencia se afirma:

Este derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos incluye también el derecho de la persona a recabar y usar la asistencia de terceros que sea necesaria para llevar a la práctica la decisión de manera compatible con su dignidad y con su integridad personal. Tal ayuda puede ser necesaria tanto para materializar en última instancia la voluntad de poner fin a la propia vida como para poner a su disposición los medios que le permitan acabar su vida de manera segura e indolora o, dicho de otro modo, digna. De ello se sigue que la Constitución demanda a los poderes públicos —en primer término, al legislador— permitir la ayuda por parte de terceros a la muerte de la persona capaz que así lo decide, libre y conscientemente, en el tipo de situaciones extremas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento y de habilitar las vías necesarias para ello (p. 77).

Para el TC español, de ello no se deriva “necesariamente” “un deber prestacional del Estado”. Sin embargo, considera el TC que este no puede:

(4) https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2023_024/STC%20RI%204057-21%20Y%20VOTOS.pdf

[E]ludir su responsabilidad en esta materia, como sucedería si pretendiese permanecer ajeno —mediante la prohibición o la ausencia de regulación— a la específica problemática de quien precisa la ayuda de terceros para ejercer de modo efectivo su derecho en este tipo de situaciones, pues ello podría abocar a la persona a una muerte degradante, y en todo caso haría depender a cada sujeto, a la hora de su propia muerte y llevarla a cabo, de sus específicos y personales condicionantes físicos, sociales, económicos y familiares, resultados ambos incompatibles con los arts. 10. 1 y 15 CE (p. 77).

El TC aclara que:

[E]ste deber público de dotar de eficacia al derecho de autodeterminación no conlleva, sin embargo, una exigencia constitucional de permisión total e indiscriminada de la ayuda de terceros a la muerte libre y conscientemente decidida por persona capaz inmersa en un contexto eutanásico (p. 77).

Y precisa que:

[E]s necesario que el legislador, que fija los mecanismos para dotar de efectividad al derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, establezca medidas de protección suficientes de los derechos, principios y bienes constitucionales que puedan verse afectados por el ejercicio de tal derecho (p. 78).

Hay que decir que, frente a la creación de un nuevo derecho, son oportunas las críticas de los votos en disidencia de los magistrados Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera sobre este reconocimiento de un “nuevo derecho fundamental”. Dice Alcubilla que “la realidad social puede conducir a que se manifieste incluso la conveniencia de reconocer nuevos derechos fundamentales, pero para ello está prevista la reforma constitucional. Ni el legislador ni el Tribunal Constitucional pueden sustituir al poder constituyente”. Este juez critica el enfoque del voto mayoritario y entiende que:

[C]entrada la cuestión en la intervención del público en este contexto en el que una persona decide poner fin a su vida, lo que debía determinarse es si, y en qué términos, la necesaria protección del derecho a la vida, que impone al legislador deberes negativos o de abstención y positivos, de protección frente a terceros, podría ser excepcionada en atención a la situación de padecimiento y sufrimiento extremo que la propia ley define.

Por su parte, Espejel Jorquera considera que el TC desborda el control de constitucionalidad y declara un derecho que no encuentra fundamento en la Constitución de ese país.

Recapitulando, en el análisis de la argumentación del TC español subyacen estos presupuestos: las personas tendrían un derecho a la autodeterminación que, en contextos eutanásicos, incluiría un derecho a la propia muerte. Para concretar ese derecho, no sólo se requeriría que se despenalice al que mate al paciente que se lo pida, sino que además el Estado debería proporcionarle ayuda para quitarse la vida, a cuyo fin dicta la ley y obliga a los médicos, máxime si la persona no puede quitarse por sí misma la vida.

Al respecto, corresponde afirmar que, en el plano del derecho positivo, así como en España se ha criticado que el TC ha creado un derecho desbordando su competencia, en el caso de nuestro país, conviene recordar que ni la Constitución ni los Tratados de Derechos Humanos reconocen un derecho a morir o a solicitar ayuda para morir. En lo que hace al derecho convencional, este tema ha sido analizado muy bien por Sofía Maruri Argman-Ugón, quien es clara en la conclusión:

Nada dicen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos respecto de la eutanasia y el suicidio asistido. No existen normas en el Derecho Internacional que consagren un derecho a matarse, a matar o a ayudar a matarse. Por el contrario, estas prácticas serían más bien violaciones al primer derecho, la vida, que sí está regulado en varias declaraciones, pactos y convenciones ⁽⁵⁾.

Y es lógico que no exista un derecho a poner fin a la propia vida, porque la vida es un bien y no puede ser disponible ⁽⁶⁾. En el libro “La persona humana” dirigido por Guillermo A. Borda en 2001, Carlos I. Massini Correas y Pilar Zambrano se refieren en profundidad a la cuestión. Allí explican que la vida como bien humano básico:

(5) Maruri Argman-Ugón, Sofía. “Eutanasia y Derechos Humanos: la evidencia internacional”, en AA.VV., *En defensa de la dignidad humana. Aportes para el debate: Eutanasia y suicidio asistido*, publicación de Prudencia Uruguay, 2022, p. 88.

(6) Ver Sambrizzi, Eduardo A., “Eutanasia. No existe un derecho a morir”, SJA 02/06/2023, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/873/2023. Ver también Lafferriere, Jorge Nicolás, “¿Existe el derecho a morir? Una reflexión a partir de los proyectos de ley sobre eutanasia presentados en Argentina” en Sambrizzi, E.A. (director). *Estudios de derecho civil Año 2022*. Publicaciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil. Sección de Derecho de Familia y Bioderecho, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2023, p. 37-54.

[E]s tal no porque el sujeto lo considere así, ni porque lo haya elegido, ni porque sea el objeto de sus ‘intereses críticos’, sino porque es la dimensión más radical y básica de su perfección y, en ese carácter, su respeto es debido por todos los sujetos, aún -y especialmente- por aquél de cuya vida se trata ⁽⁷⁾.

Además, la conducta regulada en estas normas no es puramente autorreferente, pues necesariamente involucra a otra persona, que es quién provee la ayuda para morir o quién ejecuta la acción de quitar la vida al paciente que se lo pide. No estamos ante un problema de suicidio. Estamos ante acciones que encuadran en los delitos de homicidio o ayuda al suicidio, que son punibles en la mayoría de los países en razón de estar en juego el bien jurídico “vida”.

El Poder Legislativo no tiene atribuciones para regular un procedimiento que se ordena a provocar la muerte de una persona ⁽⁸⁾. Incluso si la persona está imposibilitada de quitarse la vida, contradice bienes humanos básicos que el Estado regule cómo se puede ayudarla a quitarse la vida:

[R]esulta evidente que la misma expresión ‘derecho a morir’ o ‘derecho a la muerte’ resulta autocontradictoria, ya que no puede tenerse derecho para la frustración de un bien humano, en especial para la perpetración del mal humano por antonomasia: la aniquilación de la vida ⁽⁹⁾.

La vida no es un bien disponible por la persona humana.

Por otra parte, aunque las iniciativas legislativas afirman establecer la eutanasia con fundamento en la autonomía personal, en los hechos el legislador se arroga la atribución de determinar qué vidas vale la pena que sean vividas y cuáles no. Y no sólo eso, delega luego en los médicos tal decisión y les pretende dar un poder de decidir quién vive y quién no.

(7) Massini Correas, Carlos I. Zambrano, Pilar, “Vida humana, autonomía y el final de la existencia: ¿Existe un derecho a disponer de la propia vida?”, en Borda, Guillermo (director), *La persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 131.

(8) En otro orden, en Argentina la creación de un nuevo derecho prestacional, con obligaciones específicas que deberán estar a cargo de las provincias, supone un quiebre de la distribución de competencias entre la Nación y las provincias. El Congreso Nacional ciertamente tiene competencia para dictar los códigos de fondo, incluyendo el Civil y el Penal, pero no tiene competencia para regular e imponer, sin adhesión de las provincias, un procedimiento médico y una prestación dentro del sistema de salud o crear comisiones provinciales. El tema, no obstante, excede los alcances de este trabajo.

(9) Massini Correas, Carlos I. Zambrano, Pilar, *ob. cit.*, p. 132.

Por estas razones, creemos que no tiene el legislador potestad para regular cómo se eliminarán a personas humanas que así lo pidan. Pero el tema involucra cuestiones adicionales, como la de determinar quiénes son los pacientes a los que se les declara “eutanasiables”, quién realiza la eutanasia (los médicos) y cómo se financia esta nueva prestación en el sistema de salud. Estas cuestiones las analizaré en los próximos apartados.

III.2. Los pacientes habilitados a solicitar la prestación

Otra cuestión decisiva derivada de este nuevo derecho es la determinación de los pacientes que pueden solicitar esta prestación.

Siguiendo la redacción de la ley española 3/2021, los proyectos de ley en Argentina regulan dos causales habilitadas para pedir la “ayuda para morir”: “enfermedad grave e incurable” y “padecimiento grave, crónico e imposibilitante”. Ahora bien, respecto a la causal “enfermedad grave e incurable” el proyecto Cobos la limita a casos de terminalidad, pues dice: “enfermedad grave e incurable: alteración de la salud irreversible, condición patológica grave o lesión corporal grave que ha sido diagnosticada, certificada y confirmada por un médico responsable, que demuestre un carácter progresivo e irreversible, con pronóstico fatal próximo o en plazo relativamente breve, que no sea susceptible de un tratamiento curativo y de eficacia comprobada que permita modificar el pronóstico de muerte próxima, o cuando los recursos terapéuticos utilizados han dejado de ser eficaces” (art. 3.e). El proyecto Moisés adopta una redacción similar. En cambio, el proyecto Estévez define: “Enfermedad grave e incurable: la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, en un contexto de fragilidad progresiva” (art. 4.2). Esta definición está tomada textualmente de la ley española de 2021.

La segunda definición torna mucho más subjetiva la causal, que depende de lo que el propio paciente considere “tolerable”. Así, es previsible que, si finalmente se aprueba la ley y se adopta esta última redacción de la causal, prontamente se produzca la pendiente resbaladiza que lleve a aplicar la eutanasia a personas con problemas mentales incurables u otras enfermedades incurables que no tengan un pronóstico de terminalidad, pero perciban su sufrimiento como intolerable. Este problema ya lo analicé en el comentario inicial a los proyectos y allí me remito ⁽¹⁰⁾. En

(10) Lafferriere, Jorge Nicolás, “Análisis de los proyectos de legalización de la eutanasia y el suicidio asistido”, Centro de Bioética, Persona y Familia, Agosto 2022,

definitiva, se advierte que, una vez que se admite una excepción a la regla que prohíbe quitar deliberadamente la vida a otra persona, cualquier línea que se fije (terminalidad, sufrimiento intolerable, limitaciones físicas, etc.) se torna arbitrario.

Por otra parte, como dice Finnis, “salvo que los médicos tengan permitido matar a cualquiera que lo haga el pedido y tenga estabilidad y aptitud para requerir su muerte, se tiene que hacer una clasificación de las vidas que vale la pena vivir y las que no vale la pena vivir” ⁽¹¹⁾. La legalización supone una activa participación social en hacer juicios morales comparativos sobre el valor de diferentes vidas humanas ⁽¹²⁾. En este punto, se verifica una discriminación hacia las personas con discapacidad que se encuentran en las situaciones descritas por los proyectos, cuyo derecho a la vida deja de ser inviolable ⁽¹³⁾.

Además, la disparidad de los proyectos al describir los diagnósticos que habilitarían esta prestación refuerza lo evidente: no se trata de una respuesta terapéutica a un cuadro determinado, como ocurre con toda prestación de salud, sino de una conducta de naturaleza completamente distinta. Al respecto, si la ayuda a morir es una prestación médica, se supone que resulta la estrategia indicada por la *lex artis* para atender a una situación de salud con finalidad preventiva, paliativa o terapéutica. Pero provocar la muerte del paciente no puede ser nunca una prestación indicada médicamente para una situación o condición determinada, como analizaré en el próximo apartado.

disponible en: <https://centrodebioetica.org/analisis-de-los-proyectos-de-legalizacion-de-la-eutanasia-y-el-suicidio-asistido-en-argentina/> (último acceso: 5 de junio de 2023).

(11) Traducción propia. Texto original en inglés: “Unless doctors are permitted to kill anyone and everyone who makes a ‘stable and competent’ request for death, they are going to have to proceed on a classification of lives as ‘worth living’ or ‘not worth living’”. Finnis, “Euthanasia, Morality, and Law”, p. 1144.

(12) Gorsuch, Neil, “The Right to Assisted Suicide and Euthanasia”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n. 23, 2000, p. 690.

(13) Está en juego el art. 10 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad que dispone: “Artículo 10. Derecho a la vida. Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás” (ley 26.378, con jerarquía constitucional por ley 27.044).

IV. LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR AYUDA PARA MORIR Y SU IMPACTO EN LA PROFESIÓN MÉDICA

La creación por vía legal de una prestación de ayuda a morir también impacta en la profesión médica. Ya hemos visto que el legislador opta por señalar que todo médico tratante que recibe un pedido de eutanasia o suicidio asistido debe evaluar la solicitud, asesorar al paciente y, llegado el caso, realizar la práctica. Justamente como esta obligación pesa sobre todos los profesionales de la salud, se regula la situación de los objetores de conciencia.

En primer lugar, regular un deber médico de prestar ayuda a morir contradice el juramento hipocrático ⁽¹⁴⁾. La medicina se enfrenta con el drama de sufrimiento, la enfermedad y, en última instancia, la muerte. Pero ante estas situaciones, las finalidades propiamente médicas son la prevención, la terapia y la atención paliativa. Nunca es una alternativa el provocar la muerte. Arias de Ronchietto ha profundizado los deberes médicos ante el morir humano, señalando que la eutanasia no es acto médico y enfatizando que:

[L]ograr que el enfermo y su familia afronten el proceso de la enfermedad y su desenlace y, el paciente asuma el acto de morir como suyo, es el más trascendente y riguroso deber que cada médico o equipo médico, debe a su paciente en situación de enfermedad, máxime si ésta es terminal. Es su deuda profesional. Cumplirla instala al acto del médico en el señorío del acto de justicia, de equidad. Tal es su naturaleza jurídica y, por ello, su esencial deber y derecho ⁽¹⁵⁾.

Como dice Shepherd, en las decisiones sobre el final de la vida hay una posición “por defecto” que consiste en optar por la continuación de la vida en la medicina ⁽¹⁶⁾. Esta posición por defecto expresa el principio básico de la atención médica: proteger la vida.

Es cierto que toda actuación médica debe respetar la voluntad del paciente, pero ello no se traduce en que tenga el deber de provocarle la muerte cuando así le sea pedido. Keown pone el foco en señalar que:

(14) Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel, “Eutanasia y muerte ajena”, *El Notario del siglo XXI*, N.º 73, 2017, pp. 26-30.

(15) Arias de Ronchietto, Catalina E., “Consideración bioético-jurídica actual sobre el morir humano. Morir ¿Un derecho?”, *El Derecho*, Tomo 175, 1997, p. 932.

(16) Shepherd, Lois, “The End of End-of-Life Law”, *North Carolina Law Review*, n. 92, 2014, p. 1701.

[E]l requerimiento legal de consentimiento previo para las intervenciones médicas opera como un escudo contra invasiones no deseadas al cuerpo, pero no como una espada para exigir intervenciones. No se deduce del hecho de que los médicos no pueden tratar a pacientes sin su consentimiento que puedan terminar su vida con su consentimiento. Más aun, matar pacientes nunca fue visto por la ley como un tratamiento médico sino como un grave crimen (y por la profesión médica en su conjunto como una inconsistencia con el rol del médico como sanador) ⁽¹⁷⁾.

En el derecho argentino, las leyes sobre ejercicio de la medicina enfatizan la finalidad terapéutica de la profesión y excluyen la ayuda al suicidio. Así por ejemplo surge del art 19 de la ley 17.132 (B.O. 31/1/1967) que dispone:

Artículo 19. — Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: [...] 3º) respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos.

Los proyectos de ley pretenden introducir esta prestación en el ejercicio profesional como si fuera una alternativa terapéutica más y ello altera radicalmente la confianza propia que requiere la relación del médico con su paciente. Como dice Finnis, “matar intencionalmente se convierte en una opción de rutina. Es cierto, hay restricciones, directivas, papelerío. Bien intencionado. No irrelevante. Pero nada se compara con el cambio en el corazón, la formación profesional y la conciencia de los médicos” ⁽¹⁸⁾. Y formula preguntas incisivas: “¿Puedo contarle al médico cuánto estoy sufriendo, mis miedos, mis ocasionales deseos de

(17) Traducción propia. Texto original en inglés: “the legal requirement of consent to medical treatment provides a shield against unwanted touching, not a sword to demand interventions. It does not follow from the fact that physicians may not treat patients without their consent that they can terminate them with their consent. Moreover, the killing of patients has never been regarded by the law as a medical treatment but as a serious crime (and by the medical profession as a whole as inconsistent with the physician’s role as healer)”. Keown, John, “A Right to Voluntary Euthanasia? Confusion in Canada in Carter”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, n. 28, 2014, p. 20.

(18) Traducción propia. Texto original en inglés: “Killing with intent becomes a routine management option. Oh yes, there are restrictions, guidelines, paperwork. Well meant. Not utterly irrelevant. But as nothing compared with our doctors’ change in heart, professional formation and conscience”. Finnis, John, “Euthanasia, Morality, and Law”, 1133.

liberarme de este peso? ¿Mis palabras podrán ser escuchadas como un pedido de ser matado? ¿Como un permiso tácito? ¿Y por qué necesita el médico mi permiso, mi requerimiento?" (19).

Hasta aquí analicé la incompatibilidad que existe entre provocar la muerte y los fines propios de la medicina y cómo se mina la relación médico-paciente. Pero si se analiza en detalle los proyectos de ley, se advierte que la prestación de ayuda a morir supone un correlativo deber de matar. En efecto, en la redacción de los proyectos se señala que es el médico tratante el que tiene que recibir el pedido de eutanasia, evaluarlo y, eventualmente, realizar la práctica. No se crea un servicio de eutanasia al que se derivaría la realización de las prácticas, sino que cualquier profesional que atienda pacientes con cuadros potencialmente encuadrables en las causales legalmente habilitadas y que solicite la muerte, debe realizar la prestación, e incluso asegurar el resultado final. Como lo dice Murphy, "una obligación de matar parece implícita en este lenguaje de derechos que usan los activistas de la eutanasia y el suicidio asistido, y los medios y la ley de eutanasia de Quebec" (20).

Los proyectos de ley se extralimitan. En ningún caso el legislador puede suplantar a un profesional médico en su juicio particular sobre una situación determinada y obligarlo a actuar en cierta forma. Mucho menos puede la ley obligar a un médico a matar al paciente a su pedido, con independencia de cuál sea su cuadro de salud. No se trata únicamente de respetar al objeto de conciencia, sino de respetar la libertad propia del ejercicio profesional.

En síntesis, la creación de una prestación de ayuda para morir viola los fines propios de la medicina, contradice el juramento hipocrático, mina la confianza propia de la relación médico-paciente y considera a la muerte provocada del paciente como una opción terapéutica más. Además, la redacción de los proyectos termina creando un deber de matar en cabeza de todo médico que recibe un pedido encuadrado en la ley.

(19) Traducción propia. Texto original en inglés: "Can I safely speak to my physician about the full extent of my sufferings, about my fears, about my occasional or regular wish to be free from my burdens? Will my words be heard as a plea to be killed? As a tacit permission? And why does my physician need my permission, my request?" Finnis, John, "Euthanasia, Morality, and Law", 1134.

(20) Murphy, Scan. "Legalization of Assisted Suicide and Euthanasia: Foundational Issues and Implications", *BYU Journal of Public Law*, vol. 31, no. 2, 2017, p. 369-370.

V. LA OBLIGACIÓN DE COBERTURA DE LA PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA DE SALUD

La prestación de ayuda para morir no se presenta, en los proyectos de ley, simplemente como un derecho subjetivo que tendría su correlato en el deber del médico de provocar la muerte del paciente. Los proyectos promueven que a este derecho se acceda gratuitamente a través de los distintos subsectores del sistema de salud. Ya vimos una primera dimensión del asunto, al analizar lo que sostiene sobre el carácter prestacional de este derecho el TC español.

En este apartado quisiera enfatizar que la legalización de la eutanasia como prestación de ayuda a morir introduce una grave distorsión en el sistema de salud, que debería estar guiado por los fines inherentes a la medicina, es decir, la preservación de la vida ⁽²¹⁾. Aparece, en cambio, una nueva opción terapéutica que consiste en poner fin a la vida del paciente. Para Finnis, los intereses de quienes financian la salud van a estar a favor de legalizar la eutanasia y esos intereses influyen en las decisiones que toman los médicos en el caso concreto ⁽²²⁾. Gorsuch coincide, pues entiende que la eutanasia se presenta como una opción más barata que garantizar la atención, los cuidados y los medicamentos para el dolor que darían la chance de enfrentar la muerte sin dolor ⁽²³⁾.

Ciertamente, la motivación de legalizar la eutanasia para reducir costos en salud no es mencionada por ningún proyecto en Argentina. Pero la experiencia de Canadá es demostrativa de que esa intencionalidad no puede soslayarse, pues en los hechos se ha constatado que la legalización de la eutanasia significa una reducción de costos de salud en comparación con los cuidados paliativos y los tratamientos específi-

(21) Por ejemplo, el art. 26 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad regula las obligaciones sobre "Habilitación y rehabilitación": "Artículo 26. Habilitación y rehabilitación. 1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales...".

(22) Finnis, John, "Euthanasia, Morality, and Law", p. 1139.

(23) Gorsuch, Neil, "The Right to Assisted Suicide and Euthanasia", p. 692.

cos de las patologías de base ⁽²⁴⁾. Por supuesto, entiendo que ese análisis de costos y beneficios no resulta un fundamento válido para legalizar la eutanasia. Ante el drama del sufrimiento humano, no se trata de facilitar las medidas para que descartar al paciente, sino de asegurarle el acceso a las terapias del dolor que permitan sobrellevar la situación con dignidad. Justamente, legalizar la eutanasia opera como un mecanismo que desalienta la inversión en cuidados paliativos, que es la respuesta humana profunda y justa ante estas situaciones.

Desde una perspectiva liberal, Céspedes analiza la eutanasia en el contexto constitucional argentino y entiende que no existiría, en principio, un derecho subjetivo del paciente a exigir que el Estado le brinde los servicios para acceder a la eutanasia ⁽²⁵⁾. Sin embargo, dado que hay inequidades sociales y económicas y un grupo de personas no podrían encarar los gastos para poner fin a su vida en los pacientes terminales, siguiendo una propuesta de Seleme, señala que una solución sería que el Estado entregue a los pacientes una cifra fija de dinero de modo que:

[A]quellos que quieran continuar luchando hasta el final, lo podrán hacer sin que la falta de medios económicos sea vista como un impedimento. Por otro lado, aquellas personas que consideran desesperante la situación que acarrea la enfermedad que sufren, tendrán los medios necesarios para acceder a una práctica eutanásica que salvaguarde su dignidad como personas ⁽²⁶⁾.

No coincidimos con esta propuesta, pues coloca al mismo nivel la prestación de servicios terapéuticos con una intervención que está dirigida a provocar la muerte del paciente y que, por tanto, no posee naturaleza médica y es injusta y contraria al principio de inviolabilidad de la vida humana.

De aprobarse estos proyectos, los legisladores generan las condiciones para que, en los hechos, el sistema de salud comience a guiarse por criterios utilitaristas que clasifican las vidas en las que son dignas de ser vividas y las que no. Los cuidados paliativos se ven también afectados

(24) En el trabajo de análisis de los proyectos de ley expliqué los estudios sobre el tema, que se remontan a 1998 y tienen un punto culminante en un trabajo de 2017: Emanuel, Ezekiel J., & Battin, Margaret P. (1998). What are the potential cost savings from legalizing physician-assisted suicide? *The New England Journal of Medicine*, 339(3), 167-172. <https://doi.org/10.1056/NEJM199807163390306>; Trachtenberg, Aaron J., & Manns, Braden (2017). Cost analysis of medical assistance in dying in Canada. *Cmaj*, 189(3), E101-E105. <https://doi.org/10.1503/cmaj.160650>.

(25) Céspedes, Tomás Agustín, *Eutanasia y autonomía*, Buenos Aires, Astrea, 2020, p. 107.

(26) Céspedes, Tomás Agustín, *op. cit.*, p. 110.

por esta decisión y también aparecen como una opción relegada por el legislador ⁽²⁷⁾.

Finnis refiere las conclusiones de un equipo especial que en 1994 emitió un informe en Nueva York sobre eutanasia y suicidio asistido en el contexto médico y que concluyó por unanimidad que la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido puede significar graves riesgos para muchos pacientes, especialmente los más pobres, los ancianos, los miembros de grupos minoritarios y los que no tienen acceso al sistema de salud ⁽²⁸⁾. En ese informe, se llamaba la atención sobre cómo potenciales límites a los reembolsos de gastos por internaciones prolongadas, como opuestas a la facilidad de la eutanasia, podían influir en las decisiones médicas ⁽²⁹⁾.

Entrando en el análisis del ordenamiento jurídico nacional, la ley 23661 (B.O. 20/1/1989) de regulación del Sistema de Seguro de Salud, en su artículo 2° dispone:

El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva...

La eutanasia contradice esos principios fundamentales que establece este artículo. Por su parte, la ley 26.862 (B.O. 17/05/2011) define a las empresas de medicina prepaga de la siguiente forma:

ARTICULO 2° — Definición. A los efectos de la presente ley se consideran Empresas de Medicina Prepaga a toda persona física o jurídica, cualquiera sea el tipo, figura jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de

(27) Murphy, Scan. "Legalization of Assisted Suicide and Euthanasia: Foundational Issues and Implications", p. 349. Ver la comparación entre los proyectos de ley de eutanasia y la ley 27.678 de Cuidados Paliativos en mi trabajo: Lafferriere, Jorge Nicolás, "Análisis de los proyectos de legalización de la eutanasia y el suicidio asistido", loc. cit., p. 16-19.

(28) New York State Task Force on Life and the Law, "When Death is Sought: Assisted Suicide and Euthanasia in the Medical Context", 1994, disponible en: https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/when_death_is_sought/, citado por Finnis, John, "Euthanasia, Morality, and Law", p. 1138.

(29) Finnis, John, "Euthanasia, Morality, and Law", p. 1139.

una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa.

En un contexto de carencias en la atención del sistema de salud, en el que un 20% refiere esperar más de dos meses tras solicitar un turno con un especialista y con otros problemas de tipo estructurales ⁽³⁰⁾, con el desafío de garantizar a todos los pacientes que los necesitan el acceso a los cuidados paliativos ⁽³¹⁾, resulta injusto e incoherente con las finalidades del sistema de salud que se decida incorporar una pretendida prestación de ayuda a morir como una opción terapéutica más. Se generarían las condiciones jurídicas para promover una cultura del descarte de aquellos cuyas vidas aparecen como menos valiosas y útiles.

VI. LA PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR Y EL DERECHO A LA VIDA

En última instancia, el problema de fondo de la prestación de ayuda a morir es la afectación del derecho a la vida. Como dice Finnis, la legalización de la eutanasia supone que el legislador consagra una excepción al principio que señala que no se puede matar a otro ⁽³²⁾ y específicamente regula en detalle cómo se llevará adelante tal conducta de provocar deliberadamente la muerte.

En el debate sobre eutanasia en Gran Bretaña, el Comité sobre Ética en Medicina de la Cámara de los Lores dijo que la prohibición de la muerte intencional es la piedra angular de la ley y de las relaciones sociales, que nos protege a cada uno en forma imparcial, dando cuerpo a la convicción de que todos somos iguales ⁽³³⁾.

(30) Paternó Manavella, María Agustina, Lafferriere, Francisco, Rodríguez Espíndola, Solange, "Atención de salud y acceso a la atención médica en la argentina urbana [en línea]". Observatorio de la Deuda Social Argentina. 2023, Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/16440>

(31) Asociación Latinoamericana de Cuidados Paliativos, "Atlas de Cuidados Paliativos en Latinoamérica 2020", 2da. Edición, p. 38, disponible en: <https://cuidados-paliativos.org/uploads/2021/8/Atlas%20de%20Cuidados%20Paliativos%20en%20Latinoamerica%202020.pdf>

(32) Finnis, John, "Euthanasia, Morality, and Law", p. 1127.

(33) House of Lords, Report of the Select Committee on Medical Ethics, H.L. Paper No. 21-I, 1994, párrafo 237.

Farrell fundamenta la eutanasia en el principio de la libertad de John Stuart Mill ⁽³⁴⁾ y considera que la solución contraria significaría una actitud paternalista que no tiene justificación en personas adultas y que se podría resumir en la frase: “yo sé mejor que usted lo que le conviene” ⁽³⁵⁾.

Al respecto, como sostiene Keown:

[L]as personas pueden tener control sobre su integridad física, pero dentro de ciertos límites. La ley reconoce nuestra integridad física, nuestras vidas y nuestra autonomía como bienes que tenemos el derecho de salvaguardar. Pero no se sigue de ello que podamos legítimamente consentir la amputación de un miembro sano, que nos maten o vender nuestras personas en esclavitud, conductas que minan esos bienes ⁽³⁶⁾.

Además, afirma Keown que, si se abandona el principio de la inviolabilidad de la vida, la clara línea que se fundamenta en la intrínseca e insoslayable dignidad de cada paciente es usurpada por una arbitraria que depende de juicios subjetivos ⁽³⁷⁾.

Legalizar la prestación de ayuda a morir, además, contradice las políticas públicas que apuntan a prevenir el suicidio. Ciertamente, como dice Andorno:

[E]s verdad que, normalmente, si alguien quiere suicidarse, puede de hecho hacerlo. Pero de allí no cabe deducir que exista un ‘derecho’ a morir, es decir, que se pueda exigir del Estado un apoyo a tal pretensión, ni menos aún reclamar de otras personas la supresión de su vida. La muerte no constituye un ‘bien debido’ en términos de justicia ⁽³⁸⁾.

(34) Farrell, Martín Diego. *La Ética Del Aborto Y La Eutanasia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985, p. 109.

(35) Farrell, Martín Diego, op. cit., p. 110. Ver también Farrell, Martín Diego, “Eutanasia”, en *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Julio César Rivera y otros (directores), Tomo I, Ciudad de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 871-900

(36) Traducción propia. Texto original en inglés: “persons may indeed control their own physical integrity, but within limits. The law recognizes our physical integrity, our lives, and our autonomy as goods we have the right to safeguard. It does not follow that we may lawfully consent to the amputation of healthy limbs, to be killed, or sell ourselves into slavery, conduct which undermines these goods”, Keown, John, “A Right to Voluntary Euthanasia? Confusion in Canada in Carter”, p. 20.

(37) Keown, John, “A Right to Voluntary Euthanasia? Confusion in Canada in Carter”, p. 22.

(38) Andorno, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, 2da. edición, Madrid, Tecnos, 2012, p. 166.

Sambrizzi explica que:

[E]l derecho a la vida entraña el deber de respetar la propia vida, de la que no se puede disponer, por cuanto el hombre no es dueño de sí mismo ni de su vida, y quien resuelve quitársela, no está renunciando al derecho a la vida, sino a la vida misma, y con ella, a la libertad que se proclama defender, que ya no se puede ser ejercida por quien tomó esa decisión y la ejecutó ⁽³⁹⁾.

Para Gorsuch buscar una alternativa a la regla absoluta que prohíbe matar intencionalmente a otro es ingresar en terrenos controvertidos, pues una vez que matar a otro se vuelve aceptable, la sociedad comienza a tomar decisiones morales sobre cuáles muertes se vuelven permisibles ⁽⁴⁰⁾. Para Finnis:

[U]na sociedad justa no puede sostenerse y las personas no pueden ser tratadas con el igual respeto y atención que merecen, a menos que sostengamos la verdad que ninguno de nosotros está habilitado a actuar en la convicción que la vida de otro no vale la pena ser vivida ⁽⁴¹⁾.

La vida es un bien humano básico fundamental e indisponible, que merece una plena protección del Estado. La persona que sufre, que puede perder las razones para vivir, debe ser acompañada integralmente, con los cuidados paliativos y otras formas de apoyo, para no ser dejada sola en su drama. Legalizar la eutanasia entraña una claudicación en el campo de la solidaridad interpersonal, supone la renuncia a tal acompañamiento del sufriente, que no solo es librado a su suerte, sino que se le ofrece quitarle la vida regulada y gratuitamente.

VII. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo he analizado las propuestas legislativas de creación de una nueva prestación de ayuda para morir que debería ser realizada por todo médico tratante que recibe el pedido y que consistiría

(39) Sambrizzi, Eduardo, "Muerte digna: Modificación de la ley 26529 sobre derechos del paciente", *La Ley, Suplemento Especial Identidad de género - Muerte digna*, 2012 (mayo), p. 123.

(40) Gorsuch, Neil, "The Right to Assisted Suicide and Euthanasia", p. 701-702.

(41) Traducción propia. Texto original en inglés: "a just society cannot be maintained, and people cannot be treated with the equal concern and respect to which they are all entitled, unless we hold fast to the truth... that none of us is entitled to act on the opinion that the life of another is not worth living", Finnis, John, "Euthanasia, Morality, and Law", p. 1145.

en provocar la muerte del paciente. Según los proyectos, esta prestación debería ser cubierta en forma gratuita por el sistema de salud.

En primer lugar, no existe ningún tratado que contemple un derecho a una ayuda para morir. Además, los legisladores estarían arrogándose el poder de determinar qué vidas vale la pena que sean vividas y cuáles no. Ello supondría una nueva forma de discriminación de las personas con discapacidad.

Existen diferencias importantes en la forma en que los proyectos de ley conceptualizan las dos situaciones en que los pacientes tendrían derecho a esta prestación de ayuda para morir: enfermedad grave e incurable y padecimiento grave, crónico e imposibilitante. Si se adoptan visiones que ponen el foco en la percepción subjetiva del paciente, se corre el riesgo de una redacción que habilite la eutanasia para muchas situaciones en lo que se conoce como una pendiente resbaladiza. Pero, sobre todo, queda en claro que la línea trazada por los proyectos es arbitraria y no se ofrece justificación sobre cuáles son los motivos que determinan cuándo se tiene derecho a pedir la propia muerte y cuándo no.

Esta prestación supone un impacto profundo en la profesión médica. Los proyectos obligan a todo médico a recibir los pedidos de ayuda a morir y, en caso de cumplirse los requisitos, a realizar la práctica de quitarle la vida al paciente. Incluso se establece, en algunos proyectos, un deber de permanecer hasta que ocurre el fallecimiento. En estos proyectos, no se establece un nuevo servicio de médicos eutanasiadores, sino que todos los médicos tendrían la obligación de intervenir y matar al paciente que lo pida.

La prestación de ayuda a morir también impacta en el sistema de salud, que debería estar orientado a garantizar la salud de los pacientes y su habilitación y rehabilitación. Además, la experiencia internacional señala que detrás de estos proyectos se esconde la finalidad de bajar costos de salud, a partir de la reducción de prestaciones a ciertos pacientes.

En última instancia, la prestación de ayuda para morir supone un quiebre del principio que señala la inviolabilidad de la vida humana y que establece que no es aceptable la legitimación de la conducta deliberada de matar a otro.

La respuesta última al sufrimiento de los pacientes no puede ser la regulación de un sistema para quitarles la vida, sino garantizarles su derecho a los cuidados paliativos y al acompañamiento humano, familiar, social y profesional que les permita atravesar las situaciones de dolor con dignidad y respeto a los derechos fundamentales.

DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO DERECHO HUMANO FUNDADO EN SU PROPIA NATURALEZA

POR GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA (*)

I. DIGNIDAD NATURAL DE LA PERSONA

I.1. Presentación

Es un verdadero honor para nosotros desde Uruguay poder participar en el merecido homenaje al Dr. Guillermo Borda comenzando para ello con el agradecimiento a todo lo que hemos podido estudiar y aprender en sus afamadas obras.

La primera pregunta que podemos formularnos es porque se trata este tema y la respuesta es muy simple ya que la nuestra es una civilización “que administra una crisis muy seria de valores” puesta en evidencia con la fuerza que hace el *relativismo* y *utilitarismo* que han llevado a un descarado *permisivismo* sexual atentatorio contra la vida y la institución familiar y una separación de la ética y la ciencia priorizando lo económico sobre lo realmente humano. En este proceso lo más grave es que se termina por afectar los valores en que se sustenta el respeto de la dignidad misma de la persona y la familia.

Otro de los *ismos* peligrosos es el *pluralismo*. Las ideas religiosas son solo una opción. Esta forma de razonar lleva a la anarquía pues se deben respetar todas las ideas aun cuando lleven a priorizar valores opuestos con lo que se logra destruir la vigencia de los verdaderos valores.

Cuando vemos que en el mundo se plantea con toda paz la libertad de la madre de decidir sobre la vida de un hijo como derecho, o se pro-

(*) Profesor de Derecho Civil de la Universidad Católica. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

picia la libertad de decidir... o, se afirma que para preservar la dignidad del enfermo terminal la solución es que pueda terminar con su vida... estamos volviendo como antes de la Segunda Guerra Mundial donde al adversario se le trato con todo desprecio y en forma inhumana.

El relativismo y el juego de las mayorías parlamentarias gobernadas por unos pocos a través de cargos de fidelidad política a los que se debe el cargo que circunstancialmente ocupan no presagia un buen futuro.

Aunque parezca mentira se trata de un tema relativamente nuevo pues comienza a plantearse en su verdadera dimensión después de la Segunda Guerra Mundial y cobra auge junto a la idea de derechos humanos en momentos en que precisamente estos derechos habían sido pisoteados de una forma sin precedentes.

Pasaron los años y *todos vivimos un encanto conceptual* de los derechos humanos idealizando declarados una y otra vez Se nos presenta un mundo idílico de lo que debería ser pero que realmente no es.

Hoy sin bombas, sin destrucción de ciudades, sin campos de concentración... estamos viviendo una *guerra silenciosa* mucho más cruel quizás que las de 1942 donde se destruyen un sin número de vidas humanas de quienes están en situaron de mayor indefensión sea porque no han nacido porque están enfermos discapacitados. Cuantitativa y cualitativamente esta *guerra silenciosa* está causando más muertos y dejando por el piso lo que tanta sangre costo reconocer en 1948 en los que refiere al respeto de la dignidad de la persona. Para llegar a hablar de derechos humanos en el año 1948 fue necesario sufrir guerras que destruyeron gran parte de la humanidad en todo el planeta (se estima que fallecieron 70 millones de personas). Se vio como las cámaras de gas de los nazis y las bombas atómicas de los aliados fueron el punto culminante de una evolución científica.

Esta *guerra silenciosa* tuvo por objeto no solo la destrucción de vidas inocentes sino la destrucción misma del sistema de valores en que se sustenta la misma sociedad.

Hoy ya no se admite que el solo hecho de pertenecer al género humano alcanza para ser persona, sino que *se le exigen otras cualidades tales* como: madurez capacidad, racionalidad, autonomía (Dworking, Singer).

Aparece rápidamente lo que Hoyos Castañeda (La persona y sus derechos Colombia 2000 Edit. Themis, p. 5) considera el problema del momento: *admitir que el hombre, que todo hombre, se le considere persona más allá de su condición o situación.* Y en segundo lugar *quien es per-*

sona lo sea también en sentido jurídico. La guerra silenciosa da comienzo cuando se difunden y aceptan teorías como la de que no todo hombre es persona, sino que debe reunir otras exigencias. Se es persona por lo que se tiene de aptitudes y no por lo que se es.

Es frecuente en libros tradicionales encontrar definiciones de persona como el ser racional o el autónomo... la pregunta de inmediato es que pasa con los que no lo son.

Pero lo más grave es que en esta línea debemos decir quiénes y cuáles son las condiciones y que personas definen lo que es persona.

En la sociedad para algunos habría hay hombres y personas y esta distinción responde a lo que surge de la ley, aunque esta desconozca la verdadera realidad del ser humano. *Se tira otra bomba en esta guerra silenciosa* cuando se dice que los derechos solo los tienen las personas que el derecho admite como tales. No se es persona por lo que se es en sí sino por lo que dice el sistema jurídico o los parlamentos del momento.

Nos estamos fácilmente olvidando algo esencial como es que el hombre en cuanto tal y por el solo hecho de ser inherente a su ser tiene la cualidad de persona.

En esta *guerra silenciosa* se cambiaron las bombas por las propuestas filosóficas y de los conceptos proponiendo conceptos o teorías que encandilan, pero no por lo buenas sino para inducir en el error lo que poco a poco empieza a cercenar el concepto de dignidad de persona.

Se llegó al extremo de saltar del ámbito científico al filosófico y dado que hoy pocos científicos discuten que la vida científicamente comienza con la concepción el tema se lleva entonces al terreno filosófico llegándose al absurdo de pretender como "derecho" o como "acto médico" la posibilidad de destruir una vida humana.

Se destruyen no solo vidas sino valores y se inventan teorías para justificar el hedonismo, el utilitarismo, la vida fácil e irresponsable.

En este proceso lo grave es que se termina por perder conciencia de la importancia que tiene la pérdida de la vida humana, de toda vida humana aun en su estado de desarrollo menor.

Este dislocado proceso de destrucción de vidas y valores debe parar y para ello es necesario asumir la gravedad del momento en que estamos viviendo.

1.2. Terminología

Se afirma que el término "dignidad" de la persona se puede usar en dos sentidos pues puede referir a un sentimiento que *lleva a comportarse*

rectamente, es decir, obrar con seriedad y corrección. En este sentido el termino dignidad se aplicaría solo a las personas que actúen en forma recta o decorosa.

Pero en otras ocasiones *dignidad significa la superioridad o importancia* que corresponde a aun ser, independientemente de la manera en que esta se comporte.

En esencia digno es aquello que es valioso por sí mismo por su propia constitución.

Hoyos Castañeda (“La persona y sus derechos”, Colombia 2000, p. 76) considera que el termino dignidad funcionalmente significa algo que es superior excelente Quien ocupa un cargo con relevancia social se le dice que es digno.

Curiosamente el termino persona significa también el que cumple una función relevante o significativa o el que es un hombre importante. Por esto en esencia dignidad significa persona.

De esta forma, como bien anota Millan Puelles (“Persona Humana y Justicia Social”, Madrid 1962, p. 15) *cuando se habla de la dignidad de la persona humana no se piensa tan solo en el valor de los hombres que actúan rectamente, sino en que todo hombre, por el hecho de ser persona tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional característica que es inherente a su ser.* Esta categoría o dignidad de toda persona es independiente de la situación en la que uno pueda hallarse y de las cualidades que posea. Esta dignidad es inherente a la persona y no tiene ninguna persona más o menos dignidad que otra.

En realidad, referir a la dignidad de la persona son *expresiones tautológicas o redundantes* pues toda persona por ser tal es digna. No hay persona que no sea digna.

Cuando se dice *que un hombre es persona* como lo anota Jaques Maritain (“Los derechos del hombre” Madrid 2001, p. 14) queremos decir que no es simplemente un trozo de materia, un elemento individual en lo material, sino que se está ante un individuo gobernado por su inteligencia y voluntad.

El hombre no existe solo de manera física hay en él otra existencia que es la espiritual y la amorosa. La persona es un todo y no una parte, es un universo en sí mismo, un microcosmos en el que el gran universo entero puede ser contenido por el conocimiento, y que por otra parte puede donarse libremente a otros seres. *Así, la noción de persona implica por naturaleza la noción de totalidad e independencia.*

El valor de la persona, su libertad, sus derechos hacen referencia a la existencia de un orden natural.

Como bien anota Hoyos Castañeda (Ob. cit pág. 11) todos los hombres en cuanto portadores de vida humana son dignos por igual porque la persona es en sí un ser único irrepetible, independiente sea cual sea el estado en que se encuentre: nacido, no nacido, enfermo mental, viejo desahuciado, preso...

Todo orden natural de la sociedad al servicio de la persona debe tender al logro de cuatro valores esenciales: la libertad, la verdad, la justicia y la solidaridad. Estos cuatro valores responden a una exigencia ética acorde a un orden natural.

Rodrigo Guerra (“Afirmar la persona por sí misma. La dignidad como fundamento de los derechos de las personas”, México 2003, p. 34) afirma que, *la dignidad de la persona* es un valor elevado y sublime en el que muchos otros valores encuentran como su integración. La dignidad es el valor que posee un ente realmente existente que se muestra a sí mismo en la experiencia como un ser con interioridad, incomunicabilidad incomparable, absolutez y trascendencia vertical: la persona. La justicia, el perdón, la verdad y el amor son, sin duda, también valores sumamente importantes. Sin embargo, el valor que posee la persona es tan sublime, que sólo en la medida en que ella los realice éstos adquieren existencia y cumplen su “vocación”.

La dignidad supone características peculiares en el sujeto que la porta. Dicho de otro modo, porque el sujeto posee un ser (*esse*) y una esencia (*esentia*) perfectísimos, el ente personal posee el más grande valor.

Dignidad, persona, hombre en si son lo mismo en lo que a valor y dignidad se refiere. La dignidad no está tanto por lo correcto que este *en su actuar* sino por *lo que es en sí* y esto es lo que lo dignifica. *La dignidad es connatural a la persona y no depende de lo que le den o le concedan de afuera.*

1.3. La persona “en sí” y “por sí” es fuente de dignidad

1.3.a. Presentación del tema

Por su naturaleza racional y, por tanto, espiritual, es decir, por su capacidad de conocimiento intelectual y querer-amor voluntario, de donde deriva su libertad la persona es fuente de dignidad en sí misma. La categoría de persona y de que esta sea digna viene precisamente de

tener libertad y entendimiento que no son atributos materiales sino espirituales⁽¹⁾.

En este caso, se quiere fundar directamente la dignidad en la persona, sin pasar por la naturaleza racional. Pero entonces resulta que “persona” se vuelve algo vacío o algo inefable, porque no hay forma de responder a las preguntas: “¿qué es lo que hace que algo sea “persona”?” y “¿por qué la persona tiene la dignidad que tiene?”, si se prescinde del único fundamento inteligible que es la naturaleza racional.

Lo que pasa es que ciertos autores (aún católicos) están más o menos contagiados de existencialismo y anti-intelectualismo, por lo que sienten fobia por todo lo que sea intelecto, racionalidad, etc., y por eso se resisten a poner ahí el fundamento de la dignidad de la persona. También, por estar tocados de existencialismo, empirismo y nominalismo, tienen fobia de todo lo que sea naturaleza o esencia, y entonces, quieren fundar directamente la dignidad en el ser persona, pero si no se explicita en forma inteligible el sentido de “persona” y porqué confiere una dignidad específica que no está en las otras sustancias individuales, por ejemplo, los animales irracionales, eso equivale a fundar esa dignidad en la nada, en el vacío, o en lo inefable.

1.3.b. Lo digno es la persona en sí cualquiera sea su estado o condición

Creemos que propuestas conceptuales tradicionalmente aceptadas por lo que se entiende la buena doctrina se han prestado a ser luego tergiversadas y mal entendidas afectándose la verdadera dignidad de la persona. Para su definición caemos en diversas propuestas y enfoques. Desde diversos puntos de vista y su concepto es en definitiva cuatridimensional:

- *Como realidad antropológica:* se está ante un ser orgánico racional, espiritual libre único diferente a todos.

- *Como realidad ética:* no es solo un ser libre e inteligente, sino que está llamado a realizar ciertos valores de orden individual familiar social. La persona es un valor y responde su hacer al respeto de valores esenciales y es en ello donde está el verdadero secreto de su dignidad. Tiene libertad y capacidad de decidir. Es dueña de sus actos.

- *Como realidad jurídica:* siendo sujeto de derecho es y debe ser reconocido y respetada por el orden jurídico. Hoy el derecho existe para la persona para su defensa y protección.

(1) Ciertas formas de “personalismo”, por el contrario, lo plantean así: PERSONA > DIGNIDAD (Y NATURALEZA RACIONAL).

- *Como realidad social y familiar*: la persona es por naturaleza un ser social. Sin que la sociedad la absorba.

En el estudio de *derecho de daños* se alude al daño a la vida de familia y el daño existencial o sea la afectación de la persona en su vida de familia y en su desarrollo social o sea en su vida con otros que forma parte de su ser porque es un ser social. No es solo individualidad biológica sino realidad existencial social. Ocurre que luego de todos estos enfoques lo que debemos preguntarnos es que pasa si no se tiene alguno de estos caracteres. No se llegó a ser racional por ser enfermo por estar en gestación.

La esencial de la persona suele ser considerada funcional u ontológicamente identificando cualidades que la identifican: autonomía razonabilidad, libertad posibilidad de amar y ser amado.

El problema pasa a ser que entonces el ser persona se termina por condicionar a la existencia de estas características que operan para identificar y también para limitar. Si estoy recién concebido, soy incapaz, o defectuoso y me falta libertad o no puedo pensar... no puedo ser persona.

I.3.c. La persona “es” y “vale por si”

Que la persona es principio significa que gracias a su propia consistencia ontológica y axiológica se ofrece como un ente con una potencia *sui generis* en la experiencia. Si bien todos los entes con cualidades sensibles poseen una cierta evidencia sensible e inteligible, el caso de la persona nos parece que admite una consideración peculiar:

- La persona y su valor son los datos más cercanos que tenemos a nosotros mismos. Se dan a nuestra consideración de una manera interior, como ningún otro ser se ofrece, y de una manera exterior, a través de los “otros”, que no nos es ajena, sino que colabora a constituir la experiencia del *humanum*.

- En la experiencia descubrimos a la persona como un “alguien que es”, es decir, como un ente *sui generis* que es y actúa de un modo especialísimo. La acción humana es, sin duda, un momento de la experiencia en el que se revela con particular claridad que, por una parte, existe una cierta *proporción* entre el acto y la potencia del ser humano.

La existencia de un orden impreso en la naturaleza del Creador y reconocido como expresión del verdadero juicio ético racional es lo que permite perseguir el bien y evitar el mal.

“Dignitas est de absolute dictis”, la dignidad corresponde a lo que se afirma de manera absoluta, es decir, a aquello que es *principio* o *punto de partida* por surgir desde sí mismo, por apoyarse en sí. La dignidad designa un valor máximamente objetivo e intrínseco del ser humano. No consiste en la importancia que posee lo subjetivamente satisfactorio ni consiste primariamente en ser un bien *para* la persona.

I.4. Manifestaciones de la dignidad de la persona

Según los enfoques doctrinarios se suele destacar la dignidad de la persona resaltando aspectos tales como su autonomía o libertad, el ser único e irrepetible, el ser titular de derechos inherentes a su ser, su racionalidad, su capacidad de amar y ser amado.

I.4.a. ¿Autonomía o libertad como fundamento de la dignidad de la persona?

I.4.a.i. Presentación del tema

Muy pocos autores han leído a Sartre, pero como bien anota Scala (“Recrear la cultura de la vida”, Costa Rica 2006, p. 23) sin embargo en un aspecto sustancial piensan como él. Para este ideólogo el hombre es libertad. Y la libertad entendida como autonomía absoluta. Se confunde a conciencia lo que es sostener que el *hombre es libre* con decir que el *hombre es libertad*.

Decir que *es libre* no es más que señalar que el hombre puede libremente por la razón llegar a la verdad objetiva y dirigirse hacia el bien verdadero. Pero decir que el hombre *es libertad* es afirmar que el hombre es feliz haciendo lo que le plazca cuando le plazca y porque le place sin tener que respetar ningún obstáculo o límite. En esta idílica postura lo bueno y verdadero pasa a depender de lo que cada uno piense o diga y cada uno en cuanto persona libre tiene su verdad. Desde esta postura el hombre pasa a ser un ser caprichoso egoísta individualista y con una gran hipertrofia sentimental.

Para ciertos autores como Kant el centro de la dignidad de la persona está en que es un ser libre. pero aquí la libertad no es para hacer lo que se quiere sino lo que se debe. En la “metafísica de las costumbres escribe” la dignidad de la persona está en que un hombre no puede tratar a otro como medio o instrumento sino siempre como un fin en sí. La persona es digna porque es libre. No puede ser tratada como medio. Es digno porque se puede dirigir por sí mismo. Los animales más que moverse son movidos o determinados por sus instintos y necesidades. El hombre

puede moverse sin depender de sus necesidades pues tiene cabal dominio sobre sus actos.

Uno de los aspectos básicos que hacen a la dignidad misma de la persona es el reconocimiento de sus derechos inherentes a su ser. Dentro de estos aparece su “autonomía” como fundamento mismo de su dignidad y de su libertad.

Ocurre que la autonomía o libertad como vimos puede ser mal o bien entendida.

Mal entendida lleva a la emancipación de la persona a convertirse en juez y arbitro de todo lo que debe hacer. Se llega a decir que todo vale en la medida en que lo decide cada uno. La autonomía es un poder soberano que le lleva a cada uno a hacer y pretender justificar todo lo que haga.

Autonomía por los utilitaristas es la ausencia de todo vínculo y el poder hacer lo que cada uno quiera.

Por el contrario, autonomía o libertad es saber diferenciar los vínculos que se deben seguir y poder orientarse libremente al bien.

Autonomía es la posibilidad de controlar los propios actos y no ausencia de límites.

La autonomía o la libertad bien entendida como la capacidad de decidir y de optar entre lo bueno y lo mal entre lo justo o injusto o sea lo que es propio de un ser racional y en la medida en que ello lo orienta al bien constituye el ser libre uno de los fundamentos de su dignidad.

I.4.a.ii. Dignidad como autonomía moral

La libertad o la autonomía no es para justificar la rotura de todo límite sino para permitir que con el uso de la razón voluntariamente se encuentren los límites debidos que valen en cuanto fueron libremente decididos

Autonomía no es no tener vínculos sino saber elegir los que se deben tener. Desde esta óptica la autonomía es fundamento de la dignidad de la persona.

Lo que dignifica no es tanto el ser libre sino el poder orientar con esa libertad a la persona para el bien. Lo digno no es solo ser racional o libre sino poder y saber orientarse al bien.

La dignidad moral no depende del modo de ser del tener o no libertad o racionalidad sino del modo de ejercerla o de actuar. Por esta razón la dignidad moral se puede perder pues depende de cómo se actúa.

I.4.a.iii. Por qué la libertad o la autonomía dignifica

Bien entendida la libertad dignifica pues es la que permite elegir y aplicar la inteligencia y la voluntad en orden a un fin o a la misma verdad. Actuar con libertad permite poder valorar, poder decidir y superar los instintos.

La libertad dignifica pues permite orientar a la persona a la verdad. Los derechos humanos son proyección de esta libertad entendida en estos términos. La libertad dignifica porque no se tiene para cualquier cosa sino para orientarse a la verdad. Ser libre no es no tener límites sino tenerlos y poderse orientar al bien. *Libertad y verdad son inseparables y por tanto la libertad dignifica.*

I.4.b. *Es un ser irrepitable*

Mientras los demás seres están dentro de su especie la persona es una e irrepitable. Cada persona se presenta como una realidad única e irrepitable y por tanto insustituible

El nuevo ser no es igual al padre ni a la madre ni a los demás seres humanos. Cada persona no es como las otras, sino que tiene su propia individualidad. Cada pájaro nace para ser como los demás pájaros ni más ni menos. A diferencia de los animales el destino de las personas no es ser como las otras sino tener su propia particularidad e identidad.

I.4.c. *Titular de derechos inherentes e irrenunciables*

A su vez como persona es titular de derechos inherentes o sea irrenunciables pues forman parte de esta individualidad. Esta postura que viene desde la declaración Universal de los derechos humanos al identificarse con el carecer de derechos “inherentes” quiere decirse que forman parte de su misma naturaleza. Al estudio de este tema volvemos más adelante.

I.4.d. *La capacidad de amar y ser amada libremente*

La persona se personaliza y dignifica cuando ama. Fue creada por amor y para amar. La persona es digna porque posee la capacidad de amar siendo este el fin de sí misma. Lo que hace a un hombre bueno son

sus obras el querer a los demás y perseguir el bien de ellos. La persona es sujeto y objeto de amor.

I.4.e. La persona es digna porque posee un alma espiritual e inmortal dotada de entendimiento y voluntad

De aquí la unidad de la persona con lo absoluto es alguien con libertad que estar ante Dios.

I.4.f. La persona es digna porque en su ser o en su misma naturaleza como realidad espiritual está el poder decidir si una conducta es buena o mala

Sabe que la conducta que se ajuste a la ley natural que lleva en su esencia es buena.

La persona tiene en su naturaleza una *ley natural* que es la que orienta su conciencia para definir si su comportamiento se ajustó o no a esa ley. La persona en su naturaleza tiene inscrita una ley natural. La ley natural es la participación de la ley divina en la criatura racional.

La ley natural:

- no es un invento de los hombres,
- no depende de que se crea o no en ella,
- no depende de las mayorías parlamentarias,
- no depende de las modas o costumbres,
- no es una ley que este en la psiquis o en lo biológico del hombre tampoco es obligatorio seguirla el hombre puede desobedecerla.

I.4.g. La dignidad de la persona no depende de lo que decidan las mayorías parlamentarias

Es un error muy frecuente mitificar la democracia y convertirla en un sustituto de la moralidad o una panacea de la inmoralidad. Como señala Scala (Ob. cit p. 34) de la democracia parte un ordenamiento que no es más que un medio para un fin, pero no un fin en sí mismo. El carácter moral de sus decisiones no es automático ni la moralidad de lo decidido surge porque lo dispongan las mayorías. Hacer prevalecer la opinión de una mayoría circunstancial con alcance inmoral antinatural es hacer valer la ley del más fuerte. Generalmente la misión del derecho es buscar la igualdad la paz y la justicia operando como freno de los que detentan el poder. Pero cuando —como lo señala el autor citado— las normas no solo no se oponen, sino que avalan el arbitrio de los fuertes en destruc-

ción de los débiles el derecho termina por prostituirse absolutamente. El derecho nunca puede servir para tratar de legitimar la potestad de los que quieren destruir la vida humana o hacer el mal.

I.4.h. Conclusiones

La persona se caracteriza por ser un ser libre y racional pero la libertad ni la razón solas en si no son la persona ni la condicional. La persona pertenece a una naturaleza que se identifica en su conciencia y espiritualidad. Por esta naturaleza se es sujeto y persona.

Pero la persona es una realidad superior a la actividad neuronal (Andorno Ob. cit p. 63) Por ello el concepto de persona se aplica a todo ser humano vivo cualquiera sea su condición. La persona desborda su carácter de ser racional en el hecho de que es naturalmente un ser espiritual.

Todas las personas tienen la misma naturaleza y por eso son todos iguales ante la ley y en ello se justifica la declaración de derechos. Pero la persona humana en si es única e irrepetible. Lo que la hace única e irrepetible no es solo el ADN sino su personalidad.

En realidad, se debe considerar persona digna a todo ser viviente de la especie humana con independencia de las circunstancias en que se encuentre. El ser de la vida del hombre es el ser de la persona. Ser y vivir es lo mismo pues no se es sin vida.

No es necesario exigir cualidades limitativas que suelen tener las personas, pero pueden no tenerlas pues ello es peligrosamente excluyente.

Es persona todo ser con naturaleza humana o sea individuo de la especie humana con potencialidad racional. O sea, puede llegar a ser un ser racional. El hombre es persona porque tiene potencialidad para poder llegar a ejercer la racionalidad luego de seguir un proceso de madurez. El ser persona no puede depender de que hayan madurado sus cualidades sino por el solo hecho de tenerlas.

La condición de persona no depende del ejercicio de ciertas facultades. No se deja de ser persona por no haber ejercido sus facultades.

Como bien destacan Yepes Aranguren ("Fundamento de Antropología"; Navarra 2001 p. 69 y 70) *para ser persona no es necesario poder ejercer sus facultades.* Una persona recién concebida un menor de edad un adulto todos son persona no porque ejerciten por igual la inteligencia o la razón sino porque tiene capacidad de poderlo hacer. La persona o su dignidad no dependen de la madurez o de la inteligencia lograda. Por

tanto, persona es todo individuo de la especie humana cualquier sea su condición o situación.

En conclusión, la dignidad no es una mera cualidad sino la misma realidad ontológica espiritual de la persona. Se trata de un ser en el que está incluido naturalmente el deber ser.

I.5. La Persona es algo más que cuerpo y alma: es un ser auto consciente

Andorno (Ob. cit p. 65) afirma y con razón que presentar a la persona como cuerpo y alma supone presentarla como una realidad dual donde el cuerpo es algo diferente al alma llevo a que algunos finalmente se quedaran con que la persona realmente es el yo como unidad de sujeto pensante (Kant).

El cuerpo se termina por considerar como un simple objeto al servicio del pensamiento y se inicia desde esta óptica un peligroso proceso de cosificación.

Se termina por decir que la persona es en definitiva un ser auto consciente racional y libre. Si no cumplen estos requisitos se les considera vida biológica humana pero no personas.

Los fetos, los recién nacidos, los enfermos mentales los que están en estado de coma no son persona sería seres humanos que no son personas. Lo que se respetaría sería la autonomía moral.

En realidad, la persona no es cuerpo más alma, sino la unidad sustancial de ambos como algo único e irrepetible. O sea, un ser autoconsciente. En ello reside la dignidad. No puede pensarse por separado la corporeidad y el alma.

I.6. Dignidad de la persona desde el punto de vista ontológico, moral, social y jurídico

I.6.a. Desde el punto de vista "ontológico"

El termino persona suele ser identificado con su ser y la dignidad en cuanto ser esta en su individualidad identidad propia. Desde el *mundo del ser u ontológico* la dignidad de la persona está en su excelencia en su superioridad frente a otros seres.

La dignidad ontológica antropología de las personas es para todos igual en cuanto tienen ciertas características esenciales: son seres libres, racionales, individuales. Es un valor que el hombre tiene por la sola ra-

zón de existir. Desde esta óptica todo ser humana es igualmente digno El que está en la cárcel tiene igual dignidad que los que están afuera y debe ser cuidado. La persona es lo opuesto a la cosa.

1.6.b. Desde el punto de vista “ético”

La dignidad desde el punto de vista ético ve a la persona no por su ser sino por su obrar. Desde esta óptica el ser o no más digno depende del obrar de la misma persona. Esta dignidad está marcada por su proceder conforme a lo que es el o con lo que él debe ser

Esta dignidad se logra por hacer el bien. Es una dignidad dinámica pues depende de la libertad de cada uno. *La dignidad moral* es una cualidad que no es igual en todas las personas depende de la conducta que se asume en relación a lo bueno y lo malo a lo justo o injusto. En este último caso se considera no solo la libertad o autonomía de la persona solo por si dignificante, sino que se debe tratar de una autonomía bien orientada. Se le comienza por destacar como un valor o un fin en sí mismo considerado.

Cuando se alude a la dignidad de la persona normalmente se lo refiere desde el punto de vista ontológico donde todos somos iguales y tenemos los mismos derechos. Los derechos humanos consideran esta óptica de la dignidad de la persona.

Esta dignidad de la persona ya viene desde la época de Platón a Aristóteles que ubicaba lo divino en el alma humana lugar de contacto entre la persona y la divinidad.

El cristianismo afirma que el ser humano es el único hecho a imagen y semejanza de Dios, cada alma humana es obra de Dios y su fin último es orientarse hacia el creador para gozar de la vida plena en el cielo.

Como señala Altieri (“El estatuto del cigoto ¿persona o cosa?”, Montevideo 2010, p. 64) la dignidad ontológica exige un trato igualitario entre todos los que componen la naturaleza humana. A todos se les debe asegurar la misma protección.

La diversa dignidad moral lleva a que por justicia a no tratar igual a las personas que aportan a la sociedad elementos positivos respecto de aquellos que aportan elementos negativos.

1.6.c. Desde el punto de vista “social”

Un aspecto que no puede olvidarse es que la persona es necesariamente un ser social. La persona es un ser en relación comunicable con otros. En esta unión o relación con los demás no pierde si individuali-

dad. Así la persona se dice que trasciende y se abre hacia los demás a los cuales ama y de los cuales recibe amor. No pierde por ello su unidad o singularidad.

El valor “solidaridad” que es propio y natural de la persona marca su dignidad. Hasta no hace mucho en ausencia de una visión personalista y comunitaria del ser humano, se seguía un enfoque individualista fuera del contexto social. Forma parte de la realidad misma de la persona y pauta su misma dignidad su ser social. A la persona no en cuanto ser social no le es ajeno el bienestar de los demás y esta realidad pauta su misma dignidad que se desarrolla en su preocupación por los demás. La máxima expresión de solidaridad es el amor por los demás.

1.6.d. Desde el punto de vista jurídico

Comenzamos por recordar que en ocasiones el derecho no reconocía a todo ser humano como persona. Ello determinó que como bien señala Scala (Ob. cit p. 26) existiera una fuerte reacción contra el positivismo mal orientado. En la segunda guerra los nazis mataron varios millones de personas en las cámaras de gas en cumplimiento de leyes emanadas de un gobierno elegido en las urnas. Si el único fundamento del derecho fuera la ley a los nazis nada podría reprochárseles pues no hicieron más que cumplir la ley. Pero como existe una verdad objetiva natural a la persona pómelo se advierte que esas leyes fueron antinaturales y por tanto inmorales.

La realidad demostró como la verdad está en la naturaleza de la persona que lleva al respeto de toda vida humana.

La barbarie de la guerra llevó a la humanidad a reconocer que existen valores y derechos naturales a la persona que finalmente fueron reconocidos en la declaración universal de los derechos humanos del 48 en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre...donde todas por igual reconocen la dignidad y los derechos por el solo hecho de ser personas.

Persona es todo ser humano y toda persona tiene el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. En consecuencia, para el derecho de los derechos humanos todo ser humano es persona. Todo ser humano es persona y todos los seres humanos son igualmente personas y dignas. O sea, no hay graduaciones en dignidad ni en formas de ser o no persona.

Cuando el Estado le “reconoce” derecho a la persona la considera como anterior y digna por sí misma. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su persona jurídica.

Corresponde agregar como bien lo hace Scala (Ob. cit p. 28) que, aunque el ser humano tenga más o menos autonomía porque perdió la libertad al estar preso o porque aún no nació ello no le hace perder su dignidad de persona. El que entiende que la persona es solo libertad o autonomía cuando esta no existen se dejaría de ser persona lo que es realmente absurdo. Si quien no puede valerse por sí mismo no tiene por ello derechos o los pierde porque pierde la autonomía ello desfigura la esencia misma de lo que es persona.

Sobre esta tesis se puede llegar a decir que porque no hay libertad no hay persona y por tanto habría derecho al aborto a la eutanasia y la eugenesia como verdaderos derechos humanos fundamentales.

I.7. Dignidad de la persona y “calidad de vida”

En la actualidad se exige no solo vivir sino vivir bien y tener cierto nivel de calidad. No importa tanto lo que es vivir, sino que la vida sea de calidad admisible.

No han faltado quienes piensan que la vida tiene sentido y es digna cuando cumple cierto nivel de calidad. Así la dignidad no dependería del ser sino del tener ciertas cualidades como ser la libertad, la conciencia, ejercicio de la voluntad y del entendimiento. De aquí se deduce que por ejemplo el ser en estado embrionario no es una persona porque no tiene calidad de vida.

Pero calidad de vida significa otra cosa. Significa que la vida es en sí un bien más allá de la forma como se exprese a desarrolle.

Para la OMS calidad de vida es la percepción del individuo de una situación en la vida, dentro del contexto cultural y de los valores en que vive, y en relación con sus objetivos y expectativas e intereses. Se integra con condiciones objetivas y un estado subjetivo de satisfacción.

Pero se debe dar respuesta a diferentes interrogantes: ¿quién dice cuál es la calidad exigible?, ¿el médico la persona misma la sociedad?, ¿cuál es la calidad media exigible para merecer vivir?

Mentalidades utilitaristas consideran que cuándo no existe calidad de vida se puede prescindir de la persona. La calidad de vida que se tendrá no será más que la que nosotros mismos queramos darle. El error está en ver al embrión como un ser en potencia cuando en realidad es persona en sí mismo. No es admisible que se decida sobre si el feto o el embrión no va a tener suficiente calidad de vida.

I.8. Dignidad de la persona y el “derecho a la vida”

I.8.a. No es una realidad científica

La vida no es un bien junto a otros, sino que es lo que le antecede a todos los bienes y hace posible que estos puedan ser anhelados. De este derecho dependen todos los demás.

La vida no es una realidad meramente biológica o científica donde importa determinar cuando surge y cuando termina, sino que también debemos preguntarnos *por qué*. No se puede realizar un enfoque meramente científico sin contenido ético de lo que depende el sentido y el valor de esta.

La vida humana es mucho más que contenido científico pues en su esencia y razón de ser existe necesariamente una dimensión espiritual como parte de su ser. La persona no es solo cuerpo sino cuerpo y alma esta alma es la que le permite salir de sí y estar abierta a lo trascendente.

I.8.b. La vida humana es un absoluto relativo

Absoluto por ser el ser más valioso y principal e integrado por cuerpo y espíritu y sale de la disposición de la persona. Lo es y vale respecto de todos.

Relativo la vía no agota en sí todo su valor que es una vida que se recibe y tiene un destino en función de un ser superior. La persona no es propietaria exclusiva de su vida.

Se trata de un derecho básico inalienable indelegable inmedible innegociable no se puede reivindicar como un bien no poseído pues es algo que siempre se tiene desde que se existe.

I.8.c. La vida como derecho natural y fundamental

La persona es titular de derechos propios de su naturaleza persistentes a la ley positiva.

Cuando se alude al derecho a la vida o se dice que la vida es un derecho lo que se quiere decir no es que se tenga derecho a que otro me dé o cree la vida sino lo que significa es derecho a que se me respete la vida. No es una facultad sino una deuda de los demás respecto al que tiene la vida.

El derecho a la vida es un derecho natural y surge de su propia naturaleza con referencia al cual solo puede reconocerse.

1.8.d. La persona del embrión humano

Desde el punto de vista biológico el embrión desde la concepción es vida humana. Esta no es cuestión de fe o de opiniones o de gustos o preferencias —sino de ciencia—. Partiendo del dato biológico se llega a que hay vida humana y ello determina de por sí el surgimiento de pautas éticas jurídicas morales. Es un ser humano diferente a la madre y el padre. Cuenta con un programa de crecimiento al que solo se le agrega aire y alimento. Cuenta con un código genético propio.

El carácter de persona no es algo que se logra luego de un proceso de maduración, sino que se es persona desde el momento que hay vida o sea desde la concepción. No existe la figura del preembrión pues antes de la vida humana no hay nada. El embrión es persona con cuerpo y alma unificada y propia.

No es el embrión una cosa que se puede tratar como se quiera congelarla deshacerla sacarle partes...

No hay que esperar que el embrión nazca para que sea persona. El nacimiento no le agrega nada a la persona que es lo que ya era. Estaba en el vientre de la madre recibiendo oxígeno y alimento. Cuando nace está un poco más desarrollado orgánicamente, pero nada más. Es sin duda la persona más débil y la que necesita de mayor protección del Estado y de las otras personas.

1.8.e. ¿Existe el derecho a la muerte digna de la persona?

El derecho a morir con dignidad es el que para algunos existe cuando la persona enfrenta una enfermedad Terminal con padecimientos incompatibles con la dignidad de una persona. Dejar sufrir es un trato cruel que atenta contra la dignidad de la persona. No respetar su voluntad de poner fin a su vida atenta contra su autonomía todo o cual hace un trato indigno que se debe evitar.

Con el tema de la eutanasia se replantea el tema de la dignidad de la persona. En este caso se invoca el respeto de su dignidad el hecho de que no sufra inútilmente para que se pueda justificar la eutanasia. Vivir con dignidad supone no solo sobrevivir sino vivir sin sufrimientos.

Lo que se llama derecho a la muerte digna en realidad presupone diversos errores:

a) Que el propio interesado pueda determinar por sí cuando terminar con su vida es un error pues se refiere a un valor indisponible.

b) Que otros puedan decidirlo por el o autorizados por él no es posible. La vida es un valor indisponible. No es lícito el mandato que pueda hacer un paciente terminal a un médico para que le termine con la vida de sufrimiento.

c) Para evitar el escarnio terapéutico o el sufrimiento no es necesario justificar la eutanasia pues se admisible tomar medidas para evitar dolores.

d) No puede considerarse humano o digno el acto de matar. El fin no justifica los medios. Para evitar el dolor no se justifica matar.

1.8.f. El derecho a matar en nombre del derecho a la vida

Dentro de la nómina descabellada de argumentos inventados para justificar lo injustificable que es la destrucción de la vida de los más indefensos está el sostener que como el aborto es un delito se hace clandestinamente sin condiciones sanitarias adecuadas y por tal motivo mueren mujeres al practicarse el aborto. Para salvar estas vidas destruyamos la de los hijos. Realmente absurdo. Todo homicidio en si es un acto intrínsecamente inmoral. Es evidente como señala Scala (Ob. cit, p. 30) la incongruencia en que se incurre al reivindicar el derecho a matar en nombre del derecho a la vida.

1.9. Importancia del Bioderecho o del Derecho Medico para el respeto de la dignidad de la persona

Esta guerra silenciosa que se está dando contra la misma dignidad de la persona en los últimos siglos que es una guerra sucia porque no siquiera es declarada con valentía, sino que se ataca al más débil e inválido y al sistema de valores exige en primer lugar que asumamos plena consciencia de que se está dando y luego encararla en su ámbito natural que es en el de las ideas. Por eso el gran reto del bioderecho o del derecho médico del presente está en recuperar el terreno perdido en el concepto de persona y lograr que realmente esta sea respetada en su plena dignidad sea cual sea la condición en que se encuentre: concebida no nacida congelada negociada (Ver Ordoqui Castilla. Tratado de Derecho Medico T II, Ed La Ley 2022).

Si el bioderecho se desentiende de la persona y la cosifica estamos en la barbarie en la instrumentación del hombre con peores consecuencias que las de la Segunda Guerra Mundial.

No se trata solo de ejercicio retóricos más o menos ilustrados sino de asumir la gravedad del momento y llevar adelante con firmeza la causa.

I.10. La capacidad y la persona en el Código Civil

En ocasiones ciertos Códigos Civiles identifican capacidad con lo que se presenta formalmente como persona y finalmente se convierte el ser persona capaz en un concepto que depende de lo que dice la norma. Los errores son: se debe diferenciar capacidad de goce (legal) o de derecho y la capacidad de ejercicio o de obrar y además nuestros códigos presuponen una diferenciación entre capacidad para el ejercicio de derechos, patrimoniales de una capacidad para los derechos personales.

Esto refiere a derechos patrimoniales, pero no a derechos personales. De aquí apresuradamente se puede deducir que se tiene capacidad desde el nacimiento. Aquí se debe aplicar la distinción entre capacidad respecto de los derechos patrimoniales de la capacidad respecto de los derechos personales.

Respecto de los derechos patrimoniales es posible considerar el nacimiento por razones de seguridad jurídica. En principio puede verse como contradictorio pues antes la persona comenzaba al nacer y ahora la protección viene al que está por nacer. En realidad, antes se refería a los derechos patrimoniales y ahora a los derechos personales.

Se debe tener cuidado con la regulación de las incapacidades. Se suele entender que los incapaces no tienen derechos y por tanto no son personas lo que es un grave error. La capacidad es un aspecto de la persona, pero no se identifica con esta.

Debe existir unidad de concepto: individuo hombre persona capacidad jurídica. Por ello consideramos que una norma correcta diría “[t]odo ser humano es persona desde que tiene vida hasta su muerte natural cualquiera sea su estado o condición”.

I.11. Conclusiones

Melendo Millan Puelles (“Dignidad ¿una palabra vacía?”, Pamplona Eunsa 1996, p. 204) resaltan como la palabra dignidad de la persona es paradigmática y contradictoria pues en esta época con la misma fuerza que se reivindican derechos en prolijas declaraciones de derechos universales resultado de viajes y más viajes de nuestros representantes con la misma fuerza se admite su destrucción asumiendo el aborto la eutanasia la destrucción de embriones para obtener células madres... que destruyen la vida con el descaro incluso muchas veces de presentarlos como derechos humanos.

El reconocimiento del hombre como persona es lo que lo hace realmente digno y lleva a la comunidad que lo asume también a ser digna.

Es digno porque es valioso por sí mismo.

Si nos preguntamos porque la persona tiene en si misma un valor absoluto la respuesta que podemos intentar es enunciando sus mismos componentes pues, como bien anota Vila Coros (“Introducción a la bio-jurídica”, Madrid 1995, p. 101), está conformada racionalidad, libertad y apertura a su dimensión trascendental y agregamos nosotros *al menos potencialmente*. Además forma parte de esta dignidad su *capacidad relacional* o sea, la posibilidad de darse a otros y vivir con otros y para otros en sociedad. *El problema es que pasa cuando se pierde alguno de estos atributos como la racionalidad.*

La dignidad de la persona no es como la presentan algunos solo como un derecho o como una suma de cualidades sino algo inherente a su ser que es el mismo fundamento y el origen de los derechos personalísimos. Como un diamante precioso se puede ver desde diferentes facetas:

Unos destacarán la libertad y racionalidad que es parte de la dignidad desde el punto de vista ontológico es además lo que vuelve al hombre responsable de sus actos.

Lo que dignifica a la persona no es el solo hecho de ser o de existir sino de poder y el deber de gobernar su vida y orientarla a un fin. En realidad, lo que es digno es la vida humana y esta dignidad no depende de sus facultades o aptitudes ni del nivel de inteligencia o de madurez.

La dignidad no se pierde cuando se pierde la libertad y se vuelve incapaz. Ninguna persona ninguna vida humana pierde su dignidad cualquiera sea el estado en que se encuentre.

La dignidad de la persona no depende de su nacimiento (viable de 24hs como lo dice nuestro Cód. Civil) sino de su ser humano cualquiera sea su estado desde que existe como tal hasta que muere naturalmente.

Para nosotros sin cuestionar lo sostenido anteriormente creemos que se debe hacer además otro enfoque y ver que la esencia de la dignidad de la persona está en su espiritualidad y racionalidad y la incidencia que esta realidad tiene sobre la persona en su proyección a valores superiores. Algunos identifican la dignidad en la tendencia a lo absoluto ¿pero qué significa esto?

La dignidad de la persona no depende de un reconocimiento externo a su ser, sino que se tiene en cuanto ser vivo que es.

Es hora de reivindicar el sentido de la vida de dejar en claro que la dignidad humana y los derechos inherentes a la persona no son algo devaluado o superado

Dando una vuelta de turca más si nos preguntamos donde esta para nosotros lo realmente digno de la persona pues en el hecho de que en su individualidad irrepetible siendo libre tiene conciencia y valores que lo conforman y son inherentes a su ser. Ella siguiendo libremente su conciencia puede volver al bien pues tiene marcado en su alma el camino. Respetando libremente su conciencia está orientada al bien.

La dignidad está en la relación que une al hombre con lo Absoluto (Melendo "Dignidad de la persona" en la obra de Polaina Lorente "Manual de Bioética" Madrid 1997, p. 59)

Este venir y volver a un ser divino es lo que lo hace digno.

Esta es una afirmación que se realiza al margen de la fe sustentada en la historia del hombre y viendo como siempre desde los primeros orígenes de su misma alma y de su naturaleza valoro la idea de un ser superior y de la existencia de valores de cuyo respeto defendía la convivencia y la realización de él como persona.

La existencia de una divinidad superior está marcada en la esencia misma de la persona y es constitutiva de su ser. La dignidad está en que siendo libre y contando en su propia esencia de los valores que sabe prioritarios estos lo llevan finalmente al bien y a la verdad. La persona puede libremente guiarse por su conciencia respetando los valores que lo dignifican o puede no hacerlo. La dignidad suprema está en que teniendo naturalmente los fines que orienten nuestra libertad le dan razón de ser a esta y nos posibilitan de llegar a bien por nuestros propios medios. Atentos a esta dignidad la persona debe ser conocida como tal y reconocida y respetada.

Más allá de las declaraciones, las constituciones... hoy vivimos en una sociedad insensible a la destrucción de vidas humanas donde el aborto es admitido por muchos.

Donde se advierte que nos preocupa que los animales no sufran (ley 18.431) pero no nos importa que se den pastillas para destruir vidas humanas el homicidios no causan.

Por otro lado, desde el punto de vista teórico aparecen teorías que condicionan la existencia de dignidad de la persona a que esta tenga cierta calidad existencial. No todas las personas serian titulares de derechos según este enfoque.

II. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA, LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO NATURAL

II.1. Dignidad de la persona y sus derechos humanos

La persona humana es un sujeto con dignidad, esto es parte de un orden que la razón práctica puede reconocer. Ahora bien, la parte que ocupa "la dignidad" es la de ser el valor fundante que eventualmente sostiene una norma moral enunciada por la razón. La norma que expresa que la persona posee dignidad es la norma personalista de la acción. Esta norma, en nuestra opinión, es un precepto primario de la ley natural.

Para Rodrigo Guerra ("Afirmar la persona por sí misma. La dignidad como fundamento de los derechos de las personas", México 2003, p. 16) *los derechos humanos* cuando son enunciados en las formulaciones internacionales o nacionales respectivas suponen que han aparecido de alguna manera más inmediata y cercana en la experiencia concreta de las personas en acción.

La acción humana muestra en su dinámica natural la necesidad de reconocer los derechos humanos, de positivizarlos y de crear instituciones que los promuevan y protejan de una manera eficaz. Los derechos de la persona y el derecho en general brotan desde esta perspectiva, no de la fuerza del poder, no de una racionalidad abstracta, sino de la vida humana y de sus exigencias más elementales al buscar mantenerse precisamente como humana, no de una racionalidad abstracta, sino de la vida humana y de sus exigencias más elementales al buscar mantenerse precisamente como humana.

Estamos en una época de exceso en la declaración de derechos humanos y de carencia de protección efectiva. Muchos los invocan en cuestiones políticas, pero luego los olvidan en el diario vivir cuando se debe proteger por ejemplo la vida de concebido no nacido.

No se trata de reivindicar su reconocimiento sino de concretar realmente su contenido y respeto o protección

Zeppigno Palazzani ("Diritto naturale, dignita di vita e diritti umani", Torino 2009, p. 14) con acierto señalan que en la persona está el fundamento definitivo de la dignidad humana y como cualidad implícita de esta dignidad se destaca su espiritualidad.

La dignidad es un elemento específico de la naturaleza humana inherente a su ser. Es el gran don que cada hombre recibe por el solo hecho de existir que lo acompaña durante toda su vida. Dignidad de la persona

y sus derechos humanos son conceptos estrictamente relacionados y condicionados.

Como señalan Serrano Calderon (“Retos jurídicos de la bioética”, Madrid 2005, p. 177) al acercarnos a la dignidad no podemos contemplarla como un derecho concreto sino como un principio que informa a todo el ordenamiento y fuerza a su propia transformación. Además, la remisión al respeto de la dignidad de la persona no significa más que un síntoma del “eterno retorno al derecho natural”. Los excesos cometidos en las guerras dejaron en evidencia el error de “considerar que lo que le place al príncipe tiene valor de ley” y ello determino que el fundamento de las leyes y los derechos se encontrar en donde siempre estuvo en el respeto de la propia naturaleza humana.

Estamos en una época de exceso en la declaración de derechos humanos y de carencia de protección efectiva. Muchos los invocan en cuestiones políticas, pero luego los olvidan en el diario vivir cuando se debe proteger por ejemplo la vida de concebido no nacido.

No se trata de reivindicar su reconocimiento sino de concretar realmente su contenido y respeto o protección

Zeppegno Palazzani (“Diritto naturale, dignita di vita e diritti umani”, Torino 2009, p. 14) con acierto señalan que en la persona está el fundamento definitivo de la dignidad humana y como cualidad implícita de esta dignidad se destaca su espiritualidad.

La dignidad es un elemento específico de la naturaleza humana inherente a su ser. Es el gran don que cada hombre recibe por el solo hecho de existir que lo acompaña durante toda su vida.

Dignidad de la persona y sus derechos humanos son conceptos estrictamente relacionados y condicionados.

Como señalan Serrano Calderon (“Retos jurídicos de la bioética”, Madrid 2005, p. 177) al acercarnos a la dignidad no podemos contemplarla como un derecho concreto sino como un principio que informa a todo el ordenamiento y fuerza a su propia transformación. Además, la remisión al respeto de la dignidad de la persona no significa más que un síntoma del “eterno retorno al derecho natural”. Los excesos cometidos en las guerras dejaron en evidencia el error de “considerar que lo que le place al príncipe tiene valor de ley” y ello determino que el fundamento de las leyes y los derechos se encontrar en donde siempre estuvo en el respeto de la propia naturaleza humana.

II.2. ¿Dignidad de la persona como derecho?

Sobre la dignidad como derecho: corresponde aclarar que la noción de derecho que esto implicaría sería la de “derecho objetivo”, es decir, en el buen reparto de las cosas es justo reconocer que cada uno posee “su” dignidad como algo “suyo”. Sin embargo, por referirse a algo tan intrínseco tal vez no sea del todo correcto decir que la “dignidad” es derecho. El “suum” del que habla la noción de derecho objetivo suele ser un bien extrínseco al sujeto. La dignidad es un valor constitutivo e intrínseco a la persona.

En realidad, la dignidad no es tanto un derecho, sino que es el fundamento de los derechos, es decir, la razón por la que tenemos derechos. *La persona no es digna porque la reconoce el derecho, sino que el derecho la reconoce porque es en sí digna.*

Es el mismo caso del “derecho a la vida” que en sentido estricto es más bien el “derecho a gozar del bien intrínseco que es la vida”, “el derecho a ser respetado en la propia vida”, etc...

Si el lector piensa en “derecho subjetivo” entonces entra en un problema ya que la “dignidad” no es un bien al que un sujeto preexistente (y sin dignidad) pueda aspirar como se aspira, por ejemplo, a la salud, a la educación o a la libre expresión.

La persona humana es un sujeto con dignidad, esto es parte de un orden que la razón práctica puede reconocer. Ahora bien, la parte que ocupa “la dignidad” es la de ser el valor fundante que eventualmente sostiene una norma moral enunciada por la razón. La norma que expresa que la persona posee dignidad es la norma personalista de la acción. Esta norma, en nuestra opinión, es un precepto primario de la ley natural.

II.3 Derechos humanos como derechos naturales

II.3.a. Reconocimiento de la persona en tratados o convenios internacionales

La dignidad de la persona suele estar reconocida en nuestras constituciones al señalar que los derechos de la persona son inherentes a su ser.

Luego de la Segunda Guerra Mundial donde se asume conciencia de o que es capaz de hacer el hombre contra el hombre mismo aparece la Carta de las Naciones Unidas de 1945 donde los estados reunidos reafirman la fe en el reconociendo de la dignidad y el valor de la persona.

En el Preámbulo de la Declaración Universal de derechos humanos del 48 parece un primer reconocimiento a la dignidad de la persona: “Considerando que la libertad la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales a inalienables de todos los miembros de la familia humana”. “Art. 1° Todos los seres humanos nacen *libres e iguales en dignidad* y derechos y, dotados como están de razón y conciencia deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

En art. 1° del Pacto de San José de Costa Rica. Derecho a la Vida:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, *en general*, a partir del *momento de la concepción*. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Para algunos la norma permite que en ciertos casos no haya penalización: incesto, violación, malformación.

Este “en general” significa que se excepcionan los países que tienen regulada la pena de muerte No se debe olvidar que el art. 29 del mismo pacto señala: “ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de que el Estado suprima o limite el goce de los derechos reconocidos por la presente Convención”.

En los Pactos internacionales de derechos Humanos: uno de derechos civiles y políticos y otro de derechos económicos y sociales y culturales de las Naciones Unidas de 1966 alude expresamente a los “derechos reconocidos que derivan de la dignidad inherente a la persona humana”

Pero lo cierto es que en el decurso de los años tenemos una innumerable declaración de derechos y más derechos... que por cierto poco han servido pues si bien no es ahora la guerra de destrucción con armas hoy la guerra es con destrucción con productos químicos la vida de inocentes en los casos de abortos. Hay ya no es un tema de declaraciones sino de garantías a pesar de las veces que son declarados y reconocidos.

La Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre del 48 en el art. 6° dispuso: “*Todos ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*”.

Este párrafo es esencial por su universalidad y además porque alude a un reconocimiento de la persona jurídico como algo que existe por ser y no porque la ley lo diga.

El ser persona ya no depende de lo que diga el Estado o la ley sino depende de lo que se es en realidad. De aquí que se comience a seña-

lar que los derechos de la persona son *inherentes* a su ser. Este texto no fue una casualidad, sino que se repitió en Tratados y Convenciones posteriores.

Así en la *Convención Nacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966* en el Preámbulo se dice con claridad que los derechos que se reconocen porque se fundan en la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana tienen por base la dignidad.

Inherente significa que está unido de tal forma que no se puede separar o no se conciben separados. Quiere decir que la dignidad de la persona no está afuera, sino que está dentro de su ser.

No se le puede negar el carácter de persona a ningún ser humano. La referencia al carácter inherente de la dignidad de la persona es el indicio claro de su dependencia con el derecho natural. *Se sostuvo y con razón que la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 constituye una de las pruebas más claras de la convergencia en valores comunes naturales.*

Por primera vez en la historia se presentan a los derechos del hombre como dependientes de su ser y no del estado. La persona es vista como sujeto y no como objeto del derecho internacional. Por su intermedio principios de ética universal entran en el derecho internacional. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Se reconoce la centralidad de la persona y la necesidad de considerar a todos los seres humanos con los mismos derechos.

A esta Declaración del año 1948 le siguieron importantes codificaciones internacionales: Pacto Internacional de Derechos Humanos del 16 de diciembre de 1966 (ley 13.751 de 11 de julio de 1969), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, ley 15.737), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, ley 16.519 de 22 de julio de 1994) que analizadas en su conjunto no hacen más que confirmar la existencia de valores universales que forman la esencia de la persona humana.

II.3.b. Los derechos humanos y la constitución

La Constitución *reconoce*, pero *no otorga* derechos. *Reconoce que los derechos son inherentes a su ser (art. 332 de la Constitución uruguaya).* Queda claro que el orden jurídico y político se sustenta en el necesario respeto a la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes

naturales a su ser. La norma no da ni tampoco puede quitar los derechos que son esenciales a la dignidad de la persona.

Lo cierto es que la dignidad de la persona aparece no solo como un derecho sino como un *verdadero principio general* que informa y da fundamento a todo el orden jurídico y porque no decirlo que desde que se le reconoció como tal especialmente después de la Segunda guerra revoluciono en su entorno todo el sistema jurídico mundial. La dignidad de la persona aparece en las constituciones de la posguerra como reacción a la desvalorización de la vida humana que en dicho episodio se dio y es acompañada por un renacimiento hacia el derecho natural (Serrano Ruiz Calderón “Retos jurídicos de la bioética”, Madrid 2005, p. 178).

En definitiva, la promoción del respeto de los derechos humanos es, como lo ha sostenido Benedicto XVI (el 18 de abril de 2008), la mejor estrategia para eliminar desigualdades entre países y grupos sociales y contribuye a un aumento de seguridad.

Corresponde recordar como antecedentes a estas declaraciones que en el siglo XVIII en la Declaración de Derechos del estado de Virginia del 12 de junio de 1776 en el art. 1º se afirmó “todos los hombres *por naturaleza* son igualmente libres e independientes y poseen *derechos innatos* los cuales por el hecho de formar una sociedad no se le pueden privar y estos derechos son el fundamento mismo de la vida la libertad...”

II.3.c. Fundamento de los derechos humanos

II.3.c.i. Reconocimiento en la declaración de derechos humanos

El artículo I de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dice: “Todos los seres humanos *nacen libres e iguales en dignidad y derechos* y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

El art. II, sostiene:

Toda persona tiene los derechos y las libertades proclamadas en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

En el art. 6° dispuso: “*Todos ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*”.

Este párrafo es esencial por su universalidad y además porque alude a un reconocimiento de la persona jurídico como algo que existe por ser y no porque la ley lo diga.

El ser persona ya no depende de lo que diga el Estado o la ley sino depende de lo que se es en realidad. De aquí que se comience a señalar que los derechos de la persona son *inherentes* a su ser.

No se le puede negar el carácter de persona a ningún ser humano.

La dignidad de la persona suele estar reconocida en nuestras constituciones al señalar que los derechos de la persona son inherentes a su ser.

Luego de la Segunda Guerra mundial donde se asume consciencia de o que es capaz de hacer el hombre contra el hombre mismo aparece la Carta de las Naciones Unidas de 1945 donde los estados reunidos reafirman la fe en el reconociendo de la dignidad y el valor de la persona.

En los Pactos internacionales de derechos Humanos: uno de derechos civiles y políticos y otro de derechos económicos y sociales y culturales de las Naciones Unidas de 1966 aludes expresamente a los “derechos reconocidos que derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

Pero lo cierto es que en el decurso de los años tenemos una innumerable declaración de derechos y más derechos...que por cierto poco han servido pues si bien no es ahora la guerra de destrucción con armas hoy la guerra es con destrucción con productos químicos la vida de inocentes en los casos de abortos. Hay ya no es un tema de declaraciones sino de garantías a pesar de las veces que son declarados y reconocido.

Lo cierto es que la dignidad de la persona aparece no solo como un derecho sino como un *verdadero principio general* que informa y da fundamento a todo el orden jurídico y porque no decirlo que desde que se le reconoció como tal especialmente después de la Segunda Guerra revoluciono en su entorno todo el sistema jurídico mundial.

La dignidad de la persona aparece en las constituciones de la posguerra como reacción a la desvalorización de la vida humana que en dicho episodio se dio y es acompañada por un renacimiento hacia el derecho natural. (Serrano Ruiz Calderón “Retos jurídicos de la bioética”, Madrid

2005, p. 178). La referencia al carácter inherente de la dignidad de la s es la referencia clara a su referencia con el derecho natural.

Así empieza a enmarcarse jurídicamente la dignidad como fundamento de los derechos reconocidos a todos los seres humanos, cuyo conjunto se expresa en el Estado o la Nación. Esta y no otra es la razón por la que el precepto constitucional referido primero hace referencia a la dignidad y luego pasa a enumerar los derechos y garantías. ¿Qué se precisa, entonces, para reclamar el reconocimiento y respeto de los derechos humanos?

Poseer ante todo y sobre todo dignidad, hay que ser digno a poseer tales derechos.

Con la globalización actual que abarca todo el quehacer humano, y hasta el pensar, ya que todos piensan de modo liberal, el derecho nacional está siendo abarcado por el derecho internacional. No nos detengamos, entonces, en los derechos individuales, sino en el derecho colectivo, en la dignidad colectiva que irradia al individuo, aunque bien puede ser del individuo a la colectividad.

En este sentido, la dignidad es un valor, que vale, por lo que la dignidad debe ser objeto de valoración por los que valoran. No es posible reclamar la vigencia y reconocimiento de los derechos si no se tiene merecimiento para ellos.

Se puede decir que es suficiente vivir para ser merecedor de los demás derechos, acorde con la opinión del insigne Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, quien sostiene que “es también más o menos obvio que el Derecho Humano a la vida es prioritario en el marco de los derechos humanos o, al menos, lo señala de modo preferencial un elemental dato óptico. Sin vida no hay posibilidad alguna de ejercer los restantes derechos humanos”. Pero no olvidemos que la dignidad es el fundamento de los derechos humanos.

La dignidad es una expresión del alma que aflora en el cuero y por ello vence todos los peligros y adversidades, permitiendo la realización de los derechos que universalmente se le ha reconocido a todo hombre por su sola condición humana; sin embargo, este hombre con tantos derechos, ha “encontrado más peligro entre los hombres que entre los animales”, como señalara.

II.3.c.ii. Fundamento de los derechos fundamentales en la naturaleza o en el derecho natural

Algunos filósofos posmodernos declaran la inutilidad de las búsquedas *de fundamento de los derechos humanos* (David Hume *Tratado de la*

naturaleza humana, t. III, §469-470, pp. 689) *destaca la imposibilidad de fundar el deber ser a partir del ser.*

Norberto Bobbio, (“Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, *El problema de la guerra y las vías para la paz.*) afirma ya en 1964 que es una “ilusión” indagar el fundamento de los derechos humanos. Solo si se logra un consenso es posible creer en la universalidad de los valores que fundan los derechos, entendiendo por universal “un dato aceptado no objetivamente sino subjetivamente por el conjunto de los seres humanos”.

Existen personas que entienden que *el derecho natural* es un invento de la Independencia Americana o de la Revolución Francesa o cuestión meramente religiosa. Como realidad empírica no parece cuestionable —afirma Jaques Maritain— (Ob. cit p. 54) sostener que existe una naturaleza humana, que esta es la misma en todos los hombres, que estos están dotados de inteligencia y razón con posibilidad de determinarse en atención a los fines que persigue. Además el hombre tiene fines que responden a su constitución natural y que son los mismos para todos; el hombre es un ser dotado de inteligencia. El hombre si responde a su consciencia y a su naturaleza se debe guiar por el respeto de ciertos valores inherentes a su ser. La inteligencia permite descubrir estos valores.

El conocimiento que el hombre tiene de la ley moral es imperfecto y se desarrolla y ajusta en el desarrollo de la misma humanidad.

Si por derecho natural se entienden simplemente los derechos que posee la persona de manera anterior a cualquier positivización, entonces los derechos que descubrimos fundados en la dignidad humana definitivamente pueden ser denominados así.

También vale la pena recordar que hemos explicado que “lo natural” no significa siempre lo *secundum naturam*, sino que también puede entenderse como aquello que por su naturaleza se da ante la razón práctica, y al darse es aprehendido como fundamento normativo de la acción. Así entendido, “lo natural” comprende todo el orden de los valores. En este sentido, puede sostenerse que es “natural” a la persona reconocer la dignidad personal y respetarla como principio: lo más natural es actuar *secundum rationem, secundum personam, secundum dignitatem*⁽²⁾.

El argumento de Hume dice que, si partimos de la naturaleza humana, partimos de premisas descriptivas, no normativas, y que de pre-

(2) Este intento de respuesta a la objeción de Hume, es decir, a la objeción de que la ley natural descansa en una “falacia naturalista”, es errado.

misas descriptivas no se puede sacar conclusiones normativas, como son las de la ley natural, porque la conclusión de un argumento no puede ir más allá que sus premisas.

El supuesto falso de Hume es que en el caso de la naturaleza de las cosas en general y de la naturaleza humana en particular, lo “descriptivo” no es también, al mismo tiempo, “normativo”.

La naturaleza de las cosas en general, y la humana en particular, es “normativa”, porque marca el fin, la plenitud a la que debe llegar un ente para actualizar plenamente eso que es ya inicialmente en forma imperfecta, pues toda esencia o naturaleza finita es un compuesto de acto y potencia.

Así como es “normativo” que el ser humano tenga vista, y por eso la ceguera es un defecto, análogamente, es “normativo” que el ser humano diga la verdad, y por eso la mentira es una falta moral.

Porque, así como el ser humano por naturaleza está dotado del sentido de la vista, así también por naturaleza el lenguaje lo tiene para comunicar lo que piensa, y no lo contrario de lo que piensa.

La diferencia, dentro de la analogía, está en el que en el primer caso el tener vista o no, no depende, en principio, de la libertad de cada uno, y así, es un defecto carecer de vista, pero no es una falta moral. E igualmente, la ley natural que hace que por lo general los seres humanos tengamos vista se cumple independientemente de nuestra voluntad y es por eso una ley física o biológica.

En cambio, el decir la verdad o no depende de nuestro libre albedrío, y por eso, la mentira es una falta moral, y la ley que nos ordena la veracidad no es una ley física, sino una obligación moral.

El problema de Hume es que no distingue entre lo “descriptivo fáctico” y lo “descriptivo esencial”: es cierto que lo primero no es normativo, porque de hecho ocurre tanto lo que debe ocurrir como lo que no: por ejemplo, asesinatos, robos, genocidios, etc. Pero lo descriptivo esencial no se identifica con lo descriptivo fáctico, pues esto último incluye también lo accidental, como el que Sócrates esté sentado o de pie, mientras que aquello incluye sólo lo esencial, que como tal es normativo, del modo ya dicho.

Lo que dice el autor, que en el ser humano además de la naturaleza está la razón, tiene el defecto de concederle implícitamente a Hume *que la naturaleza humana como tal no es normativa. Eso equivale, en*

pura lógica, a la eliminación de la ley natural. La “razón práctica”, que se quiere presentar como normativa a diferencia de la “naturaleza”, sin la normatividad de la naturaleza humana, precisamente, queda convertida en la razón subjetiva del relativismo, nos guste o no y más allá de nuestras buenas intenciones y de lo pastorales o pastoriles que sean.

También es común en algunos autores iusnaturalistas sostener que el valor que posee “lo humano” y, por lo tanto, el fundamento de la fuerza obligatoria de cualquier imperativo se debe a la *lex aeterna* de Dios, que se participa en la criatura.

Sin negar el valor de esta posición, nosotros hemos querido insistir en que la obligatoriedad absoluta de la norma personalista de la acción proviene de la dignidad humana. Por ello, el que esta dignidad sea una perfección que posee el ser humano por el hecho de tener un acto de ser intensivo y participado que lo constituye como ente *per se*, querido *per se* no significa que sólo aceptando la existencia de Dios como fundamento ontológico de la persona sea entonces obligante el respeto absoluto que se le debe. En términos de la experiencia de la acción basta el encuentro con la persona para que el imperativo absoluto que se desprende de su dignidad obligue incondicionalmente.

Precisamente por esta razón es que preferimos calificar a nuestra propia posición como “iuspersonalismo” en lugar de “iusnaturalismo”.

A la luz de la conciencia moral no surgen solo conductas que se deben hacer o no hacer sino también se reconocen derechos que están íntimamente vinculados a la naturaleza del hombre. Por el solo hecho de ser persona se tienen derechos inherentes a su ser. Como bien anota Jaques Maritain (Ob. cit p. 8) la dignidad de la persona humana no tendría sentido sino significa que a través de la ley natural la persona tiene derecho a ser respetada y que es sujeto derecho que se deben garantizar. La verdadera filosofía de los derechos de las personas humanas reposa, por tanto, sobre la idea de ley natural.

En concreto es la ley natural la que prescribe nuestros deberes más fundamentales y es también la que nos asigna nuestros derechos fundamentales.

Lo jurídico (derechos humanos positivizados, ante los otros hombres) se basa en lo moral (ley natural, deberes para con Dios, derechos naturales del hombre) que a su vez se basa en lo ontológico (naturaleza racional, ser personal, dignidad de la persona).

Corresponde tener presente que en el Preámbulo de la Declaración universal de los derechos del hombre del año 1948 se dispuso “Consi-

derando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

II.3.c.iii. El derecho natural la naturaleza humana y el derecho médico

Pensamos que toda la temática del derecho médico o sea el referente a la regulación del hacer humano en relación a la persona humana debe orientarse en el respeto de la ley natural o de la naturaleza humana. Los médicos tienen por fin curar, hacer recuperar la salud del enfermo, salvar vidas, aliviar el dolor y de allí la dignidad de esta noble profesión. En todo su proceder el médico no puede asumir acciones contrarias a la ley natural. El médico tiene obligación de conocer y respetar las pautas éticas referidas a su quehacer profesional.

Esta reflexión no encierra ninguna novedad pues con solo analizar el alcance del denominado *Juramento Hipocrático* existente desde antes de Cristo advertimos que se consideró como deber supremo actuar en respeto de la naturaleza humana

II.3.c.iv. Cuestionamientos: dilución de los confines de la persona

Más allá de la importancia del reconocimiento de la dignidad de la persona que refiere al hecho de que *no existen personas de segunda categoría* ello no ha sido impedimento que en la actualidad se haya comenzado a cuestionar desde el campo de la biotecnología ciertas limitaciones reales del ser persona y su dignidad particularmente en la instancia de su concepción o de su extinción.

El cuestionamiento aparece en sus momentos límites de comienzo y fin dándose lo que se ha dado en denominar “*dilución de los confines de la persona*” instancia en la que más hay que tener cuidado en el respeto de la dignidad de la persona.

II.4. El valor de los derechos humanos

El movimiento hacia la identificación y la proclamación de los derechos del hombre es uno de los esfuerzos más relevantes para responder eficazmente a las exigencias imprescindibles de la dignidad humana. Se deben ver en estos derechos la extraordinaria ocasión que nuestro tiempo ofrece para que, mediante su consolidación, la dignidad humana sea reconocida más eficazmente y promovida universalmente como característica natural de toda persona.

La raíz de los derechos del hombre se debe buscar en la dignidad que pertenece a todo ser humano. Esta dignidad, connatural a la vida humana e igual en toda persona, se descubre y se comprende, ante todo, con la razón.

La fuente última de los derechos humanos no se encuentra en la mera voluntad de los seres humanos, en la realidad del Estado o en los poderes públicos, sino en el hombre mismo y en su propia naturaleza. Estos derechos son «universales e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto.

Universales, porque están presentes en todos los seres humanos, sin excepción alguna de tiempo, de lugar o de sujeto. Es un derecho igual para todas las personas del universo. El art. 2° de la declaratoria universal de los derechos humanos refiere a “[t]oda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta declaración”.

Inviolables, en cuanto “inherentes a la persona humana y a su dignidad” y porque “sería vano proclamar los derechos, si al mismo tiempo no se realizase todo esfuerzo para que sea debidamente asegurado su respeto por parte de todos, en todas partes y con referencia a quien sea”.

Irrenunciables. Sobre estos derechos no se tiene dominio y por tanto no pueden ser renunciados o negociados por su titular. Nadie ni su titular puede separarse o hacer que se separe la titularidad de estos derechos de la persona que es su titular.

Inalienables, porque “nadie puede privar legítimamente de estos derechos a uno sólo de sus semejantes, sea quien sea, porque sería ir contra su propia naturaleza”. En la declaración de independencia de los EE. UU. de 1776 y en el preámbulo de la declaración universal de los derechos humanos del 48 se alude con claridad a la inalienabilidad de estos derechos. Por esta razón también se dice que se trata de derechos imprescriptibles en el sentido de que no se pueden perder con el transcurso del tiempo.

Naturales. No depende del reconocimiento que de ellos realice el derecho positivo y se tienen desde el momento en que se tiene vida humana. El derecho solo reconoce o declara lo que existe, pero no le crea derechos a la persona.

Los derechos del hombre exigen ser tutelados no sólo singularmente, sino en su conjunto: una protección parcial de ellos equivaldría a una especie de falta de reconocimiento. Estos derechos corresponden a las exigencias de la dignidad humana y comportan, en primer lugar, la satis-

facción de las necesidades esenciales —materiales y espirituales— de la persona:

Tales derechos se refieren a todas las fases de la vida y en cualquier contexto político, social, económico o cultural. Son un conjunto unitario, orientado decididamente a la promoción de cada uno de los aspectos del bien de la persona y de la sociedad... La promoción integral de todas las categorías de los derechos humanos es la verdadera garantía del pleno respeto por cada uno de los derechos.

Universalidad e indivisibilidad son las líneas distintivas de los derechos humanos: “Son dos principios guía que exigen siempre la necesidad de arraigar los derechos humanos en las diversas culturas, así como de profundizar en su dimensión jurídica con el fin de asegurar su pleno respeto” (art. 154 del Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia).

II.5. Expansión de los derechos humanos

En los últimos años se ha vivido un proceso de expansión en el reconocimiento de los derechos humanos pasándose por diversas fases:

a. *Constitucionalización*: en los últimos años el reconocimiento de los derechos humanos pasó a estar en las constituciones de cada país.

b. *Internacionalización*: de un reconocimiento estatal se pasó a un reconocimiento internacional a través de una serie de tratados y convenciones o declaraciones universales.

c. *Especificación*: en ciertas áreas específicas se han profundizado en el alcance de estos derechos: derechos de la mujer, derechos del niño derechos del anciano.

Además, se alude a la existencia de cuatro generaciones de derechos humanos: *los de primera generación* que son la vida la libertad la igualdad que aparecen como reivindicaciones ante el poder del Estado, *los de segunda generación* que refieren al derecho al trabajo, derecho de la sindicalización de asociación, *los de tercera generación* son los derechos sociales derecho a la salud la instrucción o la cultura derecho a la tutela de la familia. Por último, están *los derechos de la cuarta generación* que refieren a la protección de bienes colectivos como derecho al medio ambiente derecho al desarrollo sostenible derecho a la objeción de conciencia.

II.6. Capacidad de la mente humana de reconocer el derecho natural

Un tema que se ha prestado a sostener opiniones encontradas es el que refiere a la posibilidad de la mente humana de acceder al conoci-

miento del derecho natural. Sócrates, Platón, Aristóteles, Cicerón destacaron la posibilidad de la mente de acceder al conocimiento de los valores o derechos naturales.

La persona humana por medio de su razón es capaz de reconocer la dignidad objetiva y profunda de su propio ser y las exigencias éticas que de ella derivan. Como lo sostuviera San Juan Pablo II (Discurso 27 2 2002) el hombre en otras palabras puede leer en sí los valores y las exigencias morales de su propia dignidad. La ley moral natural es reconocible a la luz de la inteligencia.

Por otro lado, la razón encuentra su verdad y su autoridad en la ley eterna, que no es otra cosa que la misma sabiduría divina. La vida moral se basa, pues, en el principio de una “justa autonomía” del hombre, sujeto personal de sus actos. *La ley moral proviene de Dios y en él tiene siempre su origen.*

En virtud de la razón natural, que deriva de la sabiduría divina, *la ley moral es, al mismo tiempo, la ley propia del hombre.* En efecto, la ley natural, como se ha visto, no es otra cosa que la luz de la inteligencia infundida en nosotros por Dios. Gracias a ella conocemos lo que se debe hacer y lo que se debe evitar. Dios ha donado esta luz y esta ley en la creación.

II.7. Los derechos humanos como principios generales del derecho

Para establecer la relación existente entre los derechos humanos y los principios generales del derecho, me parece correcto comenzar con una reseña acerca de estos últimos.

Con “principios generales del derecho” se quieren significar dos cosas, según la historia positiva son los principios que están en el derecho positivo; según la filosofía ius materialista son los principios en los cuales tiene su origen el ordenamiento jurídico.

El positivismo jurídico nos dice que ellos informan un ordenamiento jurídico dado, que están expresados en las normas positivas y que son sacados por inducción de ellas. Eran los que se encontraban en el derecho romano, en el derecho común. Su pretensión es que el derecho positivo es por sí solo suficiente para resolver todos los problemas.

El ius naturalismo sostiene que se hace referencia a principios supra positivos, que informan y dan fundamento al derecho positivo. Según una normatividad ius naturalista que expresa el elemento constante y permanente del derecho, el fundamento de cada legislación positiva. Se refieren a juicios de valor inherentes a la naturaleza del hombre. Son principios superiores que informan todo el derecho universal.

La idea de principio implica las de fundamento, elemento, origen, comienzo, causa, razón. Ellos gozan de principalidad -generalidad- juridicidad.

Estos tienen un doble papel: ser ellos se fundamenta el derecho positivo, y son fuente de base técnica, pues subsidiariamente en ellos deberá apoyarse el juez para resolver el caso ante la falta de la norma expresa o al comprobar la no-aplicabilidad de las demás que integran el ordenamiento jurídico. Valen antes que la ley, en la ley y después de ella; afirman y enuncian valores.

Podemos decir que son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su influencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legal o consuetudinaria. "La remisión de tales principios los es a un juicio de valor, que es lo que se denomina Derecho Natural".

Estos se encuentran expresamente en nuestro Código Civil Uruguayo al señalar: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso."

Los derechos humanos están insertos dentro de los principios generales del derecho.

Los principios generales del derecho son fuente de los derechos fundamentales, y que lo son casi siempre como supletorios de la carencias de fuentes en este campo, como son la Constitución y las leyes ordinarias. Su afirmación tiene el sentido de indicar que los principios que acoge el derecho positivo (y trae como ejemplo los valores del respeto a la dignidad humana, o el principio de libertad) sirven para dar recepción a los derechos humanos cuando faltan normas expresas, y para acicatear su inclusión en ellas.

Por el contrario, Bidart Campos dice que la filosofía y la ideología de los derechos humanos son la fuente de dichos principios, entendiendo por fuentes que aquellas hacen ingresar a los principios generales el de que hay que promover, respetar y dar efectividad de los derechos humanos.

Unos principios humanos que merecen respeto, tutela, reconocimiento, promoción, vigencia, sociología, deben considerarse hoy como situados dentro, o formando parte de los principios generales del derecho, al menos dentro del orbe cultural al que pertenecemos.

II.8. Función y finalidad de los derechos humanos

En principio podemos decir que ellos sirven de ideas de fuerza, ya que disponen vigor para canalizar el derecho futuro, para perfeccionar el existente y para acelerar el cambio y la transformación.

El curso histórico que ha seguido la filosofía de los derechos humanos va mostrando hitos importantes en un progreso, por ejemplo, se ha alcanzado la instancia de la internacionalización. La difusión de la filosofía de los derechos humanos ha empujado la curva ascendente de su positivización. Sin ella el derecho de los derechos humanos no sería hoy lo que es. Cuando pasamos al derecho positivo y un funcionamiento eficaz, los derechos humanos diversifican su función valiosa.

Los derechos humanos cumplen una función determinada, dentro del orden social.

Desde un punto de vista filosófico, dan la orientación necesaria para introducir dentro del derecho los derechos humanos. Dentro del derecho, son los que hacen que se pueda llegar al bien común dentro de la sociedad, garantizando el desarrollo de todas las personas, teniendo como base a la dignidad de la persona. Los derechos humanos marcan los límites del abuso del poder, se fundan en la ética de la libertad, la igualdad y la paz. El sistema de los derechos humanos cumple una política de propiciar el bien común, la libertad y el desarrollo de todos los hombres, en todos los aspectos y ámbitos de su convivencia.

El orden jurídico-político, es el encargado de garantizar su tutela y defensa, para poder mantener un orden social.

Por lo tanto, en la función de los derechos humanos podemos destacar la importancia de la filosofía de los derechos humanos, la cual nos da la base necesaria, para que luego surja una determinada ideología basada en la democracia y esta nos del pie para poder insertar dentro del derecho positivo, las normas basadas en los derechos humanos, dentro del ámbito social.

En la historia de los derechos humanos, podemos observar cómo se fue perfeccionando, la introducción de los derechos humanos en un ámbito jurídico político, hasta lograr la internacionalización de la tercera generación.

De la relación entre los términos de función y finalidad, Peces-Barba, los distingue, señalando una finalidad más genérica cuyo objeto es el desarrollo integral de la persona humana y en la función de los derechos la examina en orden de la creación del derecho.

Bidart Campos, alude a la situación de que finalidad y función pueden llegar a ser equivalentes o dice, que los derechos cumplen una función conducente a su finalidad. De esta forma, para entender mejor los conceptos nos determina algunas funciones:

La función de instalar al hombre dentro de una comunidad política de acuerdo con su dignidad de persona. Esta función es la que no ubica al hombre dentro de una sociedad con todo un ámbito de libertad, autonomía y derechos, y a su vez la función del Estado de garantizarle a la persona el desarrollo necesario, para que pueda vivir en libertad y ejercer sus derechos, sin que haya dentro del Estado un abuso del poder y este sea fuente de la democracia. Para que esta función entre en vigencia es necesario que haya normas constitucionales que la avalen.

La función de que los derechos humanos estén dentro de un orden público jurídico del Estado. Esta función se debe fundar en un sistema de valores, el cual cumple la función no solo de orientar, sino también de promover el desarrollo de los derechos.

La función de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, para que los hombres puedan ser verdaderos titulares de derecho, y así puedan acceder al ejercicio de sus derechos, por medio de un sistema de órganos y vías idóneas que le garanticen su ejercicio.

La función de lograr que el hombre tenga sus necesidades básicas cubiertas, para poder realmente desarrollarse con una buena base económica, cultural y social. Esta función debería tenerla necesariamente en cuenta, tanto el Estado como aquellos que realmente han alcanzado su verdadero desarrollo económico; porque son los que se deberían ocupar de dar las posibilidades a aquellos sectores que se encuentran marginados e inmersos en la miseria. Es una función para la cual tendría que cooperar toda la sociedad en unión y haciendo uso de su democracia, se debería tener en cuenta a los sectores que tienen mayor necesidad otorgándoles posibilidades de desarrollo, por ejemplo por medios subsidiarios, creando mayores fuentes de trabajo, considerando a los hombres por su verdadera dignidad de personas humanas.

II.9. Derechos humanos “que no son tales”

En la actualidad invocando la libertad de pensamiento muchos entienden que cualquier deseo subjetivo puede ser erigido en derecho humano.

Scala (Ob. cit p. 30) afirma que la concepción cultural según la cual la persona humana es libertad como autonomía absoluta llegan a pensar

que es posible reivindicar todo deseo como si fuera un derecho.-Hacer todo lo que lo hace feliz o lo que cumpla sus deseos se reivindica como derecho. Lo absurdo de este planteo es que al derecho no le importa la justicia ni lo que realmente es el bien sino que el derecho esta para cumplir los deseos de cada uno. Invocar derechos inventados y sin sentido está de moda.

Se nos habla del derecho a decidir sobre la vida de los hijos, el derecho a disponer del propio cuerpo el derecho a abortar (a matar). Derecho a la muerte digna como forma de justificar la eutanasia.

También se inventaron los derechos sexuales y reproductivos que de sexuales y reproductivos tienen por cierto muy poco pues quieren precisamente indicar todo lo contrario o se la destrucción de vidas humanas

II.10. Conclusiones

a. La dignidad es un atributo de toda persona sea individual o colectiva.

b. Es condición previa para el reconocimiento de los derechos humanos la dignidad.

c. Los derechos humanos son inherentes a la naturaleza humana. El hombre nace con ellos y el orden jurídico solo puede reconocerlos, pero jamás limitarlos.

d. Los preceptos constitucionales sobre la dignidad y los derechos humanos han sido tomados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

e. Se considera delito toda negación de los derechos humanos y de la dignidad, por ser un acto de incivildad.

f. La justicia que viola la dignidad humana no es justicia.

III. PERSONA Y SOCIEDAD

III.I. Presentación del tema

Millan Puelles ("Persona Humana y Justicia Social"; Madrid 1962, p. 14) sostiene que persona humana es un ser que por tener, no solo instintos, sino también entendimiento y libertad, es capaz de sentir necesidades

morales, tanto con relación a su cuerpo como respecto a su espíritu, y que también, por ello, tiene derecho a satisfacer esta doble clase de necesidad. La categoría o dignidad de la persona llevaría condigo misma el derecho que es correlativo de aquellas necesidades y obligaciones.

La persona es un todo, pero no es un todo cerrado sino abierto. Cada persona tienen necesidad de los demás para su desarrollo moral social intelectual material. La persona no puede ser o estar sola. La persona es en sí un ser naturalmente social. La persona en su proceder no se opone a la naturaleza. En cuanto tal está en el centro del orden político y social porque es un fin y no un medio. La persona es un ser social por naturaleza no por convención o porque lo haya dispuesto una ley o una constitución. El hombre es un ser esencialmente social. Para desarrollarse como tal necesita de los demás y vivir en su consideración. La persona no fue creada para vivir en soledad. La vida de la persona sin los otros es un imposible estencil una pura abstracción sin correlato con la realidad. El ser humano naturalmente está abierto a los demás.

III.2. ¿Qué es persona para el derecho?

Se han dado diversas respuestas:

i) *Tesis normativista o positivista*: centro de imputación de la norma jurídica (Kelsen). El ser persona depende de lo que diga la norma. Es persona aquello a lo que se le puede imputar consecuencias jurídicas. Ser persona es ser titular de derechos y obligaciones.

ii) *Tesis realista o naturalista*: la persona no la hace, sino que la reconoce el derecho. Es persona todo ser humano por el solo hecho de ser tal. Ser persona equivale a ser digno. Este tema por cierto nada nuevo se replantea cada vez con más fuerza cuando se enfrentan las nuevas situaciones que plantea la biotecnología.

Se pregunta Andorno (“Bioética y la dignidad de la persona”, Madrid 1998, p. 52) como es posible trabajar para la defensa de la persona sino se tiene claro que es o desconocemos sus características esenciales. Los graves peligros que se corren con los progresos de la tecnología es que el hombre se comienza a ver en realidad como una cosa que se puede modelar según los objetivos de la ciencia. Parece que el hombre está al servicio de la ciencia y no está al servicio de este.

En una época se denunciaba que lo que se cosificaba era el obrar de la persona destacando como esta es explotada por el capitalismo salvaje. Hoy se denuncia igualmente esta cosificación, pero *ya no por su obrar sino en su ser C) Los derechos humanos no se fundan en el derecho positivo.*

Puede pensarse que la persona es una creación legal o un concepto creado por el jurista. Se puede pensar que no existe dependencia entre el ser persona ontológicamente y lo que es persona para el derecho pues este es el que le pone condiciones y persona es lo que el derecho dice que es.

La persona en sentido jurídico *no es un ser por* el derecho, sino que *es ser ante* el derecho y este no hace más reconocer lo que es. O sea, la persona no es un ser creado por el derecho, es un ser preexistente a él y por tanto es una realidad ente él. Los derechos humanos no se fundan en el derecho positivo, si algo caracteriza al derecho natural, es que es *anterior* al derecho positivo, y si hay algún fundamento serio para los derechos humanos, es el derecho natural.

Reducir los derechos humanos a derecho positivo, por más universalizado que esté, *es destruirlos*.

Otra cosa es que el derecho natural se “positivice” más o menos. Pero la fuente de su valor y validez esencial sigue siendo anterior al derecho positivo, y no su “positivización”. Sigue siendo la naturaleza humana, tal como es captada por la razón, la cual si es “abstracta”, es porque no tiene otra forma de conocer, no porque ese conocimiento no sea válido y fundante de los derechos humanos.

Antígona sacaba toda su fuerza precisamente de que, contra la ley escrita de Creonte, no se apoyaba en ninguna ley escrita, sino en su conciencia, que le transmitía los dictados esenciales de la naturaleza humana, más allá de que fuese “abstracta” o no.

Todas las luchas para promoverlos, protegerlos y defenderlos encuentran un momento crítico al preguntarse con seriedad: ¿cuál es su fundamento?

Bajo el pretexto de que cualquier pretensión de una verdad objetiva universal sería fuente de intolerancia y violencia, y que solo el relativismo puede salvaguardar el pluralismo de valores y de la democracia, se termina en una apología del positivismo jurídica que rechaza el referirse a un criterio objetivo de lo justo.

Los derechos humanos considerados como universales fundamentales e irrenunciables tienen valor moral intangible que sobrepasa al orden jurídico positivo.

III.3. La persona es un fin en sí misma de modo relativo

Yepes Store (“Fundamentos de antropología”, Navarra 2001, p. 70) presenta a la persona como una realidad absoluta no condicionada por

ninguna realidad inferior al del mismo rango. Siempre debe ser por eso respetada. Respetarla es la actitud más digna del hombre, porque al hacerlo, se respeta así mismo; y al revés, cuando a persona atenta contra la persona, se prostituye así misma se degrada. La persona es un fin en sí misma. Es un principio de moral fundamental. Obra de tal modo que trates a la humanidad, sea en tu propia persona o en la persona de otro siempre como un fin nunca como un medio (Kant). La persona se respeta como es debido cuando se le reconoce su dignidad. La dignidad de la persona continua el autor referido, no puede surgir de los mismos hombres, pues, en ese caso, se encontraría sujeto a los caprichos de los que mandan, que son volubles.

F.J Herrera (“Derecho a la vida y el aborto”, Colombia 1999, p. 65) se dice y con razón que el hombre es un fin en sí mismo ya que toda finalidad terrena de una u otra forma esta referida a él. Pero esta finalidad no es absoluta, sino relativiza que el ser de la persona esta ordenado a otros fines impuestos por la ley natural y un fin que se ordena a otro fin es relativo. El hombre no vive solo para sí mismo, sino para los demás, y, en última instancia para cumplir un plan dado por la ley natural. Lo expuesto nos demuestra como el hombre —al ser fin en sí mismo— no puede ser un instrumento de la comunidad, otra cosa diferente es que se inserte en ella, y que, por tanto, cumpla con las obligaciones sociales, pero siempre la persona será un fin en sí misma de modo relativo. Por esta razón la persona no puede ser tratada como cosa o como simple medio.

III.4. La persona es naturalmente un ser social

Cuando se afirma que la persona es un ser social no quiere decir que exista junto a otras personas como un simple hecho físico, sino que ello implica una realidad mucho más profunda y trascendente pues lo que significa es que cada uno desarrolla su vida debiendo pensar necesariamente en los demás como una realidad natural inherente a su ser. Existe una necesidad natural de convivencia pues necesitamos de otros para satisfacer necesidades materiales espirituales. A convivir y vivir en sociedad es algo a lo que el hombre está impulsado naturalmente y que, como advierte Millan Puelles (Ob. cit p. 29), no se trata de un instinto sino una fuerza de la que el hombre puede ser consciente. Por esta razón tenemos capacidad de reflexionar sobre ella y ajustarla a unas normas por virtud de las cuales la convivencia sea ordenada y justa.

Es parte de la integridad de la persona el ser un ser social lo que supone que se integra en la sociedad sin fusionarse o desaparecer ante esta. El hombre participa de la sociedad para lograr fines que son comunes y que enriquece a cada persona que se relaciona socialmente. El querer o

el necesitar realizar fines sociales no lo hace desaparecer en la sociedad que integra donde no pierde su identidad. El fin de la vida en sociedad no es más que el logro del bien común lo que supone la tendencia al logro del conjunto de condiciones de vida social en las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr mayor plenitud y facilitar su propia perfección.

III.5. Centralidad de la persona en el derecho del siglo XX y XXI

III.5.a. Presentación del tema

Por cierto, uno de los aspectos más destacados y positivos de la ciencia jurídica moderna refiera a la relevancia que se le vienen dando en todos los órdenes a la tutela de la persona como centro del sistema jurídico. En este sentido y a modo de ejemplo en una época el derecho civil o el mismo código civil era el derecho de los bienes. Hoy el derecho civil centra su atención en la tutela de la persona.

Esta centralidad en la consideración de la persona se advierte con claridad en el desarrollo que ha existido en todo lo que tiene que ver con el reconocimiento de derechos humanos de primera de segunda de tercera y de cuarta generación.

III.5.b. La persona como bien supremo del derecho

Fernandez Sessarego (“Derecho y Persona”, Lima 1995, p. 111) con acierto señala que el pensamiento jurídico moderno cambio el centro de orientación dejando atrás su preocupación centralizada en la tutela del patrimonio y pasando a tener su centro de atención en la protección de la persona como bien o valor supremo. siendo esta el principal protagonista del derecho. Se deja atrás una visión patrimonialista e individualista del derecho (propia de nuestro Código Civil). Este cambio en la forma de pensar se debe a que en la actualidad existe un sinnúmero de circunstancias en las que la persona resulta dañada máxime cuando se advierte una tecnología o ciencia proclive a la deshumanización.

La persona como lo destaca el autor citado se encuentra so metida a los peligros y las presiones creadas por un alienante y desenfrenado consumismo, asediada por el incremento de riesgos de todo tipo, inmersa en una civilización en la que prevalece el egoísmo personal, desdibujada y postergada en un proceso incesante de masificación que lleva a la despersonalización, víctima de desigualdades e injusticias.

Los juristas poco a poco están asumiendo el grado de desprotección y afectación que está padeciendo la persona en la sociedad presente y co-

mienzan a asumir un rol más activo preocupándose por la protección de la persona desde diversos ángulos; como consumidora.com o dañada, como afectada por desigualdades.

Que la persona se constituya en el bien supremo supone que debe considerarse como un fin en sí misma y no como un medio

IV. LA SOCIEDAD Y EL BIEN COMÚN

IV.1. Generalidades

El fin de la vida en sociedad no es el bien individual o la suma de bienes individuales de las personas que la constituyen. De su vocación natural de vivir con otros tienen en común la necesidad de acceder a ciertos valores sociales que se denominan el “bien común”. El bien común exige priorizar valores como el de la distribución la solidaridad.

El bien común, como advierte Jaques Maritain (Ob. cit p. 19), no es solo distribución equitativa de ventajas y utilidades sino esencialmente rectitud de vida, la buena y recta vida de la multitud. La justicia y la rectitud moral son esenciales son de ese modo esenciales para el bien común

IV.2. Concepto

La sociedad no puede tener presente solo el bien del que manda o de alguna clase privilegiada, sino que debe tener presente siempre y en todo caso el bien de la comunidad. El bien común de la sociedad consiste en algo que pueda beneficiar a todas las personas que la forman y lo que todas ellas pueden tender, por tanto, de un modo natural.

La dignidad, unidad e igualdad de todas las personas deriva, en primer lugar, el principio del bien común, al que debe referirse todo aspecto de la vida social para encontrar plenitud de sentido. Según una primera y vasta acepción, por *bien común* se entiende “el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y fácil de la propia perfección”.

El bien común no consiste en la simple suma de los bienes particulares de cada sujeto del cuerpo social. Siendo de todos y de cada uno es y permanece común, porque es indivisible y porque sólo juntos es posible alcanzarlo, acrecentarlo y custodiarlo, también en vistas al futuro. Como el actuar moral del individuo se realiza en el cumplimiento del bien, así el actuar social alcanza su plenitud en la realización del bien común. El bien común se puede considerar como la dimensión social y comunitaria del bien moral.

La persona necesita como parte de su ser relacionarse con los que lo rodean. Pero la consecución de este ser plenamente humano, como lo destaca Messner (“Ética social política y económica”, Madrid 1967, p. 199), depende esencialmente de su responsabilidad y actividad propias en el cumplimiento que exige esta vida en sociedad.

El bien común no consiste en la reunión por los individuos de un fondo común de bienes y servicios ni en la distribución de los bienes procedentes de reservas comunes, sino que consiste más bien en hacer posible mediante la unión social el cumplimiento responsable y con medios propios de las tareas vitales trazadas a los miembros de la sociedad por los fines existenciales.

Cuando no se busca el bien común una persona se convierte en objeto de otra. En la vida en social todas las personas deben prestar y recibir ayuda de los demás subordinándose a las exigencias propias de bien común.

El bien común no elimina la consideración de lo que es el bien particular pues exige que cada persona que convive tenga su propio bien. Como bien anota Millan Puelles (Ob. cit p. 49) el bien común no puede ser visto como algo negativo, sino que debe entenderse positivamente ya que se trata de un bien y no de un mal. Para cada uno de los miembros de la sociedad es un bien el poder disponer personalmente de los medios precisos para mantener y hacer su vida tanto en sus exigencias materiales como espirituales.

IV.3. Primacía del bien común

La sociedad o la vida en común no es un fin sino un medio, pero un medio para todas las personas que conviven. De aquí que el fin sea el bien común. Como señala Millan Puelles (Ob. cit p. 52) la pregunta que podemos formularnos es si esta subordinación al bien común no afecta la dignidad de la persona y la respuesta es negativa del momento que no existe bien común si es afectada la dignidad de la persona. Lejos de afectar la dignidad de la persona el someterse al bien común es la forma de respetar la dignidad de todas las personas y de no hacer excepción alguna. La primacía del bien común sobre el bien particular no es la de la sociedad sobre la persona pues ni la sociedad es bien común ni la persona es un bien particular. Sostener la primacía del bien común –continúa el autor de referencia– sobre el bien particular es hacer que la vida social sea provechosa a todas las personas y no exclusivamente a una o varias.

De aquí precisamente que el admitir tal primacía no sea supeditar a las personas al despotismo de la sociedad sino al contrario: hacer que la

sociedad la convivencia funcione como un medio provechoso para todas las personas que conviven.

Someterse al bien común es elevarse pues supone romper ataduras con el bien particular exclusivo y supone el pensar en un y todos los que lo rodean. Un bien es tanto más valioso cuanto más son las personas que se benefician con ese bien. Querer el bien común no es algo indigno sino por el contrario es reflejo de esa dignidad personal.

IV.4. Elementos esenciales

El bien común comporta tres elementos esenciales:

a. *Respeto a la persona en cuanto tal.* En nombre del bien común, las autoridades están obligadas a respetar los derechos fundamentales e inalienables de la persona humana. La sociedad debe permitir a cada uno de sus miembros realizar su vocación. En particular, el bien común reside en las condiciones de ejercicio de las libertades naturales que son indispensables para el desarrollo de la vocación humana: “derecho a actuar de acuerdo con la recta norma de su conciencia, a la protección de la vida privada y a la justa libertad, también en materia religiosa” (GS26, CIC, n.1907).

b. *Bienestar social y desarrollo del grupo mismo.* El desarrollo es el resumen de todos los deberes sociales. Ciertamente corresponde a la autoridad decidir, en nombre del bien común, entre los diversos intereses particulares; pero debe facilitar a cada uno lo que necesita para llevar una vida verdaderamente humana: alimento, vestido, salud, trabajo, educación y cultura, información adecuada, derecho a fundar una familia, etc. (Cfr.GS26,1) (CIC, n.1908).

c. *Implica “paz”,* es decir, estabilidad y seguridad de un orden justo. Supone, por tanto, que la autoridad garantiza por medios honestos, la seguridad de la sociedad y la de sus miembros. El bien común fundamenta el derecho a la legítima defensa individual y colectiva (CIC, n. 1909).

IV.5. Caracteres

Jorge Palma (“Bien Común” en www.Catholic.Net) destaca que el bien común se caracteriza por ser:

IV.5.a. *Objetivo*

Es uno de los principios que rigen la vida social que es preciso tener siempre presente. Es también uno de los conceptos más desgastados y ambiguos, pues se lo confunde con bienestar, o calidad de vida visión

ampliada del bienestar. Pero estos conceptos centran el fin de la sociedad en el individuo autónomo y nada tienen que ver con el concepto de bien común.

IV.4.b. Derivar de la naturaleza humana

El concepto de bien común “está íntimamente ligado a la naturaleza humana. Por ello no se puede mantener su total integridad más que en el supuesto de que, atendiendo a la íntima naturaleza y efectividad de este, se tenga siempre en cuenta el concepto de la persona humana” (PT, n. 55)

No es la suma de los bienes individuales, tampoco la sociedad es la mera suma de los individuos. La sociedad es necesaria para que la persona se realice como tal, y debe presentar una serie de condiciones que hagan posible el desarrollo simultáneo de la persona y de ella misma, hacia la perfección que se dará histórica y culturalmente. No hablamos aquí de unas condiciones mínimas de desarrollo, ni de algo necesariamente material (aunque lo material forma parte de la “integridad” del desarrollo humano). Hablamos de condiciones de posibilidad. *Una sociedad que, en todos sus niveles, quiere positivamente estar al servicio del ser humano es aquella que se propone como meta prioritaria el bien común, en cuanto bien de todos los hombres y de todo el hombre.*

La persona no puede encontrar realización sólo en sí misma, es decir, prescindir de su ser “con” y “para” los demás. Esta verdad le impone no una simple convivencia en los diversos niveles de la vida social y relacional, sino también la búsqueda incesante, de manera práctica y no sólo ideal, del bien, es decir, del sentido y de la verdad que se encuentran en las formas de vida social existentes.

Ninguna forma expresiva de la sociabilidad —desde la familia, pasando por el grupo social intermedio, la asociación, la empresa de carácter económico, la ciudad, la región, el Estado, hasta la misma comunidad de los pueblos y de las Naciones— puede eludir la cuestión acerca del propio bien común, que es constitutivo de su significado y auténtica razón de ser de su misma subsistencia (n 165 del Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia).

IV.6. La responsabilidad de todos por el bien común

Las exigencias del bien común derivan de las condiciones sociales de cada época y están estrechamente vinculadas al respeto y a la promoción integral de la persona y de sus derechos fundamentales. Tales exigencias atañen, ante todo, al compromiso por la paz, a la correcta organización

de los poderes del Estado, a un sólido ordenamiento jurídico, a la salvaguardia del ambiente, a la prestación de los servicios esenciales para las personas, algunos de los cuales son, al mismo tiempo, derechos del hombre: alimentación, habitación, trabajo, educación y acceso a la cultura, transporte, salud, libre circulación de las informaciones y tutela de la libertad religiosa. Sin olvidar la contribución que cada Nación tiene el deber de dar para establecer una verdadera cooperación internacional, en vistas del bien común de la humanidad entera, teniendo en mente también las futuras generaciones.

El bien común es un deber de todos los miembros de la sociedad: ninguno está exento de colaborar, según las propias capacidades, en su consecución y desarrollo. El bien común exige ser servido plenamente, no según visiones reductivas subordinadas a las ventajas que cada uno puede obtener, sino en base a una lógica que asume en toda su amplitud la correlativa responsabilidad. El bien común corresponde a las inclinaciones más elevadas del hombre, pero es un bien arduo de alcanzar, porque exige la capacidad y la búsqueda constante del bien de los demás como si fuese el bien propio.

V. DERECHO A LA VIDA

V.1. Presentación del tema

Los derechos fundamentales como el *derecho a la vida*, a la libertad religiosa, a la libertad de pensamiento... a los cuales la sociedad actual le confiere particular y justa relevancia tienen su fuente no en las decisiones fluctuantes de los poderes legislativos de la época sino en la estructura misma del ser humano y del justo orden que debe reinar en la convivencia social. Por esta razón como bien se señala en (Dto En búsqueda de una ética universal. Nueva mirada sobre la ley natural) el reconocimiento de estos derechos significa reconocer que existe un orden objetivo de las relaciones humanas fundadas en el orden natural.

V.2. Fundamento

La esencia de los derechos fundamentales es la persona humana y en particular el derecho a la vida constituyen un hecho que no puede ser concedido ni derogado por ningún acto o poder humano pues estos derechos, como bien señala Herranz ("La dignita Della persona umana e il diritto en Natura e Dignita de la persona umana e fondamento del diritto a la vita", Pontificia Academia pro vida 2002, p. 21) tienen su fundamento

no en un acto de la voluntad humana sino en la misma naturaleza y dignidad de la persona.

Este planteo está realizado por cierto desde mucho antes que Jesucristo venga a la tierra. Eraclito Sófocles (Antígonas vv 454 460) hablan de leyes no escritas y universales que vienen de la misma naturaleza del hombre. Luego Cicerone (De la República 3,22,33) destaca que existe una verdadera ley que surge de la recta razón. Esta es conforme a la naturaleza humana y reencuentra en todos los hombres es inmutable y eterna.

La persona humana viviente es un sujeto de derecho. Sujeto de derecho es aquel del que puede predicarse "*proprie dicitur*" que es poseedor de un derecho. La vida es una noción abstracta. Los que existen son los "vivientes", es decir, sujetos que realizan la perfección que llamamos "vida".

Si nos preguntamos cuál es el fundamento del derecho a la vida la respuesta está en que el hombre es persona tanto desde el punto de vista jurídico como ontológico. La vida es un derecho atribuido a la naturaleza del hombre en cuanto persona. Herrera (Ob. cit p. 137) destaca que el fundamento del derecho a la vida no está tanto en la dignidad de la humanidad, de la especie humana sino en la condición ontológica de persona.

V.3. Origen

Desde el mismo instante que existe un ser con vida humana surge el derecho a la vida. La vida para los vivientes —como bien anota F.J Herrera (Ob cit p. 106)— es su mismo ser. La pregunta que refiere a cuando comienza la vida humana existe una respuesta no basada en la fe o en presunciones filosóficas o metafísicas, sino que exige una respuesta científica y biológica.

La ciencia marca como realidad probable que la vida humana comienza con la fusión de dos células diferenciadas llamadas gametos (espermatozoide y ovulo). Los gametos en su individualidad no tienen vida humana independiente. Los gametos tienen por fin en la eventualidad generar con su fusión una nueva vida humana. La unión de estos dos se denomina *fertilización* lo que supone en esencia la fecundación de un ovulo por un espermatozoide y configura lo que se denomina *cigoto*. El material genético de los cromosomas o sea el DNA es lo que determina finalmente las características genéticas del nuevo ser que son únicas e irrepetibles.

Desde el mismo instante de la fertilización o fecundación comienza la vida humana y desde este mismo instante hay alma y cuerpo que co-

mienzan un desarrollo respecto de una persona que con el tiempo será la misma existiendo simplemente crecimiento.

Para marcar el origen desde el cual se debe proyección a la vida humana se suele señalar con, la expresión “desde la concepción”. En la cultura actual a veces se presta a debate. Algunos afirman que la concepción se da hasta la “implantación”. Por eso, algunos hablan de que el “*conceptus*” es el embrión posimplantatorio.

Para evitar esta ambigüedad, para proteger la vida del no-nacido se puede utilizar la palabra “fecundación” o “fertilización”. Estas dos palabras indican eventos biológicos precisos que no están sujetos a discusión. Quienes defendemos el derecho a la vida desde la “fecundación” sabemos que en este momento se da la “concepción”. Sin embargo, ambos términos no son totalmente equivalentes.

En nuestro país en el texto del excelente veto que el expresidente Tabare Vázquez planteo a la ley de aborto con claridad meridiana se señala textualmente “la legislación no puede desconocer la realidad de la existencia de vida humana en las etapas de gestación, tal como de manera evidente lo revela la ciencia”.

La biología ha evolucionado mucho. Descubrimientos revolucionarios como a fecundación *in vitro* y el ADN con la secuenciación del genoma humano, dejan en evidencia que desde el omento de la concepción hay allí una vida humana nueva, *un nuevo ser*. Tanto es así que en los modernos sistemas jurídicos –incluido el nuestro– el ADN se ha transformado en la “prueba reina” para determinar la identidad de las personas independientemente de su edad, e incluso en hipótesis de devastación, o sea, cuando ya no queda prácticamente nada del ser humano aun luego de mucho tiempo.

Concluye este documento excepcional señalando que “[e]l verdadero grado de la civilización de una nación se mide en cómo se protege a los más necesitados. Por eso se debe proteger más que nada a los débiles. Porque el criterio no es ya el valor del sujeto en función de los afectos que suscita a los demás, o de la utilidad que presta, sino el valor que resulta de su mera existencia.

V.4. La vida ¿es un derecho?

V.4.a. Presentación del tema

La referencia a un “derecho a...” nos da la sensación de que se está ante algo que nos pertenece y de lo cual podemos disponer. Según la escuela tradicional para que haya un derecho se necesita un sujeto y un objeto. En el derecho a la vida el sujeto y el objeto serian lo mismo.

Desde nuestro punto de vista no es preciso aludir a un derecho a la vida pues en realidad no se tiene derecho a algo. En realidad, a ciencia cierta, es superfluo hablar de un derecho a la vida pues es como referirnos a un derecho a respirar. No tiene sentido hablar de un derecho a la vida pues la vida la tiene el propio viviente y no otro y no se puede tener derecho a la vida de otro.

Pero lo que interesa resaltar además es que en realidad la vida no es algo que se tiene para poder disponer como ocurre con las cosas. Pues en realidad se están ante un valor supremo indisponible.

V.4.b. Enfoque jurídico

Desde un punto de vista estrictamente jurídico afirmar que la vida es un derecho puede prestarse para ciertas confusiones que enuncia con claridad Francisco Jose Herrera (Ob. cit p. 93) al señalar que si se presenta como derecho se quiere decir que la vida es debida por los otros —deuda de justicia— a un determinando sujeto titular de ese derecho. La vida no depende de la voluntad de nadie y dado que nadie puede dar o entregar la vida a otro y lo imposible no obliga no podría haber derecho a la vida en sentido estricto.

Por otra parte, para que exista un derecho debe existir un sujeto y un objeto claramente determinados. La vida no puede ser vista como objeto de derecho. El hombre no puede ser objeto y sujeto de derecho a la vez. Es por naturaleza sujeto y no objeto de derecho. Derecho supone tener un dominio sobre algo. No tiene sentido pensaren que somos objeto de nosotros mismos. La vida para los vivientes —como lo señala el autor antes referido— es su mismo ser. El hombre no es derecho de otro sino de sí mismo.

Se ha afirmado y con razón que el derecho a la vida es tan evidente que no hace falta referir a él. Es como si se aludiera al derecho a respirar. La vida humana siempre está en poder del viviente y al ser este persona —como bien lo señala F.J. Herrera (Ob cit p. 93)— está incapacitado ontológicamente para ser partencia ajena. Por esto es inexacto aludir al derecho a la vida pues la vida solo la puede tener determinada persona y no otra.

Aquí el concepto de derecho a la vida tiene sentido interpretado no como poseer o como algo dado sino como lo que se debe respetar proteger. Para evitar confusiones quizás sea más preciso referidos a que *la vida humana como un derecho o que la vida es un derecho* queriendo señalar que es un valor justo esencial que debe respetarse.

V.4.c. *La vida como un derecho natural*

Como señala Hervada (“Introducción crítica al derecho natural”, p. 95) la vida es un bien que constituye el ser de la persona y que se presenta como un derecho natural originario, o sea propio de los hombres y que se tienen por el hecho de ser tal. Constituye un bien fundamental de la naturaleza humana. El hombre es dueño de su vida no porque la ley lo diga o lo resuelva una mayoría parlamentaria de turno sino por su propia naturaleza. El Estado solo puede *reconocer o declarar* algo que en esencia es inherente a la misma persona. No se otorgan ni conceden por nadie sino se tiene por el hecho de ser persona.

Es en esencia un derecho humano derivado de su dignidad como persona. Le pertenece a la persona el derecho a la vida por el solo hecho de existir como persona y por esto el derecho a la vida como derecho natural constituye un derecho humano esencial y originario.

V.4.d. *Máximas fundamentales*

Para tener un claro planteo del tema se deben tener en cuenta ciertas máximas básicas:

i) *El concebido no nacido es persona desde que tiene vida humana o sea desde la misma fertilización.* Este planteo lo podemos fundar sea en el art. 3° de la Declaración Universal de los derechos humanos cuando refiere a “*Todo individuo tiene derecho a la vida...*”. El concebido no nacido desde la fertilización es un individuo de la especie humana diferente de aquel del que depende con vida propia e independiente recibiendo de la madre alimento y oxígeno. Por otra parte en el mismo art. 21 del Código Civil se prevé que “son personas todos los individuos de la especie humana”.

ii) *Desde la fertilización se es persona tanto en sentido ontológico como jurídico.* La persona es en términos de Herrera (Ob. cit p. 117) sustancia individual de naturaleza racional. El cigoto no es una sustancia cualquiera, sino que es individual y de naturaleza racional. En cuanto tal la concebido no nacido es titular de derechos naturales personalísimos que se le deben respetar desde que tiene vida y es persona. En este sentido el art. 6° de la declaratoria universal de los derechos humanos ha sostenido y con acierto que todo ser humano tiene derecho, en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

VI. DICTADURA DEL RELATIVISMO Y DEL POSITIVISMO

VI.1. Presentación del tema

Herranz (“La dignita Della persona umana e il diritto” en la obra *Natura e dignita della persona humana a fondamento del diriitto a la via Pontificia Academia Pro Vita Vaticano 2002*, p. 249) con singular acierto destaca que el mayor daño que se le causo al reconocimiento de los derechos humanos fue a partir de la promoción del positivismo jurídico y su concepción relativa de la racionalidad de la ley postura que se araba especialmente en el siglo XX por dos motivos: la aberraciones jurídica cometidas contra la persona causados por los regímenes totalitarios y en los regímenes democráticos la creciente influencia de la ideología filosófica y política que propiciaron un relativismo moral y permisivismo liberal.

VI.2. Dictadura del relativismo

Zeppegno Palazani (Ob. cit p. 89) consideran que uno de los problemas más serios que la época presenta es el daño causado por el relativismo irresponsable que prioriza el subjetivismo y el desorden que lleva a la indiferencia frente a los valores irrenunciables y afecta seriamente a la sociedad. La “dictadura del relativismo” lleva a que decida el propio yo lo que se entiende como conveniente y ello lleva al desorden y la destabilización social pues se afirma que no existen valores comunes ni fundamentales en la vida social.

Con acierto autores como Fabriziani (*Natura umana e diritto universali. Una questione aperta*, Padova 2008) entienden que *los derechos humanos solo pueden interpretarse como una nueva forma de derecho natural*. Estos derechos humanos se justifican en cuanto respondan a valores universales y ponen en evidencia lo que son valores esenciales de todos los seres humanos. Así los derechos humanos son la transcripción jurídica de valores fundamentales inherentes a la persona humana.

Los derechos humanos al igual que el derecho natural son inherentes a la persona existen en sí y por sí y no dependen del orden jurídico que lo único que puede hacer respecto de ellos es reconocerlos, pero no puede limitarlos o suprimirlos. De esta forma los derechos humanos tienen su fundamento básico en los valores que forma parte de la persona y su misma dignidad. El reconocimiento real de los derechos humanos fundados en la naturaleza misma de la persona o como expresión del derecho natural son el camino de una autentica integración entre los países.

VI.3. Dictadura del Positivismo Jurídico

Uno de los grandes errores del jurista estuvo en pensar que el derecho comienza y termina en la norma y pretender encontrar en esta los fundamentos de todo lo que ocurre en el derecho.

El positivismo es notoriamente insuficiente porque el legislador puede actuar legítimamente únicamente dentro de determinados límites que se desprenden de la misma dignidad de la persona. La política ni el derecho pueden prescindir de la ley ética natural universal. Cuando se estudian los derechos humanos se consideran los valores éticos en los que estos se sustentan.

La separación entre la moral y el derecho siempre fue más teórica que práctica pues el derecho pierde la orientación si no considera los valores, así como un cuerpo sin alma muere. Según este presupuesto corresponde resolver el tema del fundamento de los derechos humanos a partir de la concepción que se tenga de la persona.

Cierto es que la experiencia del *humanum* posee una *dimensión normativa*, es decir, su contenido explícitamente *obliga* a la persona a cumplir un *deber* en conciencia. La verdad de la persona, pues, no se limita a afirmar que ella es un bien verdadero, sino que de ella brota una necesidad especial que constituye un deber reconocible en la experiencia: *el ser personal implica un deber ser*. La persona que conocemos reclama por su propia condición de persona el ser afirmado por sí misma a través de nuestra acción

Cuando afirmamos que la dignidad de la persona “es inviolable” no queremos decir que no pueda ser violada, sino que *jamás debe ser violada*. Cuando decimos que las personas poseen derechos frente a otras personas podemos descubrir, si nos fijamos con atención, que esto significa que las personas tienen *deberes* para con los “otros como yo”. La experiencia del “deber” se funda sobre el “reconocimiento” de la persona del “otro”.

VI.4. Violación del derecho a la vida como derecho humano natural

Dejando de lado las Declaraciones Universales de los Derechos Humanos del 48, las Declaraciones de derechos realizadas en América... las Declaraciones de Derechos de los Niños, la Declaración de la Asamblea Médica Internacional del 48 en la que guiados por el juramento hipocrático se le hace prometer a los médicos el respeto absoluto de la vida desde la concepción. Todas estas declaraciones y convenios de derechos vienen siendo pisoteados por leyes que sin más reconocen al aborto o sea la destrucción del concebido no nacido como un derecho de la mujer.

Se vive una época en la que se pretende justificar de diversas formas la transgresión de derechos humanos naturales esenciales. Los regímenes totalitarios a escala mundial promocionaron lo que Herranz (Ob. cit p. 27) denominara la utopía de *la justicia sin libertad* y por otro lado en ciertos regimenes democráticos apareció la promoción de otra forma de utopía que fue la de pretender la *libertad sin la verdad*.

El relativismo agnóstico que nuestros tiempos se vale del positivismo jurídico negándose los valores naturales.

VII. PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO NATURAL A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

VII.1. Derecho natural

Uno de los caminos utilizados para evidenciar la existencia de un verdadero derecho natural parte de considerar como existen principios generales de reconocimiento universal más allá de las diferencias de credos religiones o ideas políticas o sociales. Ferreira Rubio (“La buena fe” Madrid 1984, p. 33) afirma que la prueba clara de que estos principios generales son derecho natural y están en la consciencia y razón humana está en que aun el más lego puede formular –aun si la menos preparación técnica– la mayoría de estos principios pues los tienen en su propia naturaleza humana inherente a su ser. Dicho de otra forma: si los “principios generales de derecho” tienen algún valor y fundamento, es por la ley natural.

Prat, Montano (Concepto, naturaleza jurídica de los principios generales del derecho y su jerarquía normativa (Anuario de Derecho Administrativo T XI p. 69) destacan como los principios generales del derecho son de orden supranacional y ponen en evidencia la existencia de un orden natural justo que está formado precisamente por principios inmutables universales inscriptos en la misma naturaleza humana y son indispensables al hombre para su plenitud.

Tanto en el ámbito privado como en el publico ciertos principios como por ejemplo el de la buena fe o el de no dañar de vigencia universal consolidan la idea de que existen normas de conductas más allá del derecho positivo y que le dan en definitivo fundamento a este.

VII.2. Los principios generales

En otra ocasión (Ordoqui Castilla, Buena fe Contractual Montevideo 2005, p. 79) los principios generales del derecho son los justificativos de

las normas y ellos responden siempre a lo justo, y sirven para orientar al derecho hacia lo justo. Los principios operan como directivas y justifican el carácter racional de todo el ordenamiento. Tienen justificación propia y no se derivan de otras normas o principios. Se imponen por su propia fuerza persuasiva si estar referidos a hechos concretos. Para quienes entendemos que el derecho es algo más que la ley y está formando también por valores y la consideración de la realidad socio económica los principios no son reglas deducidas axiomáticamente o sistemáticamente o lógicamente de las normas, sino que son reglas preexistentes respecto de las cuales las normas no son más que un resultado.

Los Principios Generales del Derecho en definitiva evocan a los valores esenciales del orden jurídico preexistente a este y orientadores en su aplicación. ALPA ("I principi gennerali", Milano 1993, p. 7) destaca como estos mismos principios están presentes en los diversos órdenes jurídicos del mundo y aparecen en forma homogénea demostrándose así su universalidad. El principio general pone en evidencia la existencia de valores propios de la naturaleza humana.

En nuestro derecho estos principios generales están reconocidos en forma expresa en diversas disposiciones. Tal el caso del art. 16 del Código Civil art. 332 de la constitución de la república. El orden jurídico como un todo se remite a ellos y le asigna una función legitimadora de jerarquía superior.

Llambias De Acevedo (Algunas reflexiones sobre el problema de la justicia y el problema del principio del derecho) en la obra Estudios en homenaje a Couture Montevideo 1957 luego de señalar que el derecho no puede ser elaborado arbitrariamente sino orientado a ciertos fines señala que:

[L]os que niegan el derecho natural no saben lo que hacen" pues el orden jurídico como un todo se basa en el análisis de la esencia de la persona humana y la comunidad de personas y en los valores que en ellas radican. Esta idea del autor queda consagrada en nuestra propia Constitución que reconoce expresamente la naturaliza de estos derechos cuando expresa que "la enumeración de los derechos, deberes y garantías hechas por la Constitución no excluye *otros que son inherentes a la personalidad humana* o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Real (Principios generales del derecho en la constitución uruguayana en Revista de derecho Público y Privado T 40 Montevideo 1958) llega a sostener que gracias al art. 72 de la constitución nuestros juristas no tienen necesidad de vencer el escrúpulo positivista que casi avergüenza a mu-

chos estudiosos cuando tienen que recurrir a valores metajurídicos ius naturalistas para fundar en ellos decisiones no resueltas por las fuentes formales del derecho. En la admirable fórmula del art. 72 se alude a derechos inherentes a la personalidad humana lo que supuso sin lugar a duda la recepción del derecho natural en el orden jurídico nacional. Ingerente supone un derecho propio de la persona por el solo hecho de serlo.

Hemos sostenido (Ordoqui Castilla (Ob. cit p. 14) que la remisión por la norma al derecho natural es tan clara que de alguna forma termina por positivizarlo.

El derecho no es arbitrario: la exigencia de justicia que deriva de la ley natural es anterior a la formulación y emanación del derecho. Como se sostiene en (Dto En busca de una ética universal: nueva mirada sobre la ley natural de la Comisión Teológica Internacional N.º 89) no es el derecho el que decide qué cosa es justa sino el respeto de valores inherentes a su ser que se presentan como principios de conducta debida. El derecho natural marca la conducta debida antes que se conozca la voluntad del legislador. El derecho natural es la norma que marca lo justo naturalmente antes de cada formulación legal.

VIII. EN EL ÁMBITO DE LA BIOÉTICA

VIII.1. Presentación del tema

Se enfrentan peligros: por un lado, priorizar los resultados de la ciencia en miras a los intereses económicos más fuertes y por otro encontrarnos con Estados que pretenden imponer sus propias reglas éticas al margen del respeto de la dignidad de la persona. *La vida es un sujeto de derecho y no un objeto de arbitrio.*

Los descubrimientos científicos en este campo y las posibilidades de una intervención técnica han crecido tanto que parecen imponer la elección entre estos dos tipos de razón: una razón abierta a la trascendencia o una razón encerrada en la inmanencia. Estamos ante un *aut aut* decisivo. Pero la racionalidad del quehacer técnico centrada sólo en sí misma se revela como irracional, porque comporta un rechazo firme del sentido y del valor. Por ello, la cerrazón a la trascendencia tropieza con la dificultad de pensar cómo es posible que de la nada haya surgido el ser y de la casualidad la inteligencia.

Ante estos problemas tan dramáticos, razón y fe se ayudan mutuamente. Sólo juntas salvarán al hombre. *Atraída por el puro quehacer téc-*

nico, la razón sin la fe se ve avocada a perderse en la ilusión de su propia omnipotencia. La fe sin la razón corre el riesgo de alejarse de la vida concreta de las personas.

La bioética necesita como toda disciplina de considerar los aspectos éticos desarrollándose sobre el respeto de la ley natural, no existe comprensión de la dignidad de la persona considerando solo los, aspectos externos presentados en progresos de la ciencia.

VIII.2. Tendencia reduccionista del ser humano

Zeppego Palazani (Ob. cit p. 23) afirman y con razón que en el ámbito de la bioética se advierte la existencia de una corriente de pensamiento “reduccionista” o utilitarista de la persona que inventa la separación del concepto de persona del de ser humano justificando en ciertos casos la desaparición del ser humano antes de la concepción o limitando la dignidad referida exclusivamente al individuo que posee facultades mentales físicas en grado de ser plenamente autosuficiente siendo libre de pensar y de hacer.

Si se afectan estas características la vida no merece ser vivida y de lo que se trata es de regular la denominada “muerte con dignidad”. Se llega a sostener que según su estado hay seres humanos que son personas y otros que no lo son (Singer 1989).

Es un grave error separar el cuerpo de la persona y considerarlo como una parte del todo pues están indisolublemente ligados y lleva a considerar a la persona como objeto y no como sujeto de derechos. La dignidad de la persona no está condicionada a su estado, a sus facultades, a sus acciones... es intrínseca a su ser. El cuerpo no se contrapone al alma ya que están indisolublemente unidos e integrados. La dignidad de la persona es integral a su ser o no se pueden hablar de respeto a su dignidad, y se debe reconocer durante toda su vida desde la concepción hasta su muerte natural.

VIII.3. Bioética personalista (naturalista)

La bioética esta llamada a defender el valor de la dignidad humana y de garantizar el respeto de la persona en su plena integralidad y dignidad. En la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005 se dispuso:

Artículo 3° - Dignidad humana y derechos humanos

1. Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.

IX. DERECHOS HUMANOS Y LA BIOÉTICA: CON UN “OJO TAPADO”

Varias declaraciones se han aprobado referentes al respeto de la dignidad de la persona. A partir del año 1966, especialmente con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y el Protocolo Facultativo (ley 13.751 de derechos civiles y políticos) se reconoce internacionalmente que derechos esenciales como el de la vida o la integridad física derivan de la dignidad inherente a la persona humana. Mas recientemente la Convención de Oviedo de 1997 o la Declaración Universal sobre la bioética y derechos humanos del 2005.

Toda persona que lee, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 48 advierte que esos derechos que se le reconocen son principios básicos y de sentido común en una persona razonable. Estos derechos, como lo destaca Janne Haaland (“Derechos humanos depredados”, Madrid 2008, p. 250) reflejan la naturaleza humana que se pueden conocer mediante el sentido común y la razón. Pero si se niega este concepto de naturaleza humana, no hay bases para estos derechos humanos que se convierten en meros asuntos ideológicos o políticos.

Es fácil advertir lo que está bien y lo que está mal, pero es más arduo y penoso hacer lo que está bien. Es fácil advertir que no es posible terminar una vida humana en cualquier estado en que se centre, pero es arduo y penoso asumirlo cuando se enfrentan situaciones en las que se carecen de valores para asumir situaciones complejas como enfrentar dificultades económicas, enfermedades etc.

Transcurriendo ya el siglo XXI vemos que países que adhieren a todas las declaraciones convenios tratados de derechos humanos “cierra un ojo” para no ver nada menos que la lesión más flagrante que existe de derechos humanos que es permitir la destrucción sin más de vidas inocentes buscando justificaciones para el aborto que en algunos casos se ha llegado al absurdo de considerarlo como “derecho”.

Como bien ha señalado Julián María (“Sobre el cristianismo”, Barcelona 1997, p. 108) la aceptación social del aborto es sin excepción la más grave que ha acontecido en el siglo (XX y XXI). Con toda tranquilidad se llegan a aprobar leyes que justifican la trasgresión del derecho más elemental que es el de la vida del concebido no nacido y, por tanto, de la persona en estado de mayor indefensión. Como si esto fuera poco admi-

timos la congelación de embriones con plena conciencia de que en definitiva lo que se busca es una justificación para su destrucción progresiva.

No parece lógico ni coherente que los países que han firmado toda clase de convenios, tratados, o declaraciones internacionales referente a la protección del derecho a la vida por otro lado “cierren un ojo” y admitan legalizar con toda tranquilidad el homicidio más cruel de la humanidad consistente en destruir a los seres más indefensos y débiles buscando causas de justificación del aborto reivindicado como derecho de la mujer.

Esta crisis en el respeto de los derechos esenciales se convirtió en una crisis moral y antropológica que debemos conocer y enfrentar pues de ello depende la dignidad real de la persona. en su verdadera dimensión más allá nuestros gustos o preferencia circunstanciales.

DIGNIDAD Y MUERTE PERINATAL

POR LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ (*)

I. RAZÓN Y OBJETO DE ESTE ENSAYO

I.1. La razón: Guillermo A. Borda

La obra en la que se inserta este ensayo es en homenaje a Guillermo A. Borda al cumplirse veinte años desde su fallecimiento.

El tiempo transcurrido evoca la letra del tango “Volver” en la que se puede escuchar “veinte años no es nada”. Sin embargo, aquí si lo es.

Durante estas dos décadas se sancionaron muchas leyes complementarias del Código Civil de Vélez Sarsfield, se lo derogó, también al Código de Comercio, y desde hace siete años está vigente el Código Civil y Comercial de la Nación.

Y sin embargo Guillermo A. Borda sigue tan vigente que me siento tentado a evocar otra obra artística. La de Alejandro Dumas padre.

Me refiero a “Veinte años después” en la que los protagonistas vuelven a reunirse y renuevan sus aventuras.

Si es cierto que el hombre es uno y sus circunstancias, puedo decir que de Guillermo A. Borda conocí sus circunstancias, y continué haciéndolo.

Siguiendo el mandato de los Evangelios “por sus frutos los conoceréis”⁽¹⁾, sigo conociendo sus obras. Al principio, en los estudios de grado,

(*) Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Lucas 6:43-44, Mateo 7:15-20

con el entusiasmo que despertaba la ley 17.711 cuyas instituciones contribuyó a crear y cuya instauración le pertenece.

Son un lugar común en la bibliografía jurídica argentina, las referencias a las 13 ediciones de su completo Tratado de Derecho Civil. Pero siempre hay algo nuevo y esclarecedor, una guía, una afirmación, cúlmine o sugerente, que invita a continuar el hilo argumental. Como el pequeño gran texto, que citaré más adelante.

¿Cuánto suyo hay en el Código Civil y Comercial de la Nación?
¿Cuántas de sus enseñanzas fueron asumidas por los autores de esta obra legislativa?

Y las otras obras las conozco y frecuento desde hace años. Sus hijos participan de los rasgos de su personalidad. Su bonhomía destaca entre sus amigos y, sin duda, refleja las luces y demás atributos de Guillermo Borda, que así sigue presente, respetado y querido.

Veinte años después.

¿Qué más se puede pedir?

¿No es acaso lo que todos querríamos?

1.2. El objeto de este ensayo

El objeto de este ensayo consiste en establecer si cabe reconocer dignidad al mortinato, sin distinguir si el fallecimiento fue espontáneo, u ocasionado por interrupción voluntaria del embarazo. Ambos fueron *nasciturus*.

Y —en caso afirmativo— si el destino de descarte de sus restos como residuos patogénicos, si tiene menos que 20 semanas de gestación o peso inferior a los 500 gr., lesiona dicha dignidad.

Me refiero al Estado nacional argentino, a los estados provinciales y municipios de nuestro país, y a los estados extranjeros.

Por sus acciones y por sus omisiones ⁽²⁾.

(2) Leiva Fernández, Luis F.P. “Diversos supuestos de responsabilidad del Estado por actos legislativos”. En “La Responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI”, Libro en Homenaje al Dr. Carlos Fernández Sessarego. (Coord. Yuri Vega Mere y Domingo García Belaunde) Lima. Ed. Idemsa 2010, T. II p. 315; y Leiva Fernández, Luis F.P. Cuestiones que suscita la responsabilidad del Estado por actos legislativos”. En Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata 2007 Vol. 4 N.º 37 p. 49.

II. EL CONCEPTO DE “DIGNIDAD”

II.1. ¿Qué significa la voz “dignidad”?

Exponer sobre la dignidad humana importa un gran desafío. Es un tema tan amplio como escribir sobre el arte en el Museo del Louvre. Un tema que además es complejo porque puede abordarse válidamente desde la filosofía, la sociología, la psicología, la religión y —por supuesto— el derecho.

Para su tratamiento en un breve ensayo como es este, debe limitarse a términos circunscriptos.

Por ello, aunque no me sea posible exponer sobre el arte en el Museo del Louvre, siempre puedo exponer sobre la sonrisa de la Gioconda (que no es poco).

Como primer paso, parece conveniente aclarar qué se entiende en nuestro idioma bajo la voz “dignidad”.

El DRAE bajo dicha voz contiene 8 asientos ⁽³⁾ de los cuales, el que seguiré en este ensayo es el primero, pero también haré referencia a alguno de los restantes. Al seguir el primer asiento que remite a la palabra “digno/na” hay también seis asientos que transcribo: 1. Merecedor de algo. 2. Correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo. 3. Que tiene dignidad o se comporta con ella. 4. Propio de la persona digna. 5. Dicho de una cosa: que puede aceptarse o usarse sin desdoro. Salario digno. Vivienda digna. 6. De calidad aceptable. Una novela muy digna

La dificultad del concepto en nuestro idioma consiste en que es algo predicable de personas y —según el DRAE— también de cosas (V. DRAE acepciones 5ta, y 6ta) por lo que establecer su verdadera entidad no se logra alcanzar a través del idioma. No surge de allí el concepto al que me referiré en estas líneas.

(3) DRAE, “dignidad”: 1) Cualidad de digno. 2) Excelencia, realce. 3) Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse. 4) Cargo o empleo honorífico y de autoridad. 5) En las catedrales y colegiatas, prebenda que corresponde a un oficio honorífico y preeminente como el deanato y el arcidiacono. 6) Persona que posee una dignidad (prebenda). 7) Prebenda del arzobispo u obispo (las rentas de la dignidad). 8) En las órdenes militares de caballería, cargo de maestre, trece, comendador mayor, clavero.

Volviendo a la voz “dignidad” respecto a la utilización referible a personas concurre como 4ª acepción “cargo o empleo honorífico y de autoridad.” Es decir la calidad de dignatario. Puedo afirmar como Saux ⁽⁴⁾ que “desde lo formal hay un tránsito hacia lo esencial”. A este respecto no deja de resultar curioso que en nuestra civilización se haya desarrollado antes en el derecho positivo constitucional y privado esta acepción que la que me ocupará en los párrafos siguientes.

A mera guisa de ejemplo Escriche ⁽⁵⁾, no contiene, en su diccionario, las voces “digno”, “dignidad”, ni “dignatario”; aunque si desarrolla el concepto de indignidad en el derecho testamentario.

Más útil es la búsqueda bajo la voz “honra” (1ra. acepción estima y respeto de la dignidad propia). ⁽⁶⁾

Más cerca de su sustancia el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico toma cuatro acepciones del derecho constitucional: 1. Cualidad propia de la condición humana de la que emanan los derechos fundamentales, junto al libre desarrollo de la personalidad, que precisamente por ese fundamento son inviolables e inalienables. 2. Valor del hombre y fin supremo de todo el derecho y acción del Estado ⁽⁷⁾.

II.2. El concepto de dignidad en el derecho

Sin pretender obtener una definición a través del significado de las palabras en idioma español, propongo que en estas líneas se entienda por dignidad al merecimiento que corresponde a toda persona humana por el mero hecho de serlo.

(4) Saux, Edgardo Ignacio. Tratado de Derecho Civil Parte General. Ed. Rubinzal Culzoni, Bs As. 2018 t. II p.141.

(5) Escriche Joaquín. “Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia”, Librería de Garnier hermanos, París 1896. Cabe destacar que, en lengua española, junto con la obra de Joseph Febrero, la de Escriche debe ser la más difundida en el siglo XIX. La primera edición data de 1831 y la última en Bogotá. Se editó en Madrid, París, México, Caracas, Valparaíso, Santiago y Bogotá.

(6) La amplitud de significados se advierte claramente en la consulta de la obra de Casares, Julio “Diccionario Ideológico de la Lengua Española” ed. Gustavo Gili, Barcelona 1942, por las múltiples asientos para “digno” y “dignidad” en ambas partes, la analógica y la parte alfabética, de su interesante obra.

(7) Las dos acepciones restantes son: 2) Valor del hombre y fin supremo de todo el derecho y acción del Estado. 3) Límite mínimo e indispensable a la regulación de los derechos fundamentales que debe ser protegido. 3) Fundamento de los derechos fundamentales del orden político y de la paz social.

Es también la conclusión de Alfonso Santiago que me precede, y expresa tratarse de una categoría cultural que se referida a una realidad natural, la persona humana... por el mero hecho de ser persona humana... por eso la persona humana es y debe ser tratada siempre como sujeto nunca como objeto, es alguien no algo. ⁽⁸⁾

Adviértase que en su análisis ya queda superada toda referencia a las cosas a las que conecta el DRAE en el 5to y 6to asiento de la voz “dignidad”.

Y añade substancia al concepto al expresar:

La dignidad humana no es un dogma de fe ni un postulado ideológico. es una realidad que se descubre no bien se reconocen las enormes diferencias que distinguen a los seres humanos de las otras realidades existentes en el mundo p. 55... las características corporales y la estructura de su sistema nervioso central, su inteligencia, su interioridad, su libertad, su afectividad, su religiosidad, su capacidad de conocer y modificar creativamente la realidad, su capacidad artística creadora e innovadora, la genialidad de sus obras como el dinamismo y progreso histórico que ha sido capaz de desplegar a lo largo de la historia, son manifestaciones fácilmente perceptibles de la excelencia y dignidad de la persona humana ⁽⁹⁾.

También refiere a Antígona, dónde se afirmaba que “no hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre que todo hombre que cualquier hombre” ⁽¹⁰⁾.

Declaraciones sobre la dignidad humana se encuentran en el derecho internacional, en el constitucional, en el civil y —por supuesto— en la religión v. gr. en mismo Capítulo I de la Constitución Pastoral *Gaudium Et Spes*. Sobre la iglesia en el mundo actual, de SS. Paulo VI (7/12/1965) al expresar: “Creyentes y no creyentes están generalmente de acuerdo en este punto: todos los bienes de la tierra deben ordenarse en función del hombre, centro y cima de todos ellos”. Concepto este mantenido y ratificado pedagógicamente por SS el Papa Francisco al afirmar que “la dignidad humana es inalienable, porque ha sido creada a imagen de Dios”, fundamento de toda la vida social y determina los principios operativos” ⁽¹¹⁾.

(8) Santiago, Alfonso “La dignidad de la persona humana” Ed Abaco Bs As. 2022 p. 54 y 55

(9) Santiago, Alfonso ob. cit. p. 55

(10) SANTIAGO, Alfonso ob. cit. p. 56

(11) <https://www.vaticannews.va/es/papa/news/2020-08/catequesis-papa-francisco-audiencia-general-12-agosto-2020.html#:~:text=Citando%20la%20>

II.3. Dignidad e indignidad

Desafortunadamente para la comprensión del tema, en derecho civil la pérdida de vocación sucesoria es conocida como “indignidad” ⁽¹²⁾.

La indignidad civil que justifica la pérdida de derechos y en particular de vocación sucesoria (arts. 2281 y ss. del Cód. Civ. y Com.) no implica la pérdida de dignidad como ser humano. Porque la dignidad humana es inalienable. Por ello parece preferible sustituir la palabra “indignidad” aunque esté sumamente arraigado en la legislación y la doctrina, por la voz deslegitimación.

II.4. De quienes se predica que tienen dignidad

No hay dignidad sin vida. La vida prevalece sobre la dignidad de suerte que quitarse la vida o colaborar en perderla no es un acto de dignidad.

Asumiendo a la dignidad como el respeto debido a la mera condición humana, como atributo perteneciente al estrato superior de lo creado; no cabe referirse a la dignidad del resto de los seres vivos, animales, plantas, ni a creaciones del hombre que imitan alguna de sus facultades, como la IA ⁽¹³⁾.

La autonomía y la inteligencia no son caracteres esenciales de la condición humana, y –por ende– no caracterizan a la entidad que merece dignidad. ⁽¹⁴⁾

Constituci%C3%B3n%20Pastoral%20Gaudium,y%20determina%20los%20principios%20operativos.

(12) V. Soligo Schuler, Nicolás A. “Etimologías de derecho civil” Ed Ad Hoc. Buenos Aires 2004 voz indignidad página 144.” del latín *indignitas* formado por el prefijo de negación y privación in y dignitas (dignidad, mérito, valor personal) derivado de dignus (digno merecedor) El sufijo dad expresa en términos abstractos la idea del radical ...la indignidad para suceder es un juicio de reprobación que efectúa la ley al sucesor por causa de actos que han agraviado el causante quitándole el mérito o la dignidad de suceder a éste”

(13) El robot Sophia fue reconocido como ciudadano en Arabia Saudita mientras mantuvo una entrevista con el público revelando rasgos de humor y resaltando cualidades derivadas del ser humano “Leiva Fernández, Lucas P. La personalidad circunscripta: humanos, animales y robots. JA 11/04/2018, 10 , JA 2018-II, 1107. V. también <https://www.infobae.com/america/tecno/2017/10/27/sophia-el-primer-robot-en-obtener-una-ciudadania/>.

(14) Son muchos los supuestos imaginables en que un software puede otorgar autonomía a una máquina desde el coche autónomo en adelante, pero las consecuencias de sus actos siempre recaerán en el sujeto de derecho persona humana y persona jurídica. Las cosas no merecen dignidad. V. Atienza, Manuel “Sobre la dignidad humana” Ed Trotta. Madrid 2022, ps. 150 y 151

Y si se protegen las características naturales de una condición animal, no es por respeto a tal condición inferior, sino para evitar el envilecimiento de la superior condición humana. ⁽¹⁵⁾

Los animales igual que los seres vivos en general son objeto de consideración moral, pero de ello no se sigue que tengan derechos, sino que los seres humanos tenemos deberes hacia ellos como el deber de no maltratarlos cuidarlos etc ⁽¹⁶⁾.

Últimamente se asigna diversa condición jurídica entre los animales —seres vivos dotados de sensibilidad y objeto de protección jurídica— a los animales de compañía en el Código Francés, Suizo de Cataluña y Portugués⁽¹⁷⁾, y más recientemente en la ley española 17/2021 del 15 de diciembre de ese año que modificó el art. 333 ⁽¹⁸⁾, y 1864 ⁽¹⁹⁾ del Código Civil, y añadió un art. 333 *bis* ⁽²⁰⁾ a la par que modificó la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales ⁽²¹⁾.

(15) V. Tobías, José W. Tratado de derecho civil. Parte general. Ed La Ley Bs As. 2018 t. I p. 340. Esa es la razón por la que se prohíben y sancionan conductas como las riñas de gallos, o de perros, las corridas de toros, se regula la matanza de animales faenados. También se evita alterar el ecosistema estableciendo temporadas de caza o limitaciones a la pesca.

(16) Atienza Manuel ob.cit p.142

(17) Conf. Tobías, José W. Tratado... ob. cit. t. I p. 341

(18) Artículo 333. Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. También pueden ser objeto de apropiación los animales, con las limitaciones que se establezcan en las leyes.

(19) Artículo 1864. Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión.

En ningún caso podrán ser objeto de prenda los animales de compañía. apropiación los animales, con las limitaciones que se establezcan en las leyes

(20) Artículo 333 *bis*: 1) Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección. 2) El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes. 3) Los gastos destinados a la curación y al cuidado de un animal herido o abandonado son recuperables por quien los haya pagado mediante el ejercicio de acción de repetición contra el propietario del animal o, en su caso, contra la persona a la que se le hubiera atribuido su cuidado en la medida en que hayan sido proporcionados y aun cuando hayan sido superiores al valor económico de éste. 4) En el caso de que la lesión a un animal de compañía haya provocado su muerte o un menoscabo grave de su salud física o psíquica, tanto su propietario como quienes convivan con el animal tienen derecho a que la indemnización comprenda la reparación del daño moral causado.

(21) V al respecto Leiva Fernández, Luis F.P. Enfoque actual de la facultad de retención. Rev de Derecho Privado. Madrid 2022 N.º 3, p. 65 y ss. Las normas en BOE-

Nada de esto convierte a animal alguno en sujeto de derecho; tampoco a la orangutana Sandra, o a la chimpancé Cecilia, o el mono Naruto⁽²²⁾. Y sin ser sujeto de derecho no hay dignidad; aunque haya sujetos de derecho que sean personas jurídicas que tampoco tienen dignidad⁽²³⁾. La dignidad solo es atribuible a la persona humana.

De la misma manera la dignidad no decrece ni se pierde por mermar o desaparecer alguna de los atributos humanos, como la inteligencia, la movilidad, o la autonomía.

Se es ser humano, aunque nunca se haya logrado la comprensión de las cosas, o se haya perdido.

Se es ser humano, aunque no se haya logrado, o se hayan perdido las funciones del sistema nervioso autónomo o vegetativo.

Se es ser humano aun cuando todo se reciba a través de la placenta en el seno materno.

Y porque se es ser humano, se tiene dignidad. Se le reconoce y se la protege.

A-2021-20727; BOE» núm. 300, de 16 de diciembre de 2021,

(22) Leiva Fernández, Lucas P. ob. cit. 1107

(23) El tema se vincula tangencialmente con la posibilidad que puede existir daño moral en las personas jurídicas. Bien que tratándose de estas se está en presencia de un elemento que no es la honra o autoestima, aunque pueda lesionarse un prestigio o reputación. En definitiva, todo depende del concepto que se asuma de daño moral. V. Tobias, José W. ob.cit t. I p. 341; Saux, Edgardo I (Dir) Tratado jurisprudencial y doctrinario. Responsabilidad Civil. Daño moral. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, ps. 465, Saux, Edgardo. “La responsabilidad civil de las personas jurídicas privadas según el código civil y comercial”, LA LEY 02/10/2017, 1 ; LA LEY 2017-E, 1021; Molina Sandoval, Carlos A. “Daño resarcible” RCyS 2019-V, 22, Trigo Represas, Félix A. y Molina Sandoval, Carlos A. Daño Moral a las personas jurídicas LA LEY 21/05/2012, 8 , LA LEY 2012-C, 895 .

Y aunque no pueda sostenerse que el tema está decidido -V. la distintas posturas durante las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil Univ. Nac de La Plata 2017 cit. por Roitman, Horacio, Aguirre, Hugo, Chiavassa, Eduardo y Sánchez, María Victoria. “Las personas jurídicas privadas en el código civil y comercial argentino, RCCyC 2018 (mayo), 3 - lo cierto es que “el silencio de nuestro ordenamiento civil y comercial actual pareciera entonces continuar la línea negatoria”, Botteri (h.), José D. - Coste, Diego “El daño moral de las personas jurídicas y el Código Civil y Comercial.” RCCyC 2017 (febrero), 203 - RCyS2017-VI, 52 - LA LEY 28/07/2017, 1 - LA LEY2017-D, 980 - DFyP 2017 (septiembre), 207“

No cambia la conclusión porque en alguna oportunidad la Corte Suprema haya hecho referencia a la dignidad del cuerpo de abogados, que –bromas aparte– sin duda son seres humanos ⁽²⁴⁾.

Sobre la dignidad tras el fallecimiento ya he tomado posición al analizar en ensayos precedentes el concepto de personalidad pretérita ⁽²⁵⁾.

II.5. Quienes pueden lesionar la dignidad

En esta tarea introductoria al tema que desarrollaré, ya me referí brevemente al concepto de dignidad y de quién cabe afirmarlo.

Sigue preguntarse quién es el sujeto ante el cual debe sostenerse la dignidad humana; o –lo que es lo mismo– frente a quién debe protegerse la existencia de tal dignidad.

El análisis lógico se limita a pocos supuestos. A un tercero, y –por qué no– al propio sujeto que se dignifica. Y al Estado, sea por acción u omisión Legislativa.

II.6. La dignidad autolesionada

Al primer caso se refieren –sin duda– los arts. 51 a 61 del Cap. Derechos y actos personalísimos” del Código Civil y Comercial de la Nación.

En el art. 56 del Código Civil y Comercial de la Nación “queda comprendida la situación en la que se contrata a otro para dañarse, infligirse castigos corporales, o dañar a otro, supuestos no prohibidos por el artículo referido, mientras no produzcan un daño permanente y dentro de la reserva de derechos constitucionales previstos por el art. 19 de la Constitución Nacional. También puede considerarse incluido cualquier contrato cuyo contenido vulnere la ley antidiscriminatoria y cuente con la conformidad del sujeto discriminado; y en la misma línea argumental los contratos conocidos como “de mano de obra esclava”, aunque cuenten con la conformidad expresa de la víctima. ⁽²⁶⁾

(24) Fallos: 305:385 Howard, Arturo. 1983

(25) Leiva Fernández, Luis F.P. La personalidad pretérita. (No es lo mismo estar muerto que no haber vivido)” en “Estudios de Derechos personalísimos. Libro en homenaje a Santos Cifuentes” Instituto de Derecho Civil. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Bs As. La Ley. Thomson Reuters 2018; Leiva Fernández, Luis F.P. “La personalidad pretérita. (No es lo mismo estar muerto que no haber vivido)” en LA LEY 22/10/2018, 8 , LA LEY 2018-E, 1114. también puede verse Tobías, José W. Tratado ob.cit. II p. 343 y 344

(26) Leiva Fernández, Luis F.P. “Tratado de los Contratos” Ed. La Ley (Thomson Reuters Latam), Bs As. 2017, T. I N.º 275 p. 351 y 352

De la misma manera queda comprendido “cualquier contrato referido al lanzamiento de enanos, sea el contrato celebrado con el enano para percibir sus emolumentos por ser lanzado, sea las apuestas sobre quien lo lanza más lejos. Esta actividad está prohibida v.gr. en los Estados de Florida y de Nueva York en Estados Unidos; en Francia solo en el pueblo Morsang-sur-Orge ⁽²⁷⁾ y en Canadá, en la Provincia de Ontario ⁽²⁸⁾.

La indignidad puede provenir de actos del propio afectado o ser aceptada por éste.

La pregunta que cabe efectuar es si la mención a la lesión causada por un mero individuo, alcanza al sujeto protegido.

¿Puede el sujeto protegido lesionar su propia dignidad? Y en tal caso, como se interroga De Lorenzo ¿corresponde proteger al hombre contra sí mismo? ¿Es la dignidad un valor objetivo o subjetivo?

Por supuesto hay varias respuestas posibles.

Al respecto se ha sostenido que en cuanto a derechos fundamentales de la persona humana son indisponibles ⁽²⁹⁾.

De Lorenzo proporciona el enfoque utilizado en el caso de “Manuel Wackenheim” relativo a un contrato de espectáculo de lanzamiento de persona con enanismo. Wackenheim, que sufría de enanismo y se ganaba la vida ofreciendo un show en discotecas en el cual era lanzado, debidamente protegido con un traje especial, por asistentes del lugar, denunció, luego de quedar desempleado, que la prohibición del show afectaba su dignidad, su privacidad y su derecho al trabajo, acusando a Francia de haberlo discriminado en relación a otras ocupaciones semejantes. El Comité rechaza la demanda de discriminación por entender que:

[...] la diferencia entre las personas alcanzadas por la prohibición, principalmente enanos, y aquellos a los que no se les aplica, básicamente personas que no sufren de enanismo, está basada sobre una razón objetiva que no es discriminatoria en sus propósitos. El Comité considera que el Estado parte ha demostrado, en el presente caso, que la prohibición del lanzamiento de enanos tal como era practicada por el actor, no constituía una medida abusiva, sino que era necesaria a fin de

(27) El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró a la prohibición como no violatoria del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre discriminación.

(28) Leiva Fernández, Luis F.P. “Tratado... ob. cit., T. I N.º 275 p. 352

(29) V. Desimoni, Luis María. “El derecho a la dignidad humana.” Ed Ábaco. Buenos Aires, 2015 ps 1045 y 105

proteger el orden público, lo que pone en juego consideraciones sobre la dignidad humana que son compatibles con los objetivos de la Convención. El Comité, por tanto, concluye que la diferenciación entre el actor y las otras personas a las que no se les aplica la prohibición, estuvo objetiva y razonablemente fundada ⁽³⁰⁾.

En cambio —siguiendo el mismo autor— el contrato sobre la exhibición pornográfica de una mujer encerrada en una cabina, observada por espectadores a través de ventanas que se abren a medida que ingresan sus fichas” resultado descalificada por considerarse que el sujeto vulnerado es no ya “acreedor” sino “deudor” del deber de respeto de su propia dignidad con relación a la totalidad del género humano” ⁽³¹⁾.

Respecto al accionar del propio sujeto del derecho que resulta damnificado no puedo dejar de referir a la eutanasia. ⁽³²⁾ Sea por acción u omisión por cese de suministros, sea voluntaria —solicitada o consentida por el paciente— o involuntaria. Lo cierto es que la eutanasia por acción configura delito penal aunque sea solicitada por la víctima ⁽³³⁾.

En cambio, la eutanasia por omisión a la que se llega a través de la voluntad del paciente queda comprendida en la ley 26.742 llamada de muerte digna ⁽³⁴⁾.

(30) De Lorenzo, Miguel Federico “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”. LA LEY 19/10/2011, 1 - LA LEY 2011-E, 1258 El texto completo del fallo puede consultarse en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/854-1999.html>

(31) De Lorenzo, Miguel Federico ob.cit. Este ensayo, meduloso y muy bien fundado, también propone analizar el boxeo desde la misma óptica. También refieren el caso Wackenheim, Wierzba, Sandra M. “Personas en estado vegetativo persistente y procreación asistida: complejidades de recrear la voluntad de otro” RDF 2018-IV, 21

(32) V. al respecto Massini Correas, Carlos I, Zambrano Pilar “Vida humana, autonomía y el final de la existencia: existe un derecho a disponer de la propia vida?” en Borda, Guillermo A. “La persona humana” (Dir) Ed. La Ley Bs As. 2001, p. 105 y ss

(33) Rivera, Julio C. Crovi, Luis Daniel Derecho Civil, Parte General, 2da. Ed Abeledo Perrot Bs As. 2019 t. I p. 387

(34) Saux, Edgardo Ignacio. Tratado ...ob.cit t. II p.107 y 198, Rivera, Julio C. Crovi, Luis Daniel Derecho Civil. ob. cit t. I p. 387. Muy recientemente, en julio de 2023, Pulsar.UBA que es un observatorio de la Universidad de Buenos Aires (F. de Cs Económicas y F.Cs Sociales) elaboró una encuesta sobre una muestra nacional de 1000 casos; y a este respecto se consultó si están de acuerdo en que las personas puedan tomar decisiones sobre su propia muerte en situaciones médicas extremas, resultando que el 72% está a favor, del cual 46% está muy a favor y 26% bastante a favor. <https://pulsar.uba.ar/en-que-creemos-los-argentinos-segundo-informe/>

II.7. El Estado como deudor y garante de la dignidad humana

Sobre el segundo sujeto agente, el Estado, se ocupa el artículo 1.0 de la Constitución de la República Federal de Alemania que dispone: 1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce en consecuencia los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana de la paz y de la justicia del mundo. 3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo al Poder Ejecutivo y a los Tribunales a título de derecho directamente aplicable.

Werner Maihofer aclara el texto en el sentido que la dignidad humana no sólo puede ser vulnerada por la acción del Estado sino también por lesiones provocadas por la sociedad o un mero individuo. Ante todo, ello el Estado alemán se compromete a mantener incólume a la dignidad humana ⁽³⁵⁾.

El objeto central de este ensayo es un caso con intervención (por omisión) de distintos Estados nacionales, provinciales y municipales, con honrosas excepciones en todas las categorías.

III. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA POR NACER

III.1. Inicio de la persona humana

Tanto el derogado Código histórico en su artículo 70 ⁽³⁶⁾ como el vigente artículo 19 del Cód. Civ. y Com. ⁽³⁷⁾ establecen con claridad que el *nasciturus* es persona desde la concepción, variando el segundo sobre el anterior en la eliminación de la frase “en el seno materno”.

Pero, jurídicamente tampoco podría ser de otra manera.

(35) Maihofer, Werner . “Estado de derecho y dignidad humana”. Ed B deF. Bs As. 2020 (Trad. de José L. Guzmán Dalbora) p. 29

(36) 70. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

(37) Art. 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

La Constitución Nacional contiene dos previsiones vinculadas a este tema. Los incisos 22 y 23 del art. 75 referido a las atribuciones del Congreso.

Por el primero de ellos se otorga jerarquía normativa superior a la de las leyes del Congreso, a los Tratados Internacionales, a la par que se otorga rango constitucional a determinados tratados que se consideran complementarios de las Declaraciones Derechos y Garantías de la Constitución Nacional, los que sólo pueden denunciarse por el Poder Ejecutivo Nacional previa aprobación del Congreso por mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Entre los Tratados con jerarquía Constitucional se encuentran: la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054) y la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/89, y aprobada con reservas por la República Argentina mediante la ley 23.849.

Por su parte, el inciso 23 del referido artículo 75 faculta al Congreso a “dictar un régimen de seguridad social especial e integral de protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

Como ya ha sido señalado mientras la protección al niño es “desde” el embarazo, la que se proporciona a la madre es “durante” el embarazo. De esto se sigue que al ser “desde” el embarazo, no cabe sino concluir que cada instante de ese período goza de la protección constitucional. Desde el primero al último.

Pero el nuevo esquema constitucional no concluye allí pues, además del inciso 23 del art. 75, se han incorporado el Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054) y la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada con reservas mediante la ley 23.849.

El artículo 4° inciso 1ro. del Pacto de San José de Costa Rica, dispone que el derecho a la vida “...estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

Por su parte, la Convención ratificada por la ley 23.849 expresa en su artículo 1°: “Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

A este respecto, el artículo 2º de la ley ratificatoria, efectúa reservas y declaraciones. Entre estas últimas: “Con relación al art. 1º de la convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.⁽³⁸⁾

El mismo concepto se repite en las constituciones de once provincias argentinas, las de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Formosa, Salta, San Luis, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán⁽³⁹⁾.

En conclusión, la dignidad se predica no sólo del ser humano nacido sino también del embrión desde el mismo momento de la concepción, y no admite graduación⁽⁴⁰⁾.

III.2. Alcance de la condición resolutoria de no nacer con vida

Tampoco el artículo 21 del Cód. Civ. y Com. se apartó de las previsiones del art. 74 del código histórico, sino que las reitera.⁽⁴¹⁾ “...antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieron con vida”, expresaba el derogado art 70 del Código Histórico.

Mientras que el vigente art 21 del Cód. Civ. y Com. dispone “[s]i no nace con vida, se considera que la persona nunca existió”

Aunque se advierte el efecto análogo al de una condición resolutoria, que en el Código derogado tenía efecto retroactivo, pero por regla no en el vigente (art. 346), parece válida la objeción de Busso a la postura de Salvat “...criticando con acierto esta terminología se ha observado que

(38) Leiva Fernández, Luis F.P. “El anteproyecto de ley española sobre interrupción voluntaria del embarazo (un tobogán normativo)” en ED 161-975; Leiva Fernández, Luis F.P. Ensayos de derecho civil y técnica legislativa, Ed La Ley Bs As. 2002 p.53 y ss.V. También Leiva Fernández, Luis F.P. “El aborto igualitario” doctrina en LA LEY 2010-F, 1281. Con cita de Barra, Rodolfo Carlos “ La nueva Constitución” en La Nación, ejemplar del día 1 de septiembre de 1994, 1ª Secc. p. 9, columnas 1 a 4)

(39) V. Tobías, José W. Tratado ...ob.cit t. I p. 361

(40) Atienza, Manuel. Ob.cit p.19

(41) Tobías, José W. Tratado ob.cit. t. I p. 387

las condiciones son modalidades que consideran en los actos jurídicos, pero no pueden afectar la existencia del sujeto mismo que supuesto básico de la relación jurídica” (42).

Santos Cifuentes en su ensayo “El nasciturus” propone:

[...] que se exprese: eres persona porque tienes vida y te doy derechos; los ejercicios por representación y te protejo a ti y a tus derechos física y jurídicamente por medio del poder judicial pero, si naces muerto, es como si nunca hubieras adquirido tales bienes y derechos patrimoniales sin dejar, por ello, de haber sido persona. Porque protegí tu vida, la consideré personalmente tuya sin confundirla con la de tu madre. Individualmente tuya. Eres hasta que dejes de ser (43).

No es la personalidad lo que se extingue sino los derechos patrimoniales que puede haber adquirido el *nasciturus*, a esos derechos también se refiere Borda (44).

Más aun, no solo no es la personalidad lo que se extingue retroactivamente, sino los derechos patrimoniales que pueda haber adquirido, sino —como bien demuestra Tobías— incluso algunos no se extinguen retroactivamente. Expresa “puede aceptarse, incluso, la no resolución de ciertos derechos patrimoniales, como los daños de esa naturaleza resultantes de una lesión a la integridad física de concebido...” (45), ni procede la restitución de lo percibido en concepto de alimentos para el *nasciturus*.

Por su parte las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por la Universidad Nacional de Rosario y la Universidad Católica Argentina con sede en Rosario concluyeron en su comisión N°. 1 “Comienzo de la existencia de la persona humana” presidida por los doctores Rivera y Lorenzetti, como conclusión VII.- Artículo 74 del

(42) Busso, Eduardo. “Código civil anotado. Mediara Buenos Aires 1944 t. I nota 22 al artículo 70, en p.460 y particularmente nota 3 al artículo 74 en p.464, con cita de Orgaz ;también cit. por Tobías, José W. en Alterini, Jorge H. (Dir Gral.), Alterini, Ignacio E (Coord.) “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético” 3ª Ed. La Ley, Buenos Aires 2019 t. I p. 217 com. al artículo 21

(43) Cifuentes, Santos “El nasciturus”, en ED 15-956, en p. 961

(44) Borda Guillermo A.- “Tratado de derecho civil . Parte general. 13ª ed. actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, Buenos Aires 2008 t. I N.º 228 p. 247

(45) Tobías, José W. en Alterini, Jorge H. “Código Civil y Comercial... ob.cit t.I p.218 com. al artículo 21

Código Civil Agregado del Dr. Saux: la condición resolutoria legal consagrada por el artículo 74 del Código Civil para el caso de nacimiento sin vida de la persona natural debe interpretarse limitada sólo a la capacidad de derecho en su faz patrimonial que ella adquiriera durante su etapa de gestación, excluyéndose todo lo vinculado a los derechos extrapatrimoniales ⁽⁴⁶⁾.

III.3. Sobre la terminología

Es mortinato la persona fallecida con muerte gestacional que resulte diferenciable del tejido materno en general, antes de su expulsión o extracción completa del cuerpo de la gestante, cualquiera sea la edad gestacional o el peso alcanzado.

Se denomina muerte prenatal a la que se produce en algún momento desde la concepción hasta la expulsión o extracción completa del cuerpo materno.

La muerte neonatal comprende al nacido con vida, pero fallecido dentro de los 28 días posteriores al nacimiento.

La suma de ambos periodos –prenatal y neonatal– refieren a un periodo más amplio llamado perinatal.

Para la OMS el período perinatal abarca desde la semana 22 de gestación (154 días) hasta 28 días de vida neonatal.

Bajo ninguna de ambas acepciones durante el periodo neonatal, conforme al Cód. Civ. y Com., debería existir obstáculo alguno para identificar, nominar y sepultar, a neonatos, ya que nacieron con vida.

Pero no es así.

A este respecto no se distingue si el fallecimiento es espontáneo, u ocasionado por interrupción voluntaria del embarazo.

Cabe destacar que en el orden nacional la ley 27.610 prescribe que la interrupción voluntaria del embarazo puede realizarse hasta la semana

(46) Suscripta por los Prof. Peyrano, Barbieri, Herrera, Arias de Ronchietto, González del Cerro, Sambrizzi, Vives, Rodil, Mendez Sierra, Cossari, Lafferriere, Cartaso, Leal, Cobas, San Martín, Azvalinsky, Medina, Peyrano, Fernández de Vi-gay, Arribehere, Molina Quiroga, González, V. <https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/jornadas-nacionales-de-derecho-civil/conclusiones-de-todas-las-ediciones>

14^a inclusive, del proceso gestacional; y más allá de ese plazo en los tres supuestos especialmente previstos en el art. 4^o (47).

III.4. Lesión a la dignidad de la persona fallecida de muerte perinatal

Parece inconducente establecer qué derecho personalísimo se vulnera, al impedir enterrar a mortinatos, siendo que “todos los derechos personalísimos se fundan en el reconocimiento de una dignidad que corresponda a cada ser humano, por el solo hecho de ser, y por ello para englobar a todos esos derechos en una expresión única se utiliza la expresión derecho a la dignidad” (48)

La distinción entre nonatos de más, y de menos, de 500 gm. también se realiza en nuestro país y eso sella la suerte de sus restos mortales; v. gr. en la Prov. de Jujuy (49), Prov. de Bs As. (50), Prov. de Misiones (51). Algunas jurisdicciones expresamente los consideran desechos patogénicos (52) a los que solo cabe el descarte.

(47) a) Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente.

En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida;

b) Si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante.

(48) Saux Edgardo I. en Lorenzetti, Ricardo L. Código civil y Comercial Comentado, (Coords. De Lorenzo M.F. Lorenzetti, Pablo) Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2014 t. I p. 276 comentario al art 51. Con cita de Rivera Julio C. “El derecho privado constitucional”. Revista de Derecho Privado y Comunitario Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 1994 N.º 7 p.46

(49) Ley Provincial N.º 5011 Reglamentada por Decreto 6003-PMA-06 y la consiguiente Resolución N.º 000503-S/2020. B.O. Jujuy N.º 22 21/02/20 “Sobre “Protocolo De Actuación En Casos De Defunciones Fetales”;

(50) Ley Provincial 14.078 - Ley Orgánica del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires - BO 13/01/2010 (y sus modif., especialmente ley 14.853). Art. 50: “...Cuando la muerte fetal sea intermedia (desde veinte (20) a menos de veintiocho (28) semanas), tardía (desde veintiocho (28) semanas completas o más), o de peso superior a quinientos (500) gramos. Sus disposiciones solo posibilitan la inscripción registral cuando la muerte fetal sea intermedia, tardía, o de peso superior a quinientos gramos, debiendo consignarse como nombre “N”.

(51) https://www.ellitoral.com/nacionales/posadas-contara-cementerio-bebes-nacidos-vida_0_xMtQhYv0ka.html

(52) Resolución N.º 000503-S/2020. B.O. Jujuy N.º 22 21/02/20 que interpreta al Dec 6003-PMA-06 reglamentario de la ley 5001 de Jujuy que atribuye a los restos de nonatos el carácter “residuos orgánicos de parto” como residuos patogénicos tipo B

No hay legislación nacional referido a la suerte de nonatos no retirados por sus progenitores, ⁽⁵³⁾ aunque si proyectos legislativos ⁽⁵⁴⁾ que inciden en el tema actuando sobre las leyes de Registro Civil.

III.5. Nombre del mortinato

Nombre y sepultura son las dos diferencias existentes en el tratamiento de los restos mortales de un mortinato, y los de cualquier persona de otra edad.

Por regla —salvo las excepciones que seguidamente referiré— no se habilitan inscripciones de mortinatos asignándoles nombre y apellido. Ni de nacimiento sin vida, ni de defunción.

(53) Es interesante destacar el consenso sobre estándares mínimos y procedimientos en autopsias elaborado por tanatólogos forenses en la Provincia de Córdoba cuya aprobación recomendó la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Jufejus) <https://comercioyjusticia.info/leyes-y-comentarios/el-tsj-aprobo-la-guia-consensos-sobre-estandares-minimos-y-procedimientos-en-autopsias/>

Destaco : "3.8 Inscripción de fetos nacidos muertos .Se anotarán en el libro de defunciones (ley 26.413 – art. 40) (CNA, 2008), por lo que se infiere que se podrá obtener licencia de inhumación o cremación cuando los familiares los solicitaran, sea cual fuere su edad gestacional. No existe legislación nacional sobre el destino de fetos no retirados por sus familiares lo cual constituye un problema para las instituciones. En la CABA los fetos provenientes de hospitales son cremados "siempre que no haya oposición de alguno de los padres" requiriendo la licencia de inhumación (ley 4977/14 – art. 116)... 3.9 .Inhumaciones.. Están normatizadas en ordenanzas municipales. No están reguladas en una ley nacional.<http://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2021/09/50607.pdf>

(54) Como el de "Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas —ley 26.413—. Incorporación del Capítulo XII bis Titulado "Registro de Defunciones Fetales". 3939-D-2021, Trámite Parlamentario N.º 146 del 28/09/2021. del Dip. Karim Augusto Alume Sbodio.

El art 1º de su proyecto propone : Artículo 1º.- Incorpórese a la ley N.º 26.413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, el Capítulo XII bis, bajo el título "Sección Defunciones Fetales", agregándose los siguientes artículos: "Artículo 72 bis.- Podrán inscribirse en los Libros de Defunciones Fetales todas aquellas que ocurran dentro del vientre materno, cualquiera sea la causa del deceso, la edad gestacional o el peso, con la finalidad de permitir la individualización y la disposición de los restos por parte de sus progenitores, en un marco de respeto y de conformidad con sus propias creencias, ritos y costumbres. Se entiende por defunción fetal al fallecimiento de la persona por nacer antes de la expulsión o de la extracción completa del cuerpo de la mujer o persona gestante, independientemente de la duración de la gestación. A todos los efectos legales pertinentes, tales inscripciones no alteran ni introducen modificaciones en el régimen de persona humana contemplado en el art. 19, siguientes y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994 y modificatorias). Tampoco extiende efectos sobre los derechos patrimoniales, sucesorios, ni de ningún otro tipo que no sean exclusivamente los referidos en el presente capítulo

Y no tiene nada que ver con la interrupción voluntaria de embarazo, porque lo mismo sucede ante la pérdida espontánea de cualquier embarazo en el seno de una familia en la que ambos progenitores desean y buscan procrear.

El primer obstáculo reside en la falta de toda constancia registral. Tal omisión obsta a sepultar los restos.

Pero ¿realmente debe ser así?

¿No se entierran acaso personas no identificadas, o solo identificadas como NN, o como un “soldado argentino sólo conocido por Dios”?

La ausencia de identificación, sin duda, no obsta a una inhumación digna. A nadie se le ocurriría disponer del cuerpo de otra manera.

No ocurre lo mismo con el mortinato, pese a que:

[E]l Código Civil y Comercial trae a reflejar en el instituto del nombre una cosmovisión respecto a la persona humana como forma de individualizarla, no es menos cierto que a raíz del profundo proceso de constitucionalización del derecho privado y a más de 5 años de su entrada en vigencia, la experiencia jurídica hace notar que es el nombre un derecho humano que se ve reflejado en la dignidad, la autonomía y la no discriminación de las personas”. El nombre es una institución compleja y si bien lo podemos señalar como un derecho humano, un derecho extrapatrimonial, un atributo de la personalidad jurídica que la persona detenta por el simple hecho de ser persona, la confusión deviene del deber que surge de la ley, que la doctrina sostiene que encuentra en relación con la función del interés social a fin que la persona sea identificada. Lo cierto es que, si esta obligación no se encuentra garantizada por el Estado con acciones positivas, poco queda atribuir a la persona un deber que no pueda ser cumplido⁽⁵⁵⁾.

Como derecho deber de identidad, la resistencia estatal —siempre me refiero a los estados nacionales, provinciales y municipales— pone más énfasis en el deber de llevar un nombre, que en el derecho de hacerlo.

Excepcionalmente la dignidad tan buscada en cabeza del *nasciturus* fallecido se refleja en la ley de registro civil de España, que admite la inscripción de fallecimientos y el otorgamiento de un nombre a los fa-

(55) Pereira, María Victoria, ABREGÚ, Nicolás, en Rivera Julio César y Medina Graciela “Código Civil y Comercial de la Nación, comentado”, (Coord. Esper, Mariano. Dir. del área Covi, Luis D. tomo I, 2a .ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires : 2023 t. I. com. al art 62.

llecidos a partir de los 6 meses de gestación ⁽⁵⁶⁾, en el de Alemania ⁽⁵⁷⁾, Paraguay ⁽⁵⁸⁾, en Austria ⁽⁵⁹⁾, en Chile ⁽⁶⁰⁾, en Francia ⁽⁶¹⁾.

III.6. Sepultura de animales

La inhumación de un cuerpo sin vida no solo obedece a razones de higiene, sino también a espirituales, como el afecto profesado al causante, e incluso motivos religiosos.

Y eso —excepto, en principio, lo relativo a motivos religiosos— no se detiene en la inhumación de personas fallecidas, pues proliferan cemen-

(56) En España la nueva Ley de Registro Civil (ley 20/2011, de 21 de julio de 2011) estableció en su disposición adicional cuarta, que lleva por título “Constancia en el Registro Civil de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación” lo siguiente: “Figurarán en un archivo de Registro Civil, sin efectos jurídicos, los fallecimientos que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación y no cumplieran las condiciones previstas en el artículo 30 del Código Civil, pudiendo los progenitores otorgar un nombre”. Muchart María Alejandra Hacia la dignidad del nasciturus. EBOOK-TR 2022 (Alterini), 35. TR LALEY AR/DOC/966/2022. Destaco que durante el año 2020 tuve el gusto de dirigir la tesina de la Mag. Muchart a la que propuse este tema que desarrolló con todo éxito.

(57) “La Ley de Estado Civil de este país prevé la posibilidad de certificar ante el Registro Civil la existencia de un niño que haya nacido muerto.

El reglamento de la ley regula esta disposición previendo, desde 2013, la posibilidad de que se emitan certificados de niños con un peso de más de 500 gramos, o incluso inferiores a ese peso, si superaron la semana 24^a de gestación.” Muchart María Alejandra ob.cit

(58) Cuya ley 15.833, publicada en la Gaceta Oficial de 18 de diciembre de 2017, prevé el Libro de Defunciones de Concebidos no Nacidos en el Registro Civil. Muchart María Alejandra ob. cit.

(59) “En el año 2016 se aprobó con modificación a la Ley de Estado Civil, por la cual se permitió ingresar al registro para emitir un certificado de aborto espontáneo, que reconoce la existencia a niños que murieron antes de nacer, sentando un precedente.” Muchart María Alejandra, ob. cit.

(60) En el Reglamento de Hospitales y Clínicas para establecer el derecho de los padres a reclamar los restos de sus hijos mortinatos, se estableció que “respecto de los nacidos y fallecidos, así como de aquellos productos de la concepción que no alcanzaron a nacer, corresponderá al médico tratante o al profesional que asistió al parto según el caso, extender el certificado médico de defunción y estadística de mortalidad fetal según corresponda. “También se modificó el Reglamento de Cementerios para disponer que estos no podrán rechazar la “inhumación o incineración del producto de la concepción que no alcanza a nacer, respecto del cual se ha extendido un certificado médico de defunción y estadística de mortalidad fetal en los casos que se cuente con el correspondiente pase de sepultación”.Muchart María Alejandra ob.cit

(61) “A partir del año 2018 se permitió a las familias que, en caso de que sus niños nacieran sin vida, pudieran inscribirlos en el registro civil, con el fin de poder ofrecer un tratamiento funerario decente a sus hijos, aunque no adquieran personalidad jurídica alguna.” Muchart María Alejandra ob.cit

terios de mascotas en todo el mundo, e incluso de animales que no son de compañía, como los equinos que incluso se incineran en forma individual ⁽⁶²⁾. Con posterioridad a la pandemia en España (Extremadura) se autoriza enterrar caballos en las propias explotaciones ganaderas ⁽⁶³⁾.

Si abundan cementerios de mascotas, ¿cómo no habilitar cementerios de nonatos?

III.7. Sepultura de mortinatos

Sin establecer distinción alguna entre restos mortales provenientes de abortos espontáneos o provocados ⁽⁶⁴⁾. A nivel mundial en 2017 en materia de fallecimiento neonatal, según la OMS en 2017 unos 2,5 millones de niños murieron en su primer mes de vida –aproximadamente 7.000 recién nacidos cada día– un millón en el primer día de vida y cerca de otro millón en los seis días siguientes ⁽⁶⁵⁾.

Afortunadamente todavía no se ha instalado el tema del compostaje humano que, en mi opinión, dista del reconocimiento a la dignidad que merece el ser humano fallecido ⁽⁶⁶⁾. Se trata de la propuesta de una empresa en el Estado de Washington que asegura controlar el proceso de transformar los restos humanos en abono orgánico de manera segura en un plazo de 30 días ⁽⁶⁷⁾. El proceso convierte los restos mortales en humus sano y fértil ya utilizado para el tratamiento de restos de ganado ⁽⁶⁸⁾. Cabe destacar que el Estado de Nueva York –el

(62) En Europa se requiere autorización municipal especial para enterrar a un animal en el campo, aunque el terreno sea propio. Durante la pandemia y para evitar enterrarlos en terrenos privados se propiciaba - también como negocio - la incineración individual. <https://blog.terranea.es/incineracion-individual-de-caballos/>

(63) <https://www.hoy.es/extremadura/agricultura-autoriza-enterrar-20190309002713-ntvo.html>

(64) En Catamarca sobre cuyo punto volveré:<https://www.pagina12.com.ar/368986-controversial-acuerdo-entre-iglesia-y-salud-para-sepultar-re>

(65) https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/20201029/los-cementerios-catalanes-se-abren-duelo-perinatal/531946892_0.html

(66) Corresponde destacar que desde hace tiempo la Iglesia Católica se opone al procedimiento por considerarlo inapropiado. Los cuerpos humanos no son desperdicios de la casa ni cumplen con los estándares de tratamiento respetuoso de los restos mortales. https://www.clarin.com/internacional/-adios-cementerios-nueva-york-autoriza-compostaje-restos-humanos-hogares_0_nNfkDopQff.html

(67) <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51534772>

(68) <https://www.funeralnatural.net/articulos/la-humusacion-compostaje-de-difuntos-humanos>

sexto en autorizarlo— ya permite el compostaje de restos humanos en los hogares ⁽⁶⁹⁾.

Aunque siguen siendo excepción los municipios, provincias o estados nacionales que habilitan expresamente cementerios, o parte de ellos, para la inhumación de mortinatos, a modo de cuadro de honor, va el siguiente relevamiento a julio de 2023.

III.7.a. En España

Donde los fallecimientos perinatales desde la semana 28 de gestación hasta los 7 días posterior al nacimiento, en 2018 fue de 4,5 cada 1000 nacimientos ⁽⁷⁰⁾.

La ley N.º 20, de 21 de julio de 2011, ⁽⁷¹⁾ regulatoria del Registro Civil, en su Disposición Final tercera modificó el art 30 del Código Civil español y suprimió la exigencia de viabilidad que, de cualquier manera, ya era considerada como *conditio iuris* “no es que sea persona a partir de las veinticuatro horas... sino que sólo después de vivir veinticuatro horas admite el derecho que sea persona desde que se nace” ⁽⁷²⁾.

Posteriormente la misma ley —modificada por el art. 2.8 de la ley 19/2015, de 13 de julio— prevé en su art 67 inc. 3 sobre la expedición del certificado de defunción si hubiese hubiere ocurrido con posterioridad a los seis primeros meses de gestación, pero nada dispone sobre la defunción durante los primeros seis meses de gestación. ⁽⁷³⁾

(69) https://www.clarin.com/internacional/-adios-cementerios-nueva-york-autoriza-compostaje-restos-humanos-hogares_0_nNfKdopQff.html

(70) https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/20201029/los-cementerios-catalanes-se-abren-duelo-perinatal/531946892_0.html

(71) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-12628>

(72) V. Albaladejo, Manuel. “Derecho Civil “Ed. Bosch, Barcelobna1989 t I. Vol primero p. 218).

(73) Cuando el fallecimiento hubiere ocurrido con posterioridad a los seis primeros meses de gestación, antes del nacimiento, y siempre que el recién nacido hubiera fallecido antes de recibir el alta médica, después del parto, el certificado médico deberá ser firmado, al menos, por dos facultativos, quienes afirmarán, bajo su responsabilidad que, del parto y, en su caso, de las pruebas realizadas con el material genético de la madre y el hijo, no se desprenden dudas razonables sobre la relación materno filial; haciéndose constar en la inscripción, o en el archivo a que se refiere la disposición adicional cuarta en su caso, la realización de dichas pruebas y el centro sanitario que inicialmente conserve la información relacionada con las mismas, sin perjuicio del traslado de esta información a los archivos definitivos de la Administración correspondiente cuando proceda.”

Hoy hay cementerios perinatales en Galicia, Asturias, Cantabria, País Vasco, Castilla-León, Madrid, Aragón, Extremadura y Andalucía. ⁽⁷⁴⁾

III.7.b. En Madrid

Boadilla del Monte: La iniciativa cuenta con el respaldo de una sentencia del Tribunal Constitucional de 2016 que establece que el derecho de enterramiento de todos los fetos está contenido en el derecho a la intimidad familiar ⁽⁷⁵⁾.

Se convirtió en la primera ciudad de España que acoge en nueve nichos individuales a niños no nacidos y neonatos en su cementerio municipal. ⁽⁷⁶⁾ Porque los no nacidos son seres humanos, con su propio ADN y que tienen una vida, sostienen ⁽⁷⁷⁾.

También en Madrid el cementerio Sacramental San Lorenzo y San José, para bebés nacidos sin vida o fallecidos al poco tiempo de nacer, acoge a bebés nacidos sin vida o neonatos ⁽⁷⁸⁾. En su inauguración el Vicario General de la Archidiócesis de Madrid, señaló que sólo se pueden inscribir bebés fallecidos a partir de cierta semana y en un libro que se llama 'Legajo de criaturas abortivas'. Y que no hay féretros de estos tamaños, las sepulturas son para adultos, los coches funerarios son inmensos ⁽⁷⁹⁾.

III.7.c. En Cataluña

Se trata de espacios asignados para inhumación de mortinatos o con fallecimiento neonatal en los cementerios de Almacelles (Prov. de Lérida, Cataluña) inaugurado en de noviembre del 2020. En el cementerio de Calaf (Barcelona Cataluña) inaugurado en octubre del año 2017. En el cementerio de Cervera (Cataluña) inaugurado en noviembre del año 2018. En el cementerio de Guissona, (Cataluña) inaugurado en noviem-

(74) <https://sempiternus.es/espacios-empremtes/>

(75) https://www.abc.es/espana/madrid/abci-boadilla-monte-tendra-cementerio-para-fetos-abortos-y-neonatos-202009011356_noticia.html

(76) https://www.elconfidencial.com/espana/2020-09-01/boadilla-ementerio-nichos-fetos-abortados_2730920/

(77) <https://www.telemadrid.es/programas/telenoticias-1/Boadilla-contara-columbarios-neonatos-fallecidos-2-2264493552--20200901030559.html>

(78) <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-sepultura-cementerio-madrid-acoge-restos-bebes-nacidos-vida-20221017184502.html>

(79) https://www.religionenlibertad.com/vida_familia/331677677/cuando-nuestros-difuntos-no-llegan-nacer-fe-duelo-prenatal.html

bre del 2019, convirtiéndose en el cementerio de Les Borges Blanques, (Cataluña) que fue inaugurado en octubre del 2020. En el cementerio de Tàrrega (Prov de Lérida, Cataluña) que fue inaugurado el 12 de diciembre de 2018. ⁽⁸⁰⁾

En el cementerio de Santa Coloma de Gramenet (Cataluña) se habilitaron 3 niveles de terrazas para bebés no nacidos o que han fallecido durante el parto o pocos días después de su nacimiento ⁽⁸¹⁾

En Barcelona el cementerio Montjuïc se habilitó un lugar para enterrar a hijos fallecidos durante el embarazo o después del parto, sin ningún costo. Los féretros se sitúan en el interior de los nichos y están identificados con una lápida ⁽⁸²⁾. Se cuenta con el apoyo de *Petits amb Llum*, una asociación sin ánimo de lucro que acompaña a las familias que han sufrido una pérdida gestacional o neonatal ⁽⁸³⁾, y el Hospital Vall d'Hebron de Barcelona, ⁽⁸⁴⁾

Similar es el tratamiento del tema en el cementerio municipal de Vilanova y la Geltrú en el espacio creado por *Àltima Serveis Funeraris* ⁽⁸⁵⁾. Lo mismo en Rubí (Barcelona) aprobado en mayo de 2020 ⁽⁸⁶⁾.

En el cementerio municipal de Sant Felú de Llobregat se habilitó un espacio perinatal, gestacional y neonatal (septiembre de 2022) ⁽⁸⁷⁾. También en Castelldefels (Provincia de Barcelona, Cataluña. Marzo 2023) ⁽⁸⁸⁾.

(80) <https://sempiternus.es/espacios-empremtes/>

(81) <https://ajuntamentinforma.gramenet.cat/es/info-local/nuevo-espacio-en-el-cementerio-destinado-al-duelo-perinatal/>

(82) <https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20201029/4966092384/espacio-luto-bebes-cementerio-montjuic.html>

(83) https://ajuntament.barcelona.cat/oficina-afers-religiosos/es/noticia/abre-el-espacio-de-duelo-gestacional-y-neonatal-en-el-cementerio-de-montjuic_1001616

(84) <https://www.lavanguardia.com/vida/20201101/49130373008/el-cementerio-de-montjuic-crea-un-espacio-digno-para-el-duelo-perinatal.html>

(85) <https://cementeriosvivos.es/nuevo-espacio-al-duelo-gestacional-perinatal-y-neonatal/>

(86) https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/20201029/los-cementerios-catalanes-se-abren-duelo-perinatal/531946892_0.html

(87) <https://www.elllobregat.com/noticia/23483/sant-feliu/inauguraran-un-espacio-de-duelo-perinatal-gestacional-y-neonatal-en-el-cementerio.html>

(88) <https://www.castelldefels.org/es/actualidad/el-castell/noticias/inaugurado-el-nuevo-espacio-de-duelo-perinatal-en-el-cementerio-de-castelldefels>

Los dos primeros fueron el de Sant Cugat del Vallès (Barcelona) (octubre de 2019) y el de Castellar del Vallès (Barcelona) (octubre 2020) que habilitó la funeraria Última con el apoyo de la asociación Anhel Vallès, ⁽⁸⁹⁾ y en el Cementerio de les Roques Blanques de El Papiol (Bajo Llobrega, Barcelona, Cataluña) Lo mismo en el cementerio de Ripoll Gerona, Barcelona) ⁽⁹⁰⁾ En todos ellos es posible enterrar las cenizas del bebé con una urna biodegradable. ⁽⁹¹⁾

III.7.d. En Zaragoza

Ayuntamiento de Zaragoza ha aprobado instalar en el cementerio un lugar para nichos de niños abortados, no nacidos o neonatos (dic. 2021) ⁽⁹²⁾.

III.7.e. En Castilla La Mancha

El cementerio de Puertollano (Ciudad Real, Castilla La Mancha) para muertes gestacionales y neonatos. Se ignora se es un mero memorial o también hay inhumaciones ⁽⁹³⁾.

En Guadalajara el cementerio dispondrá de un espacio de duelo perinatal, presupuestado para 2024 ⁽⁹⁴⁾.

III.7.f. En Galicia

El cementerio de Lugo, primero en Galicia habilitó en el cementerio municipal de San Froilán una zona perinatal, un espacio para recordar a bebés y fetos fallecidos feb. 2023 ⁽⁹⁵⁾.

(89) <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20211020/espacios-recuerdo-vi-sibilizacion-muertes-perinatales-12292379>

(90) <https://www.lavanguardia.com/vida/20210622/7546015/ultima-crea-espacios-cementerios-recordar-hijo-perdido-etapa-gestacional-perinatal-brl.html> ; <https://www.lavanguardia.com/vida/20210622/7546015/ultima-crea-espacios-cementerios-recordar-hijo-perdido-etapa-gestacional-perinatal-brl.html>

(91) <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20211020/espacios-recuerdo-vi-sibilizacion-muertes-perinatales-12292379> ;

(92) <https://hoyaragon.es/noticias-aragon/cementerio-ninos-abortados-no-nacidos-neonatos/>

(93) <https://www.puertollano.es/un-espacio-del-cementerio-recordara-a-las-muertes-gestacionales-y-neonatos/> ; <https://www.lanzadigital.com/provincia/puertollano/un-espacio-del-cementerio-de-puertollano-recordara-a-las-muertes-gestacionales-y-neonatos/>

(94) <https://www.latribunadeguadalajara.es/noticia/z2b585c04-b4f1-971f-8943630290026d5d/202304/el-cementerio-dispondra-de-un-espacio-de-duelo-perinatal>

(95) <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/lugo/lugo/2023/02/24/cementerio-lugo-pionero-galicia-tener-espacio-recordar-bebes-fetos-fallecidos/00031677240836925635823.htm>

III.7.g. En el País Vasco

Se ha conseguido abrir memoriales en los cementerios de Bilbao, (País Vasco) Hernani (villa y municipio de la provincia de Guipúzcoa, San Sebastián, del País Vasco) y en el cementerio de El Salvador, en Vitoria, (provincia de Álava del País Vasco) el último en ser inaugurado. Además, están trabajando con los ayuntamientos de Durango (Vizcaya, País Vasco), Zumárraga (Guipúzcoa, País Vasco) y Donostia (San Sebastián, País Vasco) para crear espacios. ⁽⁹⁶⁾

El cementerio del municipio de *Les Pruelles*, (San Sebastián País Vasco) incorpora una zona de duelo perinatal y espacio para depositar cenizas ⁽⁹⁷⁾.

Luego del cementerio de Bilbao (2021) en Hernani (Gipuzkoa) se habilitó un espacio en el País Vasco para fallecimiento y duelo perinatal ⁽⁹⁸⁾. También en El Salvador en Vitoria-Gasteiz de la provincia de Álava y del País Vasco (2023) ⁽⁹⁹⁾.

III.7.h. En Valencia.

El cementerio de Torrent (Valencia) fue el primero en España (Nov. 2019) en habilitar un panteón para niños no nacidos. El lugar tiene espacios para albergar fetos o embriones que no hayan terminado su proceso de gestación. El panteón pretende que las familias que hayan tenido un aborto, natural o provocado, puedan sepultar sus restos y superar la pérdida ⁽¹⁰⁰⁾.

III.7.i. En Italia

Arturo Wallace (BBC. News Mundo) refiere (Nov. de 2020) ⁽¹⁰¹⁾ que en el llamado “Jardín de los ángeles” del cementerio Flaminio da Prima

(96) https://www.eldiario.es/euskadi/aumentan-cementerios-espacios-duelo-perinatal-salen-hospital-brazos-vacios-merecen_1_10117678.html

(97) <https://www.visitsitges.com/el-cementerio-de-pruelles-incorpora-una-zona-de-duelo-perinatal-y-espacio-para-depositar-cenizas/>

(98) <https://www.eitb.eus/es/noticias/sociedad/videos/detalle/9106791/videoabierto-primer-espacio-para-fallecimiento-y-duelo-perinatal-en-gipuzkoa-segundo-en-euskadi/>

(99) <https://cadenaser.com/euskadi/2023/04/19/el-duelo-perinatal-es-un-tema-tabu-tenemos-que-humanizar-todo-el-proceso-ser-vitoria/> ; <https://blogs.vitoria-gasteiz.org/medios/2023/04/11/el-cementerio-de-el-salvador-ya-cuenta-con-un-espacio-para-el-duelo-gestacional-perinatal-y-neonatal/>

(100) https://www.abc.es/sociedad/abci-torrent-cementerio-instala-primer-panteon-espana-para-ninos-no-nacidos-201911020132_noticia.html

(101) <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54886100>

Porta en Roma, la sección dedicada a lo que la legislación italiana llama restos abortivos y las asociaciones católicas que muchas veces se encargan de las sepulturas “niños no nacidos”, se alza un mar de cruces blancas identificadas con nombres de mujeres cuyos abortos —espontáneos o inducidos— terminaron haciéndose públicos gracias a tumbas que nunca fueron autorizadas por ellas.

Sin embargo en enero de 2012 aunque la ley italiana no obliga a enterrar fetos, se inauguró un cementerio de niños no nacidos en el camposanto Laurentino (Roma), con el fin de que los fetos de los abortos “espontáneos o terapéuticos” reciban sepultura, evitando así que sean eliminados como se hace con los desechos hospitalarios especiales.

Le precede uno análogo en Milán ⁽¹⁰²⁾.

El Cementerio Laurentino en Roma, donde están enterrados bebés no nacidos, fue visitado por S.S. el Papa Francisco, en noviembre de 2018 ⁽¹⁰³⁾.

III.7.j. En Vietnam

En la ciudad de Hue más de 900 tumbas sin nombre cobijan a casi 45.000 fetos (2014). En cada una de las 943 tumbas se inhumaron a 30 niños desconocidos ⁽¹⁰⁴⁾. Es cierto que son tumbas sin nombre y colectivas, pero ¿no es peor el destino de convertirse en residuo hospitalario?

III.7.k. En China

Me refiero a la R.P. China. El gobierno de la ciudad de Hong Kong inauguró el primer cementerio público para sepultar en urnas funerarias fetos, perdidos o abortados antes de alcanzar las 24 semanas de gestación, para lo cual cuenta con 300 espacios. En Hong Kong ya existían 2 cementerios que ofrecían estos servicios, pero ambos eran privados: uno

(102) https://www.lainformacion.com/asuntos-sociales/inaugurado-en-roma-un-cementerio-de-ninos-no-nacidos_kR0dVuiRkkecmt9vof3txl/

(103) https://www.aciprensa.com/noticias/papa-francisco-visitara-cementerio-donde-estan-enterrados-bebes-no-nacidos-87190?utm_campaign=shareaholic&utm_medium=whatsapp&utm_source=im

(104) <https://www.ecuavisa.com/mundo/cementerio-que-no-llegaron-nacer-EQEC89798#:~:text=%3E-,M%C3%A1s%20de%20900%20tumbas%20sin%20nombre%20dan%20cobijo%20a%20los,en%20el%20centro%20de%20Vietnam.>

reservado a los católicos y el otro a los residentes permanente de etnia china. ⁽¹⁰⁵⁾

III.7.l. En Ecuador

En 2019 la Arquidiócesis de Guayaquil recibió en donación del Panteón Metropolitano de la Junta de Beneficencia de Guayaquil, un pedio para dar digna sepultura a mortinatos ⁽¹⁰⁶⁾.

También en Quito la Unidad de Medicina Legal con el Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en coordinación con la Arquidiócesis de Quito, enterraron en el cementerio de Santa Rosa a 51 bebés sin identificación encontrados entre 2014 y 2017, en diferentes partes de esa Ciudad. ⁽¹⁰⁷⁾

III.7.m. En Gran Bretaña

Hubo tantos cadáveres en este terreno de 30 por 40 metros que tuvieron que cerrarlo, sostuvo la periodista Loreto Sánchez Seoane . Se refiere a Cross Bones Graveyard en Londres, cementerio que se cerró en 1886 con 15000 cadáveres y que funcionó durante tres siglos. Podría pensarse que este dato no guarda relación con nuestra búsqueda. Pero debo aclarar que las inhumaciones eran de prostitutas —sus hijos y neonatos— que no se dejaba inhumar en el mismo ámbito que las mujeres “dignas”. A estas mujeres se las conocía como Winchester Geese, (Gansas de Winchester), porque siempre iban de blanco. Por eso, la virgen que ahora “las guarda” no tiene un niño entre los brazos si o una gansa a la que acuna. ⁽¹⁰⁸⁾

IV. LA SITUACIÓN EN LA ARGENTINA. LA SONRISA DE LA GIOCONDA

Seguramente, cuando usted —amable lector— tenga en sus manos este ensayo, serán ya muchos más los establecimientos habilitados para

(105) <https://aica.org/noticia-hong-kong-abre-el-primer-cementerio-pblico-para-los-no>

(106) <https://cementeripatrimonial.org.ec/noticias/1397-neonatos-tendran-un-lugar-especial-en-el-panteon-metropolitano-para-ser-sepultados>

(107) <https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/51-recien-nacidos-fueron-sepultados-en-el-camposanto-santa-rosa/>

(108) <https://www.elindependiente.com/tendencias/cultura/2023/06/11/el-cementerio-de-prostitutas-y-bastardos-donde-la-iglesia-va-a-pedir-perdon-cada-ano/>

recibir cuerpos de mortinatos pues creo advertir un movimiento mundial, impulsado por ONG y fundaciones ⁽¹⁰⁹⁾, cuando no de iniciativas legislativas individuales ⁽¹¹⁰⁾.

La fecha que las reúne es el día 15 de octubre, desde el año 1988, cuando el presidente Ronald Reagan, proclamó octubre como mes de la concientización sobre el embarazo y la pérdida infantil, recibiendo la petición de un grupo de padres en duelo. Desde ese año –y en tal fecha– se celebra el Día Internacional de la Concientización y Conmemoración de las Pérdidas Gestacionales y de la Infancia Temprana, en recuerdo de los bebés que fallecieron en la etapa de gestación, en el parto o después de que nacieron.

Algunos logros se obtuvieron en salvaguarda de los derechos de la gestante, y otros sostenidas por la dignidad del nasciturus fallecido.

En estas líneas sin negar ni desmerecer –ni mucho menos– los avances en protección de los derechos de la gestante, me ocupo de la protección de los derechos del mortinato en la calidad que le corresponde por haber sido ser humano.

IV.1. Sepultura de mortinatos en la Argentina

En la Provincia de San Juan funciona desde abril de 2012 ⁽¹¹¹⁾ en el cementerio parque El Palmar, del Departamento de 9 de Julio, (Ruta 20, kilómetro 7, Las Chacritas) funciona un sector que se denomina “Jardín de los ausentes” con una capacidad de 2200 cuerpos donde, a partir de una donación del municipio de 9 de Julio, se inhuma a niños fallecidos antes de nacer, independientemente del motivo de su deceso ⁽¹¹²⁾. En la inauguración el intendente de 9 de julio expresó que no existen antecedentes en el País de estos espacios para personas fallecidas antes de nacer, por lo que la comuna debió crear un protocolo especial al efecto, en forma conjunta con jueces, representantes de la iglesia y funcionarios del Estado Provincial. Para la inhumación

(109) En la Argentina actúa la fundación “Era en abril”.

(110) V. la propuesta del legislador Walter Berarducci en Tucumán . <https://aica.org/noticia-legislador-tucumano-busca-que-se-reconozca-derecho-a-la-sepultura-del-nino-no-nacido>

(111) <https://www.tiempodesanjuan.com/departamentales/2012/3/23/cementerio-julio-tendra-lugar-para-nacidos-7841.html>

(112) https://www.aciprensa.com/noticias/argentina-bendicen-cementerio-para-ninos-no-nacidos?utm_campaign=shareaholic&utm_medium=whatsapp&utm_source=im ; <https://www.padrepatricio.com/cementerio-para-niantildeos-abortados/>

se hace necesaria por una parte la intervención judicial y además según los casos, la derivación de los hospitales públicos ⁽¹¹³⁾ o centros asistenciales privados. ⁽¹¹⁴⁾

En el año 2021 en Catamarca el 9 de septiembre, el Obispo llevó al cementerio cercano de la Gruta de la Virgen y enterró a 40 niños abortados, cuyos cuerpos recibió del Hosp. San Juan Bautista y la Maternidad, a cuyas autoridades previamente solicitó guardarlos en bolsas refrigeradas ⁽¹¹⁵⁾. Como se advierte no habría sido una solución institucional, pero si efectiva.

V. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN, EN LA DOCTRINA JUDICIAL Y DE LOS AUTORES

No deja de ser curioso que la aprobación de la interrupción voluntaria del embarazo, en los países que la regulan, haya conducido a visibilizar el problema y buscar una solución que contemple, al menos, la dignidad debida a los casos de muerte perinatal.

V.1. Aportes europeos

V.1.a. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estrasburgo

Se trata de un fallo del 14 de mayo de 2008, en el asunto Hadri-Vionnet contra Suiza ⁽¹¹⁶⁾.

La demanda (núm. 55525/2000) fue dirigida contra Suiza por , Dalila Hadri-Vionnet de nacionalidad argelina presentada ante el Tribunal el 7 de diciembre de 1999 en virtud del artículo 34 del Convenio

(113) Se refiere al Hospital Rawson de San Juan. La “Fundación Era en Abril” elaboró un protocolo de actuación ante casos de muerte perinatal, que consta de 13 puntos y que inspiró el modelo del Hospital Rawson y otro desarrollado en el Hospital Larcade de San Miguel, provincia de Buenos Aires. También en la Prov. de Misiones, el Hospital Materno Neonatal de Posadas cuenta con la primera sala de despedidas ante fallecimientos perinatales. <https://www.redaccion.com.ar/como-trabaja-un-hospital-de-san-juan-en-la-contencion-de-las-familias-durante-duelos-perinatales/>

(114) <https://diputadossanjuan.gob.ar/prensa/item/110-personas-fallecidas-antes-de-nacer-queda-inaugurado-en-9-de-julio-un-espacio-para-su-inhumaci%C3%B3n>

(115) <https://www.pagina12.com.ar/368986-controversial-acuerdo-entre-iglesia-y-salud-para-sepultar-re>

(116) <https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/sentencia-num-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-estrasburgo-seccion-5-14-02-2008-2009-05-26/>

para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Reclamaba por no haber podido asistir al entierro de su hijo nacido muerto, y por el traslado de su cadáver en una furgoneta de reparto ordinario lo que vulneró su derecho al respeto de la vida privada.

La actora dio a luz en 1997 un niño mortinato con 26 semanas de gestación. El registro civil organizó un entierro que no era obligatorio en el caso de un niño nacido muerto a principios de la 27ª semana de embarazo y ordenó su entierro sin ceremonia, como los padres habían expresado su deseo de no ver el cuerpo antes de la autopsia, consideraron que, teniendo en cuenta su estado emocional, la madre no debía asistir a su inhumación.

El mortinato fue inhumado en un féretro de madera por una empresa de pompas fúnebres, que fue trasladado en una furgoneta de reparto al cementerio del municipio de Buchs, para ser enterrado en una fosa común de niños nacidos muertos.

Los padres se agraviaron de no haber sido informados del entierro, por lo que no pudieron concurrir, y por considerar el transporte del féretro realizado en un vehículo inapropiado.

El Tribunal consideró que los derechos de los padres sobre el entierro de su hijo, sobre todo el de decidir el lugar, la hora y las modalidades de inhumación están protegidos por esta disposición en tanto que elementos de la vida privada y familiar. Y que en este caso, estos derechos fueron ignorados, ya que el cuerpo del hijo de la demandante había sido transportado como un vulgar desecho y enterrado apresuradamente, sin una ceremonia digna y sin que sus padres fueran consultados, ni informados.

La condena fue de 3000 euros y 5000 de costas.

Es a través del recurso al concepto amplio de “vida privada y familiar” que la Corte de Estrasburgo ha encontrado protección en el art. 8º para derechos como el derecho a vivir en un medioambiente sano (v. g., Sentencias López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994, A 303-C), el derecho a la protección de datos personales referentes a la salud (v. g., Sentencia Z. c. Finlandia, de 25 de febrero de 1997, R97-I), el derecho al alojamiento de la familia (v. g., Sentencia Velosa Barreto c. Portugal, de 21 de noviembre de 1995), el derecho a la protección de modos de vida tradicionales de minorías étnicas (v. g., Sentencia Chapman c. Reino Unido, de 18 de enero de 2001, R01-I), el derecho a la historia personal (v. g., Sentencia Gaskin c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989, A 160), el dere-

cho a recuperar el cuerpo muerto de una hija (v. g., Sentencia Pannullo y Forte c. Francia, de 30 de octubre de 2001, R01-X) ⁽¹¹⁷⁾. También se invocó tal derecho, pero desestimándose la acción en la causa Elli Poluhas Dödsbo c. Suecia, en la que el Tribunal:

[C]onsideró la denegación de la autorización del traslado de la urna que contenía las cenizas del esposo de la demandante de un municipio a otro. Entrando en la cuestión de fondo, el TEDH argumenta que no puede exigir al Estado la construcción de la infraestructura necesaria para responder al deseo del demandante. Esta variante no estaba contemplada en el plan estratégico de la ciudad y, al parecer, no habría una demanda social al respecto. Además, nada impedía al demandante poder atender a sus propios deseos contratando la prestación de este servicio con una empresa privada ⁽¹¹⁸⁾.

Si bien puede llamar la atención que el fallo condenó la violación del derecho a la intimidad, destaco aquí —nuevamente— que “todos los derechos personalísimos se fundan en el reconocimiento de una dignidad que corresponda a cada ser humano, por el solo hecho de ser” ⁽¹¹⁹⁾.

Finalmente señalo que estos fallos resguardan derechos de los progenitores, sin que haya pronunciamiento claro respecto de la dignidad del mortinato.

V.1.b. Sentencia del Tribunal Constitucional de España, Sala 1

Se trata de la decisión recaída en la causa “Doña Nerea Mendicute San Miguel s/recurso de amparo núm. 533-2014 c. del día 01/02/2016” ⁽¹²⁰⁾.

El embarazo con probable inviabilidad llevó a la madre a solicitar abortar y luego solicitó los restos para ser enterrados, lo que se le negó porque el feto no tenía el tiempo de vida ni el peso exigido por la legislación española para ser considerado como resto humano.

(117) Almeida, Susana “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relaciones de familia” en <https://core.ac.uk/download/pdf/61797025.pdf>

(118) Bouazza Ariño Omar “Notas de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Revista de Administración Pública” N.º 195, Madrid, septiembrediciembre 2014) págs. 233, en p. 253

(119) Saux Edgardo I. en Lorenzetti, Ricardo L. Código civil ob.cit t. I p. 276 comentario al art 51. Con cita de Rivera Julio C. El derecho privado constitucional ... ob.cit.p.46

(120) V. RDF 2016-IV, 241, RDF 2016-IV-241; TR LALEY ES/JUR/1/2016 8

En su fallo, de 2016, el Tribunal Constitucional español, hizo lugar a la acción de amparo deducida por la madre a quien juzgó vulnerado su derecho a la intimidad personal y familiar, pues resulta no concurrió impedimento alguno de orden público o razón sanitaria que justificase la inhibición del derecho a decidir sobre los restos de su hijo mortinato. Citó el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estrasburgo en el asunto Hadri-Vionnet contra Suiza, que refiero en el numeral precedente.

La demandante sostuvo tener derecho a dar digna sepultura a su creación física y espiritual —aunque no profesase religión alguna— y a despedirla en compañía de su pareja, en una ceremonia de carácter civil y familiar.

En su amparo “critica que las resoluciones judiciales impugnadas hayan delimitado la dignidad humana en términos de peso y días de gestación.”

Aunque la ley de Registro Civil española establece la obligación de inscripción de criaturas abortivas de más de 180 días, no prohíbe la inscripción registral de personas no natas de menos edad.

V.2. El aporte de José M. López Olaciregui

José María López Olaciregui expresó con meridiana claridad —y gran sentido común— su idea *de lege ferenda*, sobre el valor jurídico del nacimiento. Lo hizo en su recordada glosa a la obra de Raymundo Salvat, que transcribo: “El ser con vida humana es persona de derecho porque es portador de valores éticos que la ley reconoce y protege”.

Más aún: el hecho de que ese ser esté en condiciones de adherencia fisiológica a otro ser no sólo tiene escasa importancia porque se trata de una condición transitoria sino —lo que, es más— porque carece de intrínseca significación respecto a la valoración que lleva a respetar en ese embrión al hombre en que en el futuro se convertirá.

El embrión antes de separarse del seno es tan portador de valores humanos como el embrión que ya se ha separado.

No se advierte por qué debe asignarse al hecho fisiológico del desgarramiento tanta relevancia como para hacer pasar a ese cuerpo de la “no personalidad” a la “personalidad”. El verdadero salto se ha dado en el momento de la concepción en que pasó de la nada al ser. El paso ulterior de la vida intrauterina a la vida externa tiene importancia fisiológica, pero no es éticamente decisivo, máxime si se tiene en cuenta que ese ser

es tan indefenso, tan falto de autonomía y tan inconsciente e irresponsable de sus actos un momento antes como un momento después de la separación fisiológica ⁽¹²¹⁾.

Tal es —amable lector— el verdadero fundamento de la dignidad del *nasciturus*, mientras lo es, y del que habiéndolo sido, no nace con vida.

V.3. El fallo de la Sala F de la Cámara Nac. en lo Civil del 24/03/1980

Puede verse en CNCiv. Sala F, in re R. A. R. c. A. M. A., S. A. 24/03/1980, LA LEY 1981-B, 64.

La Sala, integrada por los jueces Pedro Speroni, César Yáñez y Jorge E. Beltrán con voto de éste último, decidió la siguiente cuestión: producido el parto de un bebé mortinato, desapareció su cadáver del sanatorio al que, según los términos del fallo, se dio un “destino horrendo”. Los progenitores reclamaron el resarcimiento de daños y perjuicios al sanatorio, quién resistió la pretensión sosteniendo que los restos de la criatura nacida muerta no son una cosa en sentido jurídico, por lo que tampoco podía ser objeto de depósito. Invocó el artículo 74 del código civil de Vélez Sarsfield.

El fallo entre sus considerandos sostuvo que:

Una cosa es que a un ser que muere antes de estar completamente separado del seno materno se lo considere como si no hubiere existido a los fines de los derechos y obligaciones de los que pueden resultar sujeto, y otra, es que, ante la presencia cierta de sus restos o despojos, en el caso que no se quiera utilizar la palabra cadáver, pueda afirmarse su inexistencia ⁽¹²²⁾.

Añadió:

Todos los pueblos civilizados han mirado con respeto y consideración el cadáver humano. La religión y el sentido natural en los pueblos primitivos, y la ley en los modernos han estimulado estos aspectos castigando la injuria y profanación de los seres que fueron.

Los sobrevivientes no sólo tienen poder para decidir... sino que pueden impedir que se dé otro destino no querido al cadáver. He ahí la manifestación más palpable del derecho subjetivo pertinente. Tiene el

(121) López Olaciregui, José María (Act) SALVAT, Raymundo M. “Tratado de derecho civil argentino. Parte general” Ed. TEA Buenos Aires 1964 t. I n° 386-C-II ps. 382 y 383

(122) Aquí el juez Beltrán remitió al brillante ensayo ya citada en este trabajo: Cifuentes, Santos :”El *nasciturus* (las personas por nacer)” publicado en E.D., t. 15, p. 956

poder jurídico de no permitir actos contrarios a los previstos y obligar a que se respeten las disposiciones del muerto y las propias en su caso... pueden impedir y deben hacerlo porque su obligación es preservar los usos y costumbres corrientes sobre sepulturas y custodia de cadáveres, una destinación anormal requerida por los intereses generales es irrealizable en orden del causante ⁽¹²³⁾.

Frente a un feto abortivo no cabe sino pensar que hubo vida en algún momento y con alguna trayectoria. De lo contrario, no hubiera habido concepción. El acto generacional produce con sus combinaciones la nueva existencia, porque sino, sólo sería un acto sexual. La concepción, misteriosa y oculta, proviene de la fecundación del óvulo femenino. Si sobreviene la muerte, ocurre, tarde o temprano, el aborto. Se desconoce el instante de la expiración, pero frente a la presencia del cadáver en cualquier circunstancia y tiempo, vida y muerte quedan probadas, quedan comprobadas ⁽¹²⁴⁾.

Gloso el párrafo señalando que sólo puede hablarse de muerte donde hubo vida. Las piedras nunca mueren. No es lo mismo estar muerto que nunca haber vivido ⁽¹²⁵⁾.

Sigue el voto del juez Beltrán:

Tan absurdo es este razonamiento del apelante cuanto suponer, la inexistencia de los despojos mortales del fruto de la unión matrimonial que ha latido en el vientre de la madre durante nueve meses. Valdría la pena preguntarle a (la condenada) si también en base a la norma que cita ha dejado de percibir los aranceles propios de la internación y asistencia de la parturienta ⁽¹²⁶⁾.

Y agrega:

Por lo demás quiero señalar que, cuando ha desaparecido la vida —*condictio sine qua non* para la muerte— los restos son siempre un bien material que, como en principio, está fuera del comercio pero que, como en los demás derechos personalísimos, puede ser objeto de re-

(123) Con cita de Cifuentes, Santos. “Los derechos personalísimos” Ed Lerner Bs As. 1974 ps.. 253 y 265.

(124) El juez Beltrán remitía al brillante ensayo ya citada en este trabajo: Cifuentes, Santos: “El nasciturus (las personas por nacer)” publicado en E.D., t. 15, p. 956, en p. 962

(125) Leiva Fernández, Luis F.P. La personalidad pretérita. (No es lo mismo estar muerto que no haber vivido)” en “Estudios ob. cit.; Leiva Fernández, Luis F.P. “La personalidad pretérita. (No es lo mismo estar muerto que no haber vivido)” en LA LEY ob. cit. p.1114.

(126) V. a este respecto del voto del juez Beltrán, la opinión de Tobías en el sentido que incluso no todos los derecho patrimoniales se extinguen como si nunca hubiesen existido. Tobías, José W. Tratado ob.cit. t. I p. 389

laciones jurídicas determinadas y hay, si se quiere, una posibilidad de disponer dentro de ciertos límites ⁽¹²⁷⁾.

Por supuesto, la demanda indemnizatoria prosperó.

V.4. El singular aporte de Guillermo A. Borda

Al principio de este ensayo destacué la obra jurídica del homenajeado, Guillermo A. Borda, en particular su Tratado de Derecho Civil.

Y seguidamente referí a un “pequeño gran texto, que citaré más adelante”.

Más adelante es ahora.

¿Habrás sabido nuestro homenajeado que esas breves líneas comentando el fallo de la Sala F, del 24 de marzo de 1980, destacarían su trascendencia 42 años después?

Su nota a fallo —¿cuántos ex jueces de la Corte Suprema luego de serlo escribieron notas a fallos de Cámara?— breve, clara y contundente, destacó la solución de la Cámara Civil. ⁽¹²⁸⁾

Transcribo algunos párrafos que merecen recordarse:

[U]na cosa es que la criatura nacida muerta no adquiera derechos (y en tal punto la ley es terminante pues considera que nunca ha existido) y otra cosa muy distinta la consideración y respeto que se debe a la vida humana desde su concepción en el seno materno.

El ‘destino horrendo’ que se dio al cadáver hiere los sentimientos más respetables, sin que sea necesario probar en los padres una determinada creencia religiosa. Porque el respeto por el cadáver humano forma parte del fondo de cultura de los pueblos civilizados.

[...]No es exacto que el cadáver sea una nada jurídica: es una cosa y una cosa susceptible de ser objeto de actos jurídicos. La ley 21.541 dispone expresamente que toda persona capaz, mayor de 18 años pueden disponer para después de la muerte la ablación de órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo, para ser implantado en otros seres humanos o para fines de estudio e investigación (art. 17).

(127) El Juez Beltrán cita aquí a Cifuentes, Santos. “Los derechos personalísimos ...ob. cit. p. 254).

(128) Borda, Guillermo A. ¿El cadáver de una criatura nacida muerta, es jurídicamente una cosa? LA LEY1981-B, 64

Pero el cadáver no sólo puede ser considerado una cosa a los fines de la ablación de algún órgano, o la celebración de ciertos actos jurídicos, sino que es una cosa a la que se vinculan sentimientos muy respetables. Y si con olvido de los más elementales deberes de respeto y consideración, se ha hecho desaparecer el cadáver, es natural que los padres se sientan con el derecho a reclamar la reparación de la ofensa que se les ha infligido ⁽¹²⁹⁾.

Y —con perspicacia de juez, que lo fue de tres instancias— agrega un párrafo final:

Todavía añade un matiz importante otra circunstancia que destaca el tribunal: que en el caso no se puede determinar con exactitud la causal real de la desaparición del cadáver, es decir, si falleció antes de nacer o si, por el contrario, nació vivo y se dispuso de él. Esta duda añade un elemento dramático al caso y acentúa las responsabilidades de los demandados ⁽¹³⁰⁾.

V.5. Fallo del Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contenciosoadministrativo Nro. 1 de Zárate - Campana

Me refiero al recaído el día 07/10/2019 en la causa T., B. M. s/ Materia a categorizar ⁽¹³¹⁾.

La peticionaria dio a luz, en enero de 2018, un feto masculino de 26 semanas de gestación en el hospital Municipal de Campana.

Dentro de los plazos establecidos por la ley 14.078 de la Prov. de Buenos Aires la peticionaria solicitó inscribir la defunción fetal de su hijo ante el Registro de las Personas. Ante la negativa administrativa incoó la vía judicial en el fuero referido, para que se ordene inscribir la defunción fetal y expedir la licencia de inhumación de los restos para que la empresa fúnebre pueda conducirlos a su destino final.

En este caso la muerte fetal se clasifica legalmente como “M. F. Intermedia” (entre 20 semanas y menos de 28 semanas de gestación), por lo que resulta obligatoria la certificación de la defunción y que el certificado de defunción solicitado es el documento médico legal idóneo que acredita la muerte de una persona o la defunción fetal, que es de confección obligatoria para los médicos, conforme lo dispuesto por la ley 17.132.

(129) Borda, Guillermo A. ¿El cadáver... ob.cit.64

(130) Borda, Guillermo A. ¿El cadáver... ob.cit.64

(131) Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contenciosoadministrativo Nro. 1 de Zárate-Campana del 07/10/2019, T., B. M. s/ Materia a categorizar. En La Ley Online; TR LA-LEY AR/JUR/37650/2019

Adicionalmente peticionó, como medida cautelar, la prohibición de innovar, para que se ordene al Hospital Municipal “San José” de Campana, que se abstenga de adoptar cualquier medida que pudiera modificar el estado de resguardo a los restos de su hijo.

La peticionaria denunció la violación derechos personalísimos inalienables suyos y de su hijo nonato

El fallo invocó el Cód. Civ. y Com. en sus artículos 51 “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”, 61, referido al derecho a disponer sobres las propias exequias, y 63, el feto es persona por nacer.

La jueza Mónica E. Ayerbe. sostuvo que una interpretación armónica del plexo normativo permite afirmar que la condición resolutoria (especialmente relativa a derechos de contenido patrimonial) no es aplicable a los “derechos personalísimos” del no nato (arts. 51 y ss. del Cód. Civ. y Com.) como el nombre, el reconocimiento de su cuerpo como cadáver y consiguiente derecho a recibir, sepultura de los que el art. 101 inc. a del Cód. Civ. y Com. atribuye a los padres la capacidad de ejercicio en representación de sus hijos como “personas por nacer”.

El fallo cita diversos pronunciamientos de la SCBA que transcribo en nota al pie ⁽¹³²⁾ y tribunales inferiores de la misma Provincia ⁽¹³³⁾.

(132) SCBA: “...si bien es opinión general que el cadáver no es comercializable... es indudable que los sobrevivientes tienen el poder de decidir qué destino se le dará y que el mantenimiento de la sacralidad, derivada de las costumbres y los afectos subsistentes, se transforma cuando, como en el caso, deja de tener identificación reconocida y reconocible... con lo cual nos encontramos frente a un derecho personalísimo que ha sido vulnerado...” (voto Dr. Genoud) y que “...el respeto a la memoria de los muertos constituye uno de los aspectos de la solidaridad humana. Hay un vínculo existente —paradójicamente a pesar de la muerte— entre los vivos y los que ya fallecieron. El respeto a los restos mortales también descansa en las creencias de los sobrevivientes en cuanto al destino post mortem del fallecido. No hay que negar que la muerte de un individuo afecta directamente la vida así como la situación jurídica de otros individuos, en especial sus familiares. Frente a la angustia generada por la muerte de un ser querido, los ritos fúnebres y su específica vinculación con el destino de los restos mortales, buscan traer un mínimo consuelo. De ahí la importancia del respeto a los restos mortales: su ocultamiento o pérdida priva a los familiares también del ritual fúnebre, que atiende a necesidades del propio inconsciente y alimenta la esperanza en el prolongamiento o permanencia del ser, aunque sólo sea en la memoria viva y en los lazos afectivos...” (causa B. 53.499, “L., R. P. y otra c. Municipalidad de Lanús s/ demandada contencioso administrativa”, sent. de 27/03/2008, voto del Dr. de Lázari).

(133) Sobre el derecho a la “exhumación de los cadáveres”: “el culto a los muertos es un hecho jurídicamente tutelado y los parientes más próximos gozan del de-

Concluyó que los principios propios de los bienes jurídicos comprometidos y la previsión legislativa para la inscripción registral, permiten concluir que la inscripción tardía en el Registro de las Personas constituye una cuestión estrechamente vinculada a la salvaguarda de derechos inalienables tanto del *nasciturus* (por un lado): a la identidad, así como a la recepción de una digna sepultura de su cuerpo, como de los familiares a realizar una adecuada inhumación de sus restos para su culto y veneración .

Agregó:

[T]ampoco he de soslayar el reproche que ha despertado la actual legislación registral referida (tanto nacional como provincial), en tanto ella omite la cabal consagración del derecho al nombre que también asiste al *nasciturus* (o “mortinato”) al disponer que —si bien se dispone la inscripción del fallecimiento e inhumación de sus restos bajo ciertos parámetros— sólo admite la primera como “NN” (cfr. proyecto de reforma de la Ley nacional 26.413 —cuyo art. 72 *octies* incorpora la obligatoriedad de inscripción del “nombre, apellido y sexo del nacido sin vida” ⁽¹³⁴⁾).

Dispuso en consecuencia ordenar el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires que inscriba la defunción fetal y expida la licencia de inhumación correspondiente para que la peticionaria pueda dar sepultura a los restos de su hijo.

V.6. Fallo del Juzgado Civil y Comercial de la 3ra. nom. de Rafaela. Prov. de Santa Fe

Me refiero al recaído en la causa “Pérez, Humberto Jorge s/demanda ordinaria” de fecha 16 de junio de 2021 del Juzgado de Primera Instancia

recho subjetivo de custodiar sus restos y de perpetuar cuanto venerar su memoria” (CC01 QL “Mizu, Leonardo D. c. Mizu, Alberto A. s/ daños y Perjuicios”, sent. de 06/11/2008). T

ambién se ha resuelto que “...existe sin duda una inveterada costumbre que encuentra sus raíces en un rito social y familiar de culto a los muertos por todos conocido del que han sido privados de por vida los progenitores, ya que la desaparición de los restos del feto [...] les ha privado definitivamente de expresar su dolor por tal pérdida, de saber que se encuentra en un sitio sagrado donde rendirle a través de ofrendas o el simple contacto periódico, el testimonio de su dolor: desahogo que sin duda hubiera atenuado su angustia” (CC01 SN, “Correa, Víctor O. y otro c. Munic. de San Pedro y otro s/ daños y perjuicios”, sent. de 05/05/2009).

(134) Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contenciosoadministrativo Nro. 1 de Zárate-Campana del 07/10/2019, T., B. M. s/ Materia a categorizar. En La Ley Online; TR LALEY AR/JUR/37650/2019

de Distrito en lo Civil y Comercial de la Tercera Nominación de Rafaela, Provincia de Santa Fe. ⁽¹³⁵⁾

El actor, Jefe Servicio de Anatomía Patológica del Hospital Dr. Jaime Ferre de dicha Ciudad, expresó que conservaba, a consecuencia de haberlos recibido para realizar las autopsias pertinentes, los cuerpos de 257 bebés fallecidos en el seno materno por muerte no provocada entre los años 2005 y 2020. Peticionó que se inscriba en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia las defunciones, y que se otorguen las correspondientes licencias de inhumación de sus restos para proceder a su sepultura.

Que conforme el art. 61 inc. a) de la ley 26.413 se encuentra obligado a solicitar la inscripción de la defunción, toda persona capaz que hubiere visto el cadáver y, al ser el jefe del Servicio referido tiene legitimación para esta acción y que como ciudadano tiene interés en el debido tratamiento de los restos de las personas fallecidas en dichas condiciones. Que la inscripción requerida protege derechos inalienables del *nasciturus* a la identidad y a recibir digna sepultura y de sus familiares a realizar la inhumación.

El Registro demandado no puso objeción, pero requirió al Hospital los certificados de defunción fetal debido a que habitualmente los cuerpos de bebés de menos de 500 g o 20 semanas de gestación son descartados como residuos patogénicos lo que en este caso no ocurrió.

Como el hospital no tenía hechos los certificados de defunción, el Registro pidió al Hospital la confección de los certificados y su entrega a los progenitores —ambos— para que tramiten la inscripción ante el Registro

(135) Este fallo —muy interesante— también fue comentado por el letrado que promovió la acción. V. Possetto, Pablo César, en “Deber de registración de las defunciones fetales y derecho a la sepultura” *El Derecho - Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia*, Número 98 Fecha:22-10-2021, Cita Digital:ED-MMXXXIX-272.

Este autor se manifieste decididamente por la concurrencia desde la concepción de los derechos propios del ser humano y expresa: “una interpretación armónica del plexo normativo de fondo permite afirmar que la aludida condición resolutoria (especialmente relativa a derechos de contenido patrimonial) no sería aplicable a los “derechos personalísimos” del no nato (cfr. arts. 51 ss. Del Cód. Civ. y Com., entre ellos: el derecho al nombre, así como al reconocimiento de su cuerpo como cadáver —lo que se halla estrechamente ligado al derecho a recibirá adecuada sepultura—), tal como surge de varios artículos del Código Civil y Comercial de la Nación (v. gr.: los arts. 22 y 24 inc.1, que se refieren a la incapacidad de ejercicio de la persona por nacer; el art. 101 inc. a que reconoce a los padres como representantes de sus hijos como “personas por nacer”; y el art. 574 relativo a la posibilidad de reconocimiento de un hijo por nacer).”

Civil. Y que si los progenitores no comparecieran a retire los certificados el hospital podría realizar el trámite con los datos de la madre.

Presentada por el Hospital la nómina de las madres con sus datos y las fechas de fallecimiento de sus hijos, la jueza Ana Laura Mendoza hizo lugar a ambas peticiones; inscripción en el Registro Civil y expedición de licencias de inhumación, previa citación a todos los progenitores —padre y madre— para que comparezcan a retirar los certificados confeccionadas por el hospital.

Dispuso que la individualización del nonato en la partida será como “NN” seguido del apellido materno, paterno o de ambos —art. 64 del Cód. Civ. y Com.— siendo hijo/hija de... (datos de la madre que se extraen del certificado) y de... (datos aportados por el padre, reconociente o declarante). En el supuesto que no comparecieran a retirar el certificado en el plazo fijado al efecto será NN seguido del apellido materno en cuyo caso la inscripción podrá ser realizada sólo por la madre.

Adviértase que en esta causa la dignidad del mortinato está suficientemente satisfecha en orden a su identidad e inhumación; lo que no hubiese sido posible si se lo hubiese dado a esos 257 bebés el trato previsto para los residuos patogénicos.

VI. LEGISLACIÓN SANCIONADA Y LEGISLACIÓN *IN FIERI*

VI.1. Ley 21.171 de Chile

Ley 21.171 de la República de Chile, promulgada el 13 de agosto de 2019 y publicada el día 22 del mismo mes y año modifica la ley n° 4.808, sobre Registro Civil, y crea un catastro nacional de mortinatos, facilitando su individualización y sepultación. Dispone en su Artículo 1°.- Reconócese a la persona gestante, o a quien ésta expresamente autorice, la facultad para inscribir a sus mortinatos en el catastro especial creado por esta ley con los nombres y apellidos que el solicitante señale, con la exclusiva finalidad de permitir su individualización, inhumación o la disposición de sus restos. Artículo 2°.- La individualización de los mortinatos en el catastro podrá realizarse en cualquier momento de conformidad con lo establecido en esta ley. En cuanto a la inhumación o disposición de los restos de los mortinatos, se estará a lo dispuesto en las normas sanitarias vigentes sobre la materia.

El artículo 4° sustituye un Título de la Ley 4808 de Registro Civil por un denominado “Catastro de Mortinatos” que contiene el siguiente “Ar-

título 50 *bis*.- Créase un catastro nacional, especial y de carácter voluntario, en el cual se inscribirá a los mortinatos”.

La inscripción a que se refiere el inciso anterior deberá contener la individualización del mortinato mediante la asignación de un nombre propio, seguido del o los apellidos que el solicitante señale, y del sexo de la criatura, si éste fuere determinado o determinable. Asimismo, el catastro podrá contener la individualización de la persona gestante, y del progenitor, si éste lo autoriza.

Para la inscripción de que trata este artículo será necesario contar con el certificado médico de defunción y estadística de mortalidad fetal.

Complementaria respecto del amplio tratamiento del tema –que no alcanzaba de encararse mediante una única ley– se sancionó la Ley 21.371 llamada “Ley Dominga” que establece medidas especiales en caso de muerte gestacional o perinatal.

VI.2. Ley XVII-181 de la Provincia de Misiones

La ley del epígrafe publicada el 9 de junio de 2023 con el título “Derecho al duelo, gestacional y perinatal”, dispone en su artículo 1°: La presente ley tiene por objeto garantizar, promover y efectivizar el derecho de la persona gestante a un duelo respetado y a la atención frente a la muerte gestacional y perinatal.

Prescribe que la gestante puede solicitar tener contacto con el nasciturus fallecido intrauterinamente cuando es viable técnicamente o con el neonato fallecido... (art. 3° inc. 4°).

En el mismo artículo 3° en su inciso 5° autoriza a la gestante a decidir el destino final del cuerpo sin vida siempre que no haya oposición formal, válida y legal.

Entre las definiciones del art 4° destaco: Mortinato: Feto dentro de las últimas veinte (20) semanas de gestación, identificable o diferenciable de las membranas ovulares o del tejido placentario o materno en general, que muere de forma natural con anterioridad a la expulsión o extracción completa del cuerpo de la persona gestante, cualquiera sea la edad gestacional o el peso alcanzado. Muerte gestacional: Fallecimiento del feto, identificable o diferenciable de las membranas ovulares o del tejido placentario o materno en general, ocurrido con anterioridad a la expulsión o extracción completa del cuerpo de la persona gestante, cualquiera sea la edad gestacional o el peso alcanzado;

Muerte perinatal: Fallecimiento del recién nacido que ocurre dentro de los veintiocho (28) días posteriores al nacimiento;

VI.3. Proyecto de la República del Perú

En el Perú, durante el año 2022 se notificaron 5241 defunciones fatales y neonatales, de las que el 53%, es decir 2755 casos corresponde a muertes fatales, y 2486 a muertes neonatales, por lo que se estima que ambas constituyen 10.3 por cada 1000 nacidos vivos.

En el Congreso de la República del Perú se presentaron 3 proyectos ⁽¹³⁶⁾ sobre este tema sobre los que se expidió en abril de 2023 la Comisión de Salud y Población mediante el Dictamen Nro. 2022-2023/CSP-CR ⁽¹³⁷⁾.

Allí se propuso incorporar algunos temas como: regular la posibilidad de solicitar los restos mortales del mortinato, y crear el Registro especial para la inscripción del mortinato.

Luego de pocos artículos, entre ellos uno con definiciones (art 2°), se prevé incorporar sendos arts. 5° y 6° siendo el primero referido a la entrega de los restos mortales a los padres; y el segundo, a la creación de un registro especial para la inscripción del mortinato ⁽¹³⁸⁾.

(136) Proyectos de Ley 3463/2022-CR, 3501/2022-CR y 3601/2022-CR,

(137) https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2022/Salud/files/dictamenes/predictamen_pl_3463_3501_y_3601_duelo_gestacional_y_neonatal_v4.pdf

(138) Artículo 5. Entrega de los restos mortales a los padres La madre o el padre pueden solicitar, cuando sea clínicamente posible, la entrega de los restos mortales del hijo.

Artículo 6 Registro especial para la inscripción del mortinato 6.1 Se crea el Registro especial para la inscripción del mortinato, a cargo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, con el objeto de permitir la individualización del mortinato. 6.2 El Registro especial para la inscripción del mortinato es de carácter voluntario, contiene la asignación de los nombres y apellidos que los solicitantes señalen, y, de ser posible, el sexo, la edad gestacional, el peso al momento de la muerte, la fecha, hora y lugar de la muerte, la causa probable de muerte y los nombres y apellidos de los progenitores solicitantes. 6.3 Esta inscripción es voluntaria, no modifica las normas contenidas en el Código Civil, no otorga derechos en general, ni derechos patrimoniales en particular, y no genera obligaciones. 6.4 La solicitud de inscripción en el Registro se presenta dentro de los seis meses, contados desde la fecha en la que el profesional de la salud emite el certificado de defunción fetal, en las oficinas que RENIEC habilite para tal fin. La inscripción puede ser solicitada por cualquiera de los progenitores, por ambos, o por quien ellos autoricen expresamente por escrito. Vencido el plazo de seis meses no se puede registrar por ningún medio. 6.5 El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC emite las normas registrales complementa-

VI.4. Proyecto en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Bs Aires. - Expte. 1761-D-2023

Fue presentado el 29 de junio de 2023 pro el Legislador Juan Facundo Del Gaiso.

Conforme a su art. 1° el proyecto pensado para regir en el ámbito de la salud pública de la CABA, tiene por objeto proteger y promover el derecho de la gestante a un duelo respetado y a la atención integral frente a la muerte gestacional y neonatal.

Repite las definiciones de la ley de Misiones.

En el proyectado art. 5° se prevé que la gestante tendrá derecho a individualizar y a solicitar la inscripción en el Libro de Defunciones del Registro Civil con los nombres y apellidos que elija los que deberá reflejar el certificado médico de defunción fetal y el acta de defunción del Registro Civil. La imposibilidad de determinar el sexo del mortinato no podrá ser excusa para oponerse al nombre elegido por la persona gestante.

En el proyectado art. 9° se prevé que la gestante tiene derecho a tomar contacto con los restos del mortinato, a decidir su destino final y a realizar la inhumación o cremación conforme a sus creencias en el marco de las leyes sanitarias mortuorias vigentes.

Entre sus fundamentos refiere como precedente al proyecto expediente 1664-D-2020.

Cabe señalar que allí también expresa “[e]l centro es la persona gestante como sujeto de derechos, y esos derechos de la persona gestante no pueden estar subordinados o condicionados por criterios como el peso o la edad gestacional del feto”.

Esta salvedad —centrar el proyecto en el bienestar y derechos de la gestante— sin duda loable y necesario, prescinde absolutamente de reconocimiento alguno a la dignidad del mortinato, que, de tal suerte, pasa de ser sujeto, a objeto del contexto gestacional.

VII. MUY BREVES CONCLUSIONES

La dignidad como máximo respeto de la especie más elevada del mundo natural, sólo puede predicarse del ser humano.

rias que sean necesarias para la implementación del Registro especial para la inscripción del mortinato.

En nuestra legislación se es persona desde la concepción, lo cual está dispuesto por múltiples normas de derecho positivo vigentes. A la persona humana concebida pero aún no nacida se la denomina persona por nacer.

La pérdida de derechos como si nunca hubiese existido, en caso de nacer muerto, sólo afecta a sus derechos patrimoniales, y, aun así, no a todos ellos.

Nadie muere sin haber vivido. El mortinato vivió en el seno materno y falleció.

El mero hecho de haber vivido —aún como persona por nacer— lo hace merecedor de dignidad, igual que cualquier persona humana.

El descarte de su cuerpo en calidad de residuos patogénicos y consiguiente ausencia de inhumación del mortinato afecta gravemente su dignidad.

No debe resultar óbice a darle digna sepultura, la mera formalidad de carecer de una inscripción registral o de un nombre. Porque las personas sin nombre también se inhuman.

Vulnerar la dignidad del *nasciturus*, y en consecuencia la del mortinato que fue *nasciturus* en el seno materno, también afecta gravemente los intereses y afectos de los progenitores, que deben tutelarse. Pero el derecho a formar parte de la especie humana debe reconocerse en forma autónoma al *nasciturus* y al nonato, por poco que hayan vivido. Porque la calidad de persona humana no se gradúa según el paso del tiempo.

El tiempo de gestación del mortinato, que es lo que duró toda su vida, es irrelevante a efectos de reconocerle dignidad; lo contrario significaría que la calidad de ser humano se adquiere con el tiempo. Lo que —sin duda— no es así.

LAS MEDIDAS DE AUTOPROTECCIÓN Y OTRAS DECISIONES SOBRE LA VIDA

POR ZULEMA WILDE (*)

I. INTRODUCCIÓN: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS ANTICIPADAS

La realidad suele plantear difíciles opciones frente a la situación de los enfermos terminales, basta conocer los casos vividos en otros países o en el nuestro, para comprobarlo.

Suele ser dramático tener que optar entre la no prolongación de la vida de un ser humano, ante los enormes sufrimientos que estos enfermos padecen, frente a la opción de no acortarla, a costa de tratamientos invasivos e inútiles para sólo prolongarla en el tiempo.

Esto suele acontecer en algunas ocasiones, en condiciones poco dignas o cuando están sometidos al conocido “encarnizamiento terapéutico”.

Tratamientos con los que en algunos casos se lesiona la autonomía de la voluntad y/o la dignidad de la persona.

Detrás de ese drama existe el reiterado debate entre la vida como derecho humano primigenio y fundamental de todo el ordenamiento jurídico ⁽¹⁾, o la dignidad como derecho esencial de nuestra existencia, lo que provoca la postura inversa, la de tomarla como presupuesto básico de nuestra vida.

(*) Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Sambrizzi, Eduardo A. Eutanasia. No existe un derecho a morir. Jurisprudencia Argentina, Thomson Reuters, Viernes, 02/06/2023.

Así lo sostenía Morello y también Ekmekdjian, afirmando que “la vida indigna no merece ser vivida”.

Esta última posición no sólo la encontramos en doctrina en estos casos sino también en las acciones de daños llamadas *wrongful birth* o *wrongful conception* y *wrongful life*.

La doctrina y la jurisprudencia catalogó a las acciones de *wrongful birth* o *wrongful conception* como aquellas que ejercitan los padres contra el profesional médico o centro de salud por haberse vistos imposibilitados de acudir, en principio, a la interrupción voluntaria del embarazo, con motivo de la enfermedad o discapacidad o malformación que presentaba el niño por nacer, siempre que dicha enfermedad o discapacidad o malformación hubiera podido ser detectada antes de su nacimiento.

En las acciones de *wrongful life*, en cambio, la acción es ejercida por el niño, quien solicita una indemnización por el daño que en su salud experimenta.

De modo tal, que hubiera preferido no nacer, a nacer en esas condiciones.

Es el propio hijo con un grave defecto o discapacidad, o malformación, él que reclama por los sufrimientos que padece, en razón de que la negligencia médica le impidió a sus padres impedir o interrumpir el embarazo.

La enfermedad o la malformación que padece la criatura es inherente a la concepción misma, esto es, la actuación del médico no la ha provocado, sino que se ha limitado a no diagnosticarla o a no informarla cuando se detectó.

En esencia estas acciones recogen la misma concepción, que la vida indigna no merece ser vivida.

El constitucionalismo durante los siglos anteriores al actual, no siempre se ocupó de estos temas relacionados con la vida y la muerte.

Si bien fue materia de su atención, los derechos que debe gozar una persona durante su vida, mas no ha hecho mucha referencia al comienzo y fin de ella.

Basta ver lo acontecido en EE. UU. con el caso “Roe v. Wade” el año pasado, para comprobar, que interpretando la corte suprema con distinta composición, los mismos enunciados constitucionales, arriba a

soluciones dispares. ⁽²⁾ Nuestra constitución protege la vida principalmente en los arts. 29 y 33; y en las convenciones internacionales incorporadas a ella en el art. 75, inc. 22 ⁽³⁾.

La incidencia no sólo es por la incorporación de los tratados a nuestra constitución sino también por la interpretación que se haga de ellos, tanto en los dictámenes de la comisión interamericana de derechos humanos (CIDH) como en las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos y otros organismos internacionales, los que son obligatorios para nuestro país, aunque no haya sido parte de la controversia.

El contenido y efecto de los tratados, convenios, resoluciones, dictámenes, declaraciones constituyen un sistema regional de protección de los derechos humanos, determinando el alcance de las leyes. ⁽⁴⁾

Además, nuestra constitución también protege la autonomía de la voluntad y la dignidad en el art. 19, por él que se impide que los poderes públicos se entrometan en la vida privada de las personas.

Este artículo preserva a las conductas autorreferentes de posibles intrusiones de los poderes del estado.

“Un estado constitucional y democrático debe imperiosamente conceder y garantizar una esfera de libertad donde los ciudadanos puedan desarrollar con amplitud su proyecto de vida” ⁽⁵⁾.

Esta opinión de Nino se encuentra hoy refrendada por la corte interamericana de derechos humanos, la que afirma que:

(2) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113(1973) argued December 13, 1971; reargued October 11, 1972; decided January 11, 1973. Full name *Jane Roe et al v Henry Wade*, District Attorney of Dallas, Tx. Citations, more, 93 S. Ct. 705; 35 L ED. 2 d 147; 1973 US. LEXIS 159

(3) Declaración Universal de los derechos del hombre, Paris, 1944, Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; Bogotá, 1948, Convención Interamericana de derechos humanos, Pacto de San José.

(4) Wilde, Zulema. ¿La fidelidad es causa o consecuencia de la crisis matrimonial? Responsabilidad civil”. Estudios sobre obligaciones y responsabilidad civil en homenaje

al académico Félix A. Trigo Represas. *La Ley*, Thompson Reuters, Bs. As. pág. 898.

(5) Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Planeta, Bs.As. 1983, pág. 143.

[E]l concepto de libertad y la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme sus propias opciones y convicciones, son un derecho humano básico, propios de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la convención americana ⁽⁶⁾.

Nuestra corte suprema de justicia ha reiterado en varios de sus fallos que “el artículo 19 de la constitución nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de todo lo que le es propio, ordenando la convivencia humana”. Mas ha sostenido que aún “un enfermo en peligro de muerte puede tener razones adecuadas y valaderas, tanto desde el punto de vista humano como ético para rechazar una operación, aunque sólo por medio de ella fuera posible liberarse de su dolencia”. ⁽⁷⁾

Lo señalado muestra la conflictiva no sólo en materia constitucional en nuestro país al igual que en el mundo.

Pareciera, sin embargo, que en el transcurso de estos años, el foco de inquietudes se ha volcado más hacia la problemática del suicidio asistido, la eutanasia activa o la sedación profunda.

Ejemplos de ello son:

Ana Estrada en Perú padece o padecía poliomiostosis, que es una enfermedad que provoca una debilidad muscular progresiva.

El caso es realmente muy doloroso, es una mujer de más de cuarenta años, escritora, poeta, psicóloga, que sufre de una enfermedad muscular degenerativa y progresiva, rara e incurable, que provoca inflamación en los músculos y le genera mucha dificultad para respirar, por ello está forzada a estar entubada, para respirar y comer.

Ella soporta esta enfermedad desde los doce años y desde los veinte está en una silla de ruedas, a pesar de ello estudió la carrera de psicología

(6) Corte IDH, 28/12/2012, Fallo “Artavia Murillo vs Costa Rica”, C., VIII. P. 44

(7) SAIJ. gob.ar, CSJNA, Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar, sentencia del 06/04/1993. Los Dres. Carlos Fayt y Rodolfo Barra sostuvieron que “El respeto a la persona humana es un valor jurídicamente protegido con respecto al cuál los restantes valores tiene siempre carácter instrumental...” con expresa referencia al marco constitucional de los derechos de la personalidad y la doctrina relacionada con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer del propio cuerpo, con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional y el artículo 19 de la ley 17132”.

en la Pontificia Universidad Católica de Perú. ejerció su profesión mientras su cuerpo se lo permitió, más hoy pasa la mayor parte del tiempo en la cama y es asistida por enfermeras, y como se dijo, la hidratan y la alimentan artificialmente.

Desde 2016 afirma que le resultaba difícil hablar porque se cansa. Ella tiene un blog llamado “Ana busca la muerte digna”.

La corte suprema del Perú en julio de 2022, ha reafirmado la sentencia que le permitirá tener una muerte digna.

Por esta única vez autorizó la eutanasia, con cuatro votos a favor y dos en contra. La demanda fue interpuesta por la defensoría del pueblo, en su representación, contra el ministerio de salud y el seguro social de salud.

La jueza de ejecución de sentencia desobedeció la orden de la corte suprema.

Hubo que designar a un juez subrogante, para que se cumpla la sentencia, en la que se ha ordenado “respetar la decisión de Ana”, de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia. debiéndose entender “a la eutanasia como la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa) un fármaco destinado a poner fin a su vida”, decidiendo que, en este único caso, se “inaplique el artículo 112 del c. penal que prohíbe la muerte asistida”.

Cabe preguntarse ¿por qué es necesario recurrir a la eutanasia activa, o un suicidio asistido o a una sedación terminal?

La organización mundial de la salud define a la eutanasia como “aquella acción del médico que provoca deliberadamente la muerte del paciente”.

El suicidio asistido es el proceso del fin de la vida evitando el sufrimiento y manteniendo el control y la autonomía, ya que si bien el médico suministra la sustancia, quien lo toma es el propio interesado.

La sedación terminal ha sido definida como:

[L]a administración deliberada de fármacos para producir una disminución suficientemente profunda y previsiblemente irreversible de la conciencia en un paciente que su muerte se prevé próxima, con la

intención de aliviar un sufrimiento físico y/o psicológico inalcanzable con otras medidas y con el consentimiento explícito, implícito o delegado del paciente ⁽⁸⁾.

Esta conducta nos enfrenta a dilemas humanos y éticos: ¿dónde está el límite entre la dosis terapéutica y la letal?

[L]a doctrina del doble efecto plantea la siguiente cuestión ¿es lícito realizar una acción en la que además de conseguirse un efecto bueno, se consigue también un efecto malo? esta incertidumbre paraliza la decisión del sujeto, ya que el efecto bueno impulsa a realizar la acción y el efecto malo a no realizarla, atendiendo al principio ético de *bonum faciendum el malum vitandum* (hace lo bueno y evita lo malo).

Hay varios autores que enmarcan a la sedación terminal dentro de esta teoría, ⁽⁹⁾ ampliamente aceptada y ratificada por la iglesia católica que la considera una herramienta muy útil y fundamentalmente éticamente correcta, en la toma de decisión ante el sufrimiento intenso. ⁽¹⁰⁾

(8) Azulay Tapeiro, A., La sedación terminal. Aspectos éticos. Anales de Medicina Interna. Asociación de medicina Interna, Madrid. Volumen 20, N°. 12- 2003, definición de Porta, J. "Definiciones y opiniones acerca de la sedación terminal". Estudio multicéntrico catalano-balear. Scielo.isciii.es

(9) Ibidem.

(10) John Paul II, "The Gospel of life", New York, Random House, 1995, (177-118) Links, citado por Azulay Tapeiro A., en el artículo "La sedación terminal. Aspectos éticos".

Nota 12. "Scielo.isciii.es Threats which are no less serious hang over the incurably ill and the dying. In a social and cultural context which makes it more difficult to face and accept suffering, the temptation becomes all the greater to resolve the problem of suffering by eliminating it at the root, by hastening death so that it occurs at the moment considered most suitable. Various considerations usually contribute to such a decision, all of which converge in the same terrible outcome. In the sick person the sense of anguish, of severe discomfort, and even of desperation brought on by intense and prolonged suffering can be a decisive factor. Such a situation can threaten the already fragile equilibrium of an individual's personal and family life, with the result that, on the one hand, the sick person, despite the help of increasingly effective medical and social assistance, risks feeling overwhelmed by his or her own frailty; and on the other hand, those close to the sick person can be moved by an understandable even if misplaced compassion. All this is aggravated by a cultural climate which fails to perceive any meaning or value in suffering, but rather considers suffering the epitome of evil, to be eliminated at all costs. This is especially the case in the absence of a religious outlook which could help to provide a positive understanding of the mystery of suffering. On a more general level, there exists in contemporary culture a certain Promethean attitude which leads people to think that they can control life and death by taking the decisions about them into their own hands. What really happens in this case is that the individual is overcome and crushed by a death deprived of any prospect of meaning or hope. We see a tragic expression of all this in the spread of euthanasia-disguised and surreptitious, or practiced openly

Pensaba en esta pobre mujer que tiene una enfermedad irreversible, incurable y padece un estado terminal porque recibe oxígeno desde hace cuatro años, a través de una traqueotomía con un respirador artificial.

La alimentación y la hidratación sólo prolonga su vida y ella está plenamente lúcida, esperando su final.

Basta imaginar lo cruel y espantoso que sería sacarle el soporte vital a una persona que está plenamente lúcida. Sería ignominioso porque se asfixiaba al no poder respirar por sí misma.

El caso, aún no ha terminado ya que se ignora si se ha cumplido la sentencia, pero no deja de conmocionar el sufrimiento de otro ser humano.

¿Cuál es el destino de ella en el futuro si no hubiere ninguna intervención?

No poder hablar, o deglutir, o morirse atragantada comiendo, o ser alimentada mediante un botón gástrico, o asfixiarse estando consciente...

No es la única persona en esta desgraciada situación.

Hay una antropóloga, abogada, notaria, argentina de 70 años, que padece de esclerosis lateral amiotrófica (ELA), Adriana Stagnaro, que pide por el derecho a un buen final de la vida, evitando el dolor. mientras suplica por ello, investiga sobre su propia enfermedad ⁽¹¹⁾.

and even legally. As well as for reasons of a misguided pity at the sight of the patient's suffering, euthanasia is sometimes justified by the utilitarian motive of avoiding costs which bring no return and which weigh heavily on society. Thus it is proposed to eliminate malformed babies, the severely handicapped, the disabled, the elderly, especially when they are not self-sufficient, and the terminally ill. Nor can we remain silent in the face of other more furtive, but no less serious and real, forms of euthanasia. These could occur for example when, in order to increase the availability of organs for transplants, organs are removed without respecting objective and adequate criteria which verify the death of the donor. Suffering, euthanasia is sometimes justified by the utilitarian motive of avoiding costs which bring no return and which weigh heavily on society. Thus it is proposed to eliminate malformed babies, the severely handicapped, the disabled, the elderly, especially when they are not self-sufficient, and the terminally ill. Nor can we remain silent in the face of other more furtive, but no less serious and real, forms of euthanasia. These could occur for example when, in order to increase the availability of organs for transplants, organs are removed without respecting objective and adequate criteria which verify the death of the donor".

(11) Infobae.com. Quiero la eutanasia y morir plácidamente. Nota de Gisele Souza Días. 25/03/2023.

Adriana hace ya dos años que se ha quedado sola, su compañero de vida falleció, lo que torna más angustiante su situación.

Ella pregunta ¿por qué no me permiten terminar con suavidad el suplicio al que me somete mi cuerpo?

No sólo ella padece esta enfermedad.

[P]or fuera es pura quietud; por dentro, un volcán de ideas en constante erupción. Con este fuerte y dramático contraste, Esteban Bullrich lleva adelante su vida y atraviesa el tercer año desde que contrajo ELA.

Sin movimientos de los pies a la cabeza y sin habla, su comunicación con el exterior es a través de una Tablet en la que, con sus ojos, letra a letra, compone palabra con las que se hace entender y que se convierten en su voz, algo robotizada, ya que antes de perderla del todo grabó las letras del abecedario.

Ni la traqueotomía, ni el botón gástrico, ni la constante atención de kinesiólogos para elongar sus músculos, lo amilanan. su actividad lejos de declinar, crece [...] sigue adelante, aferrado a la vida, con una enorme resiliencia y voluntad de hierro. ⁽¹²⁾

Agregaría su enorme fe en dios y una familia hermosa, lo acompañan, lo que le ayuda a seguir luchando. su historia es muy inspiradora.

Cada uno elige su destino, en la medida que la ley les dé la libertad de decidir y como él dice: “aprender a vivir en la diferencia. No hay nada que dios haya hecho en el mundo que sea idéntico para más de una persona”. ⁽¹³⁾

Estos casos no difieren del de Ovidio González en Colombia, que aquejado de cáncer sufría enormes dolores, el que dio origen al protocolo de sedación profunda, autorizado por la corte suprema del país, por lo que fue considerado como el primer caso de eutanasia en América latina.

En Italia, el primer paciente en acogerse a la eutanasia es un hombre que sufría tetraplejía, como consecuencia de un accidente de tránsito, y otros problemas de salud.

Su lesión medular era irreversible y los otros problemas de salud le impedían llevar una vida normal y relajada por los intensos dolores físicos y psíquicos que soportaba. Además, era asistido con soporte vital.

(12) La Nación. Conversaciones. Nota de Pablo Sirven. 2/06/2023.

(13) Ídem.

El tribunal constitucional, apoyado en la ley de 2019, que receptó la muerte digna, reconoció ese derecho a esta persona, en razón de su desgraciada situación, decidiendo hacer lugar a su súplica.

El mismo afirmó que la sentencia, lo relajó después de muchos años de tensión.

En España, acontece de la misma manera, la ley que autoriza la eutanasia activa entró en vigor en junio de 2021, y el primer paciente, Javier Serrano, enfermo de ELA, desesperado por los dolores, que ni la morfina calmaba, logró su deseo.

Se concretó el 3 de noviembre del mismo año, rodeado del personal médico y su familia.

Los países que ya autorizaban la eutanasia son varios ⁽¹⁴⁾, se suman los que permiten el suicidio asistido ⁽¹⁵⁾o como la Argentina y México que consienten la ortonasia.

Los anteriores casos jurisprudenciales tenían otras características como fue el de Karen Quinlan, Nancy cruzan y más recientemente el de Terri Schiavo en EE. UU., todas ellas estaban inconscientes.

No por eso dejaron de ser dolorosos por no decir trágicos, no sólo por la situación en sí, sino por el trato posterior que se le dio.

El triste caso de Terri Schiavo muestra una lucha de ideologías y posiciones políticas, más que una acción piadosa dirigida a esa persona sufriente.

(14) La Nación, 7 de enero del 2022, hs.16,27. “En que países es legal la eutanasia y en qué se diferencia del suicidio asistido”. Países que aceptan la eutanasia en su legislación: Países Bajos (2002); Bélgica (2002); Luxemburgo (2009); Colombia (2014); Canadá (2016) (Quebec); España (2021), Nueva Zelanda (2021).

Clarín.com del 20/11/2022, “Suicidio asistido: los países que lo permiten”. En la nota se informa otros estados de USA que admiten la eutanasia: Colorado, (2016), Washington D.C. (2016), Hawái (2018); New Jersey (2019); Maine (2020), New México (2021)

(15) Todo Noticias, TN, 5 de abril de 2019, 10,44 hs. “Muerte asistida: en que países existe y cómo funciona.” El suicidio asistido es legal en algunos estados de Australia y Estados Unidos; (Oregón, Washington, Montana, Vermont, California).

Clarín.com 20/11/2021, actualizado el 25/11/2021 a las 12,27 hs. “Suicidio asistido: los países que lo permiten. Alemania y Suiza no lo prohíben. Nueva Zelanda en Victoria, Western Queensland y Tasmania. También Canadá. Austria, la Corte Suprema del país decretó que la prohibición al suicidio asistido es inconstitucional.

La contienda judicial se prolongó desde 1998 hasta el 2005, en la que también intervino el poder legislativo y el ejecutivo del estado de florida. Jef Bush, en ese entonces era su gobernador.

Sumándole la participación del presidente de los EE. UU., hermano del gobernador y la del poder legislativo federal dando a través de una ley dictada con premura, competencia a los jueces federales para conocer sobre estos casos.

Ningún juez federal aceptó esa competencia, declarando inconstitucional a esa ley.

Sin olvidar que Terry se encontraba en estado vegetativo desde 1990.

Nuestra reciente historia en esta materia también muestra esa conflictiva, prueba de ella, las leyes que se han ido dictando, alguna a compás de los acontecimientos de público conocimiento.

Esto muestra la necesidad que se tome amplio conocimiento de las disposiciones anticipadas, porque son realmente trascendentes para la vida de los seres humanos, como muestra de nuestra autonomía y libertad, así como crearlas de modo tal, que se tenga la certeza que “proviene del paciente” y que “responden a una voluntad libre y esclarecida”⁽¹⁶⁾ y garantizar que se respeten⁽¹⁷⁾.

II. LEGISLACIÓN NACIONAL

En este momento tres distintas leyes nos rigen, en forma concomitante: las disposiciones del código civil y comercial, la ley de derechos del paciente y la llamada ley de muerte digna.

El artículo 60 del código civil y comercial es el que se refiere a las directivas anticipadas.⁽¹⁸⁾

(16) Tobías, José W., “Las directivas anticipadas”. L.L.6/5/2016; La Ley 2016 C- 790; D F y P 2016 (julio) .133.

(17) Ídem

(18) “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 revocada en todo momento”.

El tema ya se encontraba regulado por los artículos 10 ⁽¹⁹⁾ y 11 ⁽²⁰⁾ de la ley 26.529 con las modificaciones que introdujo la ley de muerte digna.

Al no ser derogadas por el código, subsisten.

De allí, que en caso de diferencias entre las normativas debería resolverse de la manera más favorable al dador de las disposiciones para proteger sus derechos.

Las disposiciones anticipadas o de autoprotección son una declaración de voluntad, que hace una persona en pleno uso de sus facultades mentales, para el supuesto que en el futuro no pueda expresar sus decisiones, en materia de salud.

Es un consentimiento anticipado ante su posible incapacidad sobreviniente.

El artículo 5° de la ley 26.529 fue modificado por la ley de muerte digna ⁽²¹⁾.

(19) Artículo 10 de la ley 26.529. La decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar constancia en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica.

(20) Artículo 11 de la ley 26.529. Directivas anticipadas. Toda persona 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 la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.

(21) Artículo 5° de la ley 26.529. Definición: Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniendo información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- 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.

No resulta sencillo cumplir con todos los requisitos que este artículo exige, en razón que en varias de las ocasiones que se dictan disposiciones anticipadas, las referencias son más genéricas, no tan concretas como cuando se trata de una determinada dolencia y en un específico estadio de ella.

Lo señalado no debe impedir que la persona no sea informada de una manera cualitativa.

Puede ocurrir que una persona decida otorgar medidas anticipadas sin estar enfermo, lo que significa expresar que su estado de salud es bueno, que no requiere ningún procedimiento en ese momento, que consecuentemente no hay objetivo perseguido actual, pero si lo puede haberlo en un futuro (situación eventual).

Menos se especula con beneficios esperados en la actualidad, como tampoco se están corriendo riesgos más puede considerárselos en lo venidero y tomar decisiones a ese respecto, ni se sufren molestias hoy, ni hay efectos adversos previsibles.

Menos se puede hablar de tratamientos alternativos, ni de consecuencias previsibles de la no realización del tratamiento primigenio. de modo que no debe exigirse que se cumplan de la misma manera que cuando existe una situación concreta.

Ese documento legal permite a las personas expresar sus deseos sobre su salud y el tratamiento médico que quieren recibir, o no desean que se le suministre, en caso de que ya no pueda tomar decisiones por sí mismas.

El contenido es difícil de prever en los casos de personas sanas, porque no se sabe cuál será la enfermedad o accidente que los aqueje en el futuro, a diferencia de cuando se trata de enfermedades degenerativas progresivas.

g) El derecho que lo asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial, o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también el derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estado terminal irreversible o incurable.

h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Es adecuada la solución legislativa argentina en cuanto a que estas disposiciones son obligatorias para el médico tratante.

Cuando son sólo indicativas, u obligatorias, pero con salvedades que permiten que sean evadidas, como ocurre en la legislación francesa, se pueden dejar de cumplir, impidiendo concretarse la finalidad que persiguen, que es permitir que uno decida sobre su propia vida.

De ese modo regresamos al paradigma anterior, en el que el médico determina o manda, en lugar de hacerlo el paciente.

Lo ideal es que la ley en este aspecto, como lo es la ley argentina, sea imperativa, respetando la voluntad de quien las dictó.

Francia en su ley de salud, en el tercer párrafo del artículo 1111-11, en su redacción resultante de la ordenanza del 11 de marzo del 2020, establece que:

[L]as instrucciones previas se impondrán al médico ante cualquier decisión de investigación, internación o tratamiento, salvo en caso de urgencia vital durante el tiempo necesario para una evaluación completa de la situación y cuando las instrucciones previas parezcan manifiestamente inadecuadas o no acorde con la situación médica.

Lo que se cuestionó fue el párrafo final del artículo, “cuando las instrucciones previas parezcan manifiestamente inadecuadas o no acorde con la situación médica”, por entenderse que vulneraba la autonomía de la voluntad y además eran tan genéricas que posibilitan interpretaciones abiertas.

A pesar de ello el tribunal constitucional, no acogió la acción, sosteniendo entre otras razones que en el supuesto de disidencia con la conducta del médico por parte del enfermo o de la familia, en el caso concreto, tenían el recurso de litigar ante la justicia.

El tribunal sostuvo además que el legislador buscó garantizar los cuidados más adecuados a su estado y velar por la salvaguarda de la dignidad de las personas al final de la vida la pregunta a hacerse frente a esa resolución: ¿hay un estándar objetivo de “cuidado más adecuado”? ⁽²²⁾

Eso implicaría que los médicos nunca podrían disentir frente a un diagnóstico determinado respecto al tratamiento a implementarse.

(22) Sentencia número 2022-1022 QPC del 10/11/2022 del Consejo Constitucional de Francia.

Dando por cierto que coincidirían en ese diagnóstico y en la conducta posterior para encararlo.

Y de haber ese estándar objetivo ¿por qué debería ser impuesto?

Esta norma habilita a que el médico no respete las disposiciones anticipadas y le permite continuar con un tratamiento de soporte vital, aunque el paciente haya dado instrucciones rechazándolas.

Han regresado al esquema anterior, él que decide es el médico o un conjunto de ellos y no el paciente.

¿Qué sentido o razón tendría el deber del profesional de información y comunicación con el paciente, él que está directamente relacionado con el deber de requerir su consentimiento para determinada práctica profesional?

¿Si luego él médico o en el ateneo que ellos realicen, decidan proceder conforme al criterio al que arribaron? ¿Para qué pedirle el consentimiento informado si no lo van a respetar?

[L]a obligación de informar no se presenta de un modo uniforme, pues puede perseguir diversos objetivos. En primer lugar, se puede situar aquellos casos en los que la información es justamente el servicio solicitado al profesional, en su carácter de experto, por el cliente. comúnmente en tales casos, la solicitud incluye un asesoramiento sobre la información recibida, de modo que el cliente puede adoptar con posterioridad las decisiones que estime más oportunas para sus intereses ⁽²³⁾.

Lo descripto por los Dres. Trigo Represas y López Mesa se adapta al supuesto de información y asesoramiento antes de extender las disposiciones anticipadas.

A su vez estos autores citan a Romeo Casabona:

Es característica común a todas las modalidades de información profesional que su extensión, forma, contenido, nivel de comprensión, restricción, etc., debe adaptarse a cada situación concreta, sobre todo a la naturaleza de la prestación profesional y a las condiciones personales del cliente ⁽²⁴⁾.

(23) Trigo Represas F. y López Mesa, M. "La responsabilidad civil de los profesionales", Lexis Nexis, Bs. As., 2005, p. 25.

(24) *Ibidem*.

No cabe más que distinguir en que ocasión se decidió suscribir las disposiciones anticipadas, si la persona estaba enferma o no, y merituando esa situación concreta, interpretar que requisitos del artículo cinco podían ser cumplidos y cuáles, no.

En esencia, lo que se está controvirtiendo en ese artículo de la ley de salud francesa, es si la disposición anticipada es o no acorde con la *lex artis*.

Cuando se ocasiona un daño en los supuestos de intervenciones médicas, es usual imputar al profesional no haber dado cumplimiento a lo que emerge de la *lex artis*.

Podríamos conceptualizar como ese actuar acorde con las circunstancias del caso, teniendo en cuenta el grado de evolución de la ciencia y de su correcta aplicación al tiempo en que acontece la intervención del profesional.

Es “aquel criterio valorativo, de la corrección del acto médico, ejecutado por el profesional de la medicina...”⁽²⁵⁾

En estos casos no se está evaluando el acto médico con el criterio de la responsabilidad civil, en razón que su accionar está condicionado por la decisión del paciente expuesta en la directiva.

Lo que se está priorizando es el respeto por la voluntad del paciente, siendo su único límite legal “no desarrollar prácticas eutanásicas”, en nuestra ley.⁽²⁶⁾

Otra preocupación es la necesidad o no de actualizar las disposiciones ante el transcurso del tiempo, haya o no progresos científicos sobre la temática específica, a la que se alude.

En el orden interno, el art. 19 inciso 3 de la ley 17.132, respecto de las obligaciones del médico, dispone “en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse”.

Habría que considerar que el firmante siempre tiene amplia posibilidad de revocación de esta decisión, de modo que entiendo modesta-

(25) Martínez Calcerrada y Gómez, Luis. “La responsabilidad civil medico sanitaria”. Colección Jurisprudencia Práctica. Ed. Tecnos. Madrid, p. 7, citado por Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo en “La responsabilidad civil de los profesionales, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 25.

(26) Artículo 11 de la ley 26.529 “salvo las que impliquen desarrollar practicas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”.

mente que ponerle un plazo para su caducidad, lo perjudicaría más que beneficiarlo.

Además, hay supuestos en que esa decisión no variaría, cuando responde a creencias religiosas o presupuestos de vida ⁽²⁷⁾.

De modo que, no habiendo plazo de caducidad en la ley, las disposiciones anticipadas deben ser acatadas.

Se debe instrumentar por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, con la presencia de dos testigos, lo que brinda seguridad respecto de la identidad de la persona y además conocimiento del estado de salud mental, al momento de su declaración.

Se puede dar poder a una o varias personas sucesivamente, que no tienen necesariamente que tener vínculo de parentesco alguno con el mandante.

Lo que es una solución legislativa en este punto, muy adecuada a la situación porque la persona elige a su criterio, quién es aquella de su más absoluta confianza.

Pueden darse en algunos casos conflictos de intereses con los parientes más cercanos, en especial con los descendientes.

El apoderado designado expresará el consentimiento para los actos médicos y ejercerá no sólo la representación sino inclusive la curatela, con intervención del juez.

Si está limitado en su capacidad de ejercicio para determinados actos, hechos o actos jurídicos, que serán siempre específicos, puede designar quien o quienes van a ser sus apoyos ⁽²⁸⁾.

Nuestro código marca que las limitaciones son excepcionales y siempre en beneficio de la persona, sosteniendo el derecho de autodeterminación.

(27) Fallo del juez Pedro E. Hoff, en los autos "Ángel Parodi", publicado el 2 de diciembre del año 2015. <http://policlinicodeldocente.com.ar>

(28) Artículo 12 inc. 3 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. "Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad, al apoyo que puedan necesitaren el ejercicio de su capacidad jurídica".

De modo que si bien el tema ya se encontraba regulado por los artículos 10 y 11 de la ley 26.529, con las modificaciones introducidas por la ley de muerte digna, sin embargo, el código lo hace de manera más amplia en cuanto prevé la posibilidad de quién ha de expresar el consentimiento.

El artículo 133 del Cód. Civ. y Com. establece en concordancia con el artículo 60, que la persona puede designar a quien va a desempeñar su curatela, en caso de que sobreviviera su incapacidad.

De lo expresado se deduce lógicamente, la posibilidad de designar sus apoyos en el supuesto que se encuentre limitado su ejercicio.

El artículo 11 de la ley 26.529 explicita con más precisión que no sólo la decisión puede ser positiva, sino que puede haber una negativa a recibir determinados tratamientos o prácticas.⁽²⁹⁾

Lo que lleva a pensar que aun cuando sean contrarias a la *lex artis*, se aplican por decisión del paciente.

Es común que los “Testigos de Jehová” se opongan a las transfusiones de sangre.

El respeto a las directivas anticipadas se refleja en lo decidido por la CS el 01/06/2012 en autos “Albarracini Nieves Jorge Washington s/ medidas precautorias”.

En este caso el padre pide que se realice una transfusión de sangre a su hijo y el tribunal no hace lugar en virtud de que el paciente había rechazado ese tratamiento en una directiva anticipada.

El artículo 10 se refiere a la revocabilidad de lo anteriormente decidido. y a que medidas y precauciones debe tomar el profesional en ese supuesto⁽³⁰⁾.

Básicamente con anterioridad al código que nos rige, en orden a la autonomía de la voluntad del paciente, en la ley de muerte digna (ley 26.742), ya se reconocía su derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente esa manifestación de voluntad.

(29) Ver referencia 19.

(30) Ver referencia 18.

En el marco de esas facultades, según agregó la ley 26.742, el paciente que presente 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 derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial, o al cese, o no inicio de medidas de soporte vital cuando sean desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado.

Igualmente podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estado terminal, irreversible o incurable.

En todos los casos, la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas paliativas que tienen a disminuir, quitar el dolor o hacer más comfortable la vida del paciente.

La sanción de la norma ocurrió como consecuencia del caso Camila Sánchez, él que movilizó al campo jurídico, político y a la opinión pública en aquel entonces.

Su mamá, Selva Herbón, pedía que se avanzara con una ley que autorizara el retiro del soporte vital, lo que permitiera el devenir de la muerte de su hija, quién permanecía en estado vegetativo desde su nacimiento, en el Centro Gallego de Buenos Aires.

Esa bebe por una mala praxis médica dejó de recibir durante el parto el flujo sanguíneo que provee el cordón umbilical, al ser cortado con anterioridad a su nacimiento. La nacida muerta fue reanimada pero nunca salió del estado vegetativo en el que quedó durante más de dos años.

Durante esos dos años su mamá la visitó todos los días.

En igual lineamiento, cabe mencionar también el caso referido a una persona que permaneció en estado vegetativo por más de veinte años, es el expediente “D.M.A. s/ declaración de incapacidad”.

Las hermanas y curadoras del paciente pidieron el cese de todas las medidas de sostén vital con el aval de al menos tres prestigiosos comités de bioética, que afirmaban que su estado era irreversible.

Más, se opusieron a esta medida los integrantes del equipo médico e instituciones religiosas que llamaron a “defender la vida”.

El pedido que buscaba garantizar la muerte digna fue rechazado en las instancias inferiores y el tribunal superior de justicia de Neuquén lo acogió, señalando que no debían judicializarse estas cuestiones ya que quedaban bajo la órbita de los derechos del paciente modificada por la ley de muerte digna (ley 26.742).

Este criterio fue avalado por la procuración general de la nación sosteniendo que dadas las circunstancias era menester adoptar acciones para el adecuado control y alivio de sufrimiento del paciente en protección de sus derechos constitucionales.

El caso fue resuelto por la CS el 7 de julio de 2015, ordenándose el cese de todo soporte vital.

En cuanto a la alimentación y a la hidratación artificial, medios que mantienen vivo a “M.” dispuso que también pueden ser rechazados cuando produzcan “como único efecto” la prolongación en el tiempo del estado terminal, irreversible e incurable.

La corte afirmó que existe consenso en la ciencia médica en cuanto a que estos, en tanto brindan al paciente soporte vital constituyen en sí mismo un tratamiento médico.

Además, adujo que la vida y la salud son derechos personalísimos y no se trata de que las personas autorizadas por la ley decidan la cuestión relativa a la continuidad del tratamiento médico o la provisión de soporte vital, en función de sus propios valores, principios o preferencias, sino que, como resulta de la ley, ellas (las hermanas) sólo pueden testificar bajo declaración jurada en qué consiste la voluntad del paciente al respecto.

[C]on sustento en el art. 19 de la constitución nacional, que concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su vida y de cuanto le es propio, es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal, que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada, idea que ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529, al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos, “con o sin expresión de causa” (art. 2° inc. e) ⁽³¹⁾.

(31) Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo DMA s/declaración de incapacidad, <http://www.sajj.gob.ar>.FA 130700

Del mismo modo, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la convención de los derechos del niño a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

En esta misma línea la convención interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores, en su artículo seis se refiere a la vida y la dignidad de ellas, obligando a los Estados Partes a garantizar el acceso a cuidados integrales incluidos los paliativos; evitando el aislamiento, los sufrimientos innecesarios, intervenciones inútiles y tratando de manejar el dolor y el temor a la muerte.

Reafirma el poder de decisión en la persona mayor, remitiéndolo a la legislación interna en caso de emergencia.

Las disposiciones anticipadas también son llamadas “testamento vital”, “testamento de vida” y nacieron en Estados Unidos.

Su fundamento esencial es el derecho de la autonomía para decidir sobre el propio cuerpo y el derecho a contar con un ámbito de reserva, en la medida que las acciones privadas de los hombres no dañen los derechos de terceros, ni la moral, ni el orden público. Estas disposiciones se encuentran amparadas por la constitución y un conjunto de preceptos sobre derechos humanos y personalísimos de los individuos que surgen de los pactos internacionales.

En nuestro país está prohibida la eutanasia, así como el suicidio asistido, más con la sanción de la ley de muerte digna se permite la ortonasia.

El prefijo *orthos* significa cierto y *thanatos* muerte. Muerte apropiada en cierto tiempo.

La muerte no será acelerada pero tampoco se extenderá la vida innecesariamente.

Con ello se está protegiendo los valores mínimos de dignidad del paciente.

III. AMPLIACIÓN DE LAS DECISIONES PERSONALES PARA SUPUESTOS DE INCAPACIDAD. PROYECTO DE LEY

Las normas analizadas versan exclusivamente respecto a un único aspecto: el de la salud.

La estructura demográfica a nivel mundial y en especial en América, ya está en un proceso de cambio hace tiempo.

El aumento generalizado y sostenido de la expectativa de vida es un hecho indiscutido.

Es menor la mortalidad femenina de edad avanzada comparativamente con la de los hombres.

Pero lo concreto es que hoy conviven cuatro generaciones, de las cuales dos son envejecidas.

En el año 2019, la población de las personas mayores superó por primera vez en la historia de la humanidad a la población de niños de cinco años.

Uruguay, Cuba y Argentina son los países más envejecidos del continente.

De allí que sea importante ampliar el universo de decisiones respecto a la forma que se quiere vivir.

A estas elecciones voluntarias en materia de salud cabe agregar que una persona puede disponer sobre otros aspectos de su vida.

Al tratarse de los derechos protegidos dentro de la CIPDHPM, se resalta el derecho a la independencia, a tomar decisiones, a realizar los actos que consideren, a definir su plan de vida, siendo esta autónoma e independiente conforme sus convicciones.

Por ejemplo, dónde y cómo quieren vivir, estableciendo las condiciones conforme a su estilo, hábito o deseo.

Pueden decidir permanecer en su vivienda habitual con la asistencia necesaria conforme a su condición y sólo ser internado, temporariamente, en caso de que su salud así lo requiriera.

O preferir vivir en *co-housing*, sistema que surgió en Noruega con distinto propósito, pero igual ideal.

Este modelo puede ser asociado positivamente con objetivos de salud y buen vivir, ya que posibilita el incremento de contactos sociales, provoca una sensación de comunidad, física y psicológicamente e incide en el tema de la soledad.

Armado y administrado eficazmente puede reducir costos económicos, comparativamente con el *housing* tradicional.

Se trata de unidades individuales o para dos personas, ya sea casas pequeñas o estudios, con *amenities* o espacios compartidos, bibliotecas, lugares de encuentros comunes, natatorios, etc.

La diferencia con el *co-living* es que la cantidad y variedad de servicios, en este último es mayor, ya que se intenta cubrir todas las necesidades de las personas, en los aspectos lúdicos, sociales y culturales, e inclusive algunas administraciones abonan el agua, los impuestos, la electricidad, todos los servicios a fin de hacerles la vida más sencilla.

Es necesario encarar un nuevo concepto de longevidad activa y desarrollo en la comunidad.

No todas las personas de más de sesenta años son personas dependientes, han entrado en otra etapa de la vida, pero no han perdido su autonomía y realizan actividades.

Otros optan por mudarse a otro país, que por la asimetría de las monedas o por las ventajas en materia impositiva, les permite acceder a un mejor estándar de vida, con su jubilación o pensión.

Algunas suelen decidir que mientras su salud las acompañe, viven a bordo, recorriendo diversas partes del mundo.

Algunas personas consideran que es una solución más placentera y económica, al desprenderse de la preocupación que requiere el mantenimiento de una casa.

Tienen médico a bordo y disponen de su patrimonio de otro modo, en lugar de mantenerlo inmovilizado en un inmueble, lo dedican a inversiones que le den renta. Tanto los bancos como los corredores de bolsa o instituciones financieras proponen diferentes tipos de porfolios.

Solución transitoria mientras sus limitaciones sean físicas y no mentales y luego en este último supuesto suelen tomar otra determinación en cuanto a donde residirán, de la que pueden dar cuenta en sus decisiones anticipadas.

Algunas comunidades promueven la renta vitalicia entre sus connacionales, por ejemplo, los armenios, en nuestro país.

Los acuerdos suelen tener diferentes aspectos: continuar viviendo en sus casas o no, suministrándoles lo necesario si se mudan a una institución o proveyéndoles de una suma de dinero, lo que, en un país con inflación como el nuestro, se torna más dificultoso.

Otros realizan donaciones de sus patrimonios con cargo de mantenimiento o acuerdan donaciones de inmuebles reservándose el usufructo mientras vivan.

Por otra parte, en España, se recurre a la hipoteca invertida, la que sólo se concede a personas mayores de 65 años, dependientes o discapacitadas, que tengan vivienda propia.

Hay dos tipos: 1) hipoteca invertida simple: en este caso el cliente y el banco pactan un plazo durante en que el segundo pagará cuotas al primero. Cuando termine ese plazo, que suele ser de 15 a 20 años, el cliente dejará de cobrar rentas. 2) hipoteca invertida con seguro de rentas vitalicias diferidas: en este caso cobrará rentas hasta su muerte. El importe de esas rentas será más bajo porque las cobrará durante más tiempo.

En general con ese aporte que brinda el banco, se completa la pensión, y a diferencia de la hipoteca tradicional es el titular del inmueble quien recibe el dinero por parte de la institución, en mensualidades o en una suma única.

Ahora bien, pero sigue viviendo en el inmueble porque continúa siendo el titular.

Resultaría que a su muerte los herederos tendrían la opción de devolver el capital más los intereses si quieren heredar la propiedad, o venderla para pagar la deuda al banco, quedándose con el remanente si lo hubiere o simplemente no aceptar la herencia, por lo cual el banco se queda con la propiedad.

No haré mención de las desventajas y riesgos que esconde esta herramienta, porque no es la finalidad referirse a la conveniencia o no del instituto.

Por otra parte, los empresarios visualizan el pacto de herencia futura del art. 1010 del Cód. Civ. y Com. como una posible opción a su sucesión en el manejo de su empresa o introducen cláusulas sucesorias en los estatutos de las sociedades.

Asimismo, podrán tomar otro tipo de disposiciones sobre su patrimonio, como gestionarlo, como administrarlo en caso de su incapacidad sobreviniente, ya que puede designar su curador o si están limitados en su capacidad de ejercicio para determinados actos, hechos o actos jurídicos, que serán siempre específicos, quien o quienes van a ser sus apoyos.

Como ya se afirmó, nuestro código marca que las limitaciones son excepcionales y siempre en beneficio de la persona, sosteniendo el derecho de autodeterminación.

Es razonable que un empresario pueda disponer quién va a ser la persona adecuada para continuar con la gestión de su empresa, para el supuesto de incapacidad o de limitación del ejercicio.

O bien decidir que no se revoquen los poderes otorgados a sus abogados y que puedan continuar ejerciendo su representación e intervenir en su nombre en los juicios que se planteen en el futuro.

O que su agente de bolsa o la institución financiera o bancaria de su confianza, continúe con el manejo de sus inversiones dando cuenta de ellas a su curador.

Francia tiene una alternativa de ese tipo instrumentada en un mandato que subsiste expresamente para estos supuestos.

En conclusión, decidir sobre su persona y su patrimonio de la manera que considere más conveniente a sus intereses, es ejercer el derecho de autodeterminación.

Otros contratan seguros de vida o de supervivencia e inclusive posteriormente los renegocian en vida con terceros.

O hacen fideicomisos o disponen que se hagan fideicomisos testamentarios u otorgan testamentos o crean fundaciones.

Es decir, que las opciones son múltiples y variadas, con distintos propósitos, lo trascendente es que sean tomadas por el propio interesado y no por las personas que lo rodean.

Cabe insistir con la convención interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores, la que reconoce el derecho a la independencia, a tomar decisiones, a realizar los actos que consideren, a definir su plan de vida, siendo esta autónoma e independiente conforme sus convicciones ⁽³²⁾.

Debemos evitar lo que está aconteciendo en los países europeos, ya en junio de 2013 se publicitaba que Alemania exportaba a sus mayores. A pesar del seguro de dependencia que existe desde 1995, por iniciativa del entonces ministro de asuntos sociales Norbert Blüm, de la unión de demócratas cristianos, se promocionaba esa solución.

Se aducía: la falta de personal calificado. las duras condiciones laborales y la casi inexistencia de personal de atención a domicilio, lo que provoca que las personas dependientes se vean en situaciones complicadas.

(32) Convención Interamericana sobre protección de los derechos humanos de los adultos mayores, <http://www.oas.sla.docs.PDF>

Por otra parte, se sumaba que ya tampoco las familias se pueden ocupar como lo hacían anteriormente.

Las esposas, hijas, nueras. ellas no tienen tiempo, la mayoría de ellas trabajan fuera del ámbito del hogar ⁽³³⁾.

Envejecer sí, pero sin que irroque costos excesivos, pareciera ser el eslogan que se proclamaba allí ⁽³⁴⁾.

Las inquietudes señaladas han sido volcadas en un proyecto de ley, que promocionan los colegios de escribanos de todo el país, acompañados por la cruz roja argentina y numerosas instituciones religiosas y civiles ⁽³⁵⁾.

Tiene la aprobación de la comisión de legislación general, pero aún no ha sido considerado en el plenario.

Sin perjuicio del aludido proyecto, concluiría afirmando que el principal fundamento de esta ampliación de estas medidas de autoprotección, es el derecho de todo ser humano, en una democracia constitucional, a decidir acerca de estas materias autorreferentes, relativas a la persona y a su patrimonio, en previsión a su propia incapacidad o al supuesto de restricción de su capacidad de ejercicio.

Esa capacidad para establecer reglas de conducta para sí mismo y en sus relaciones con los demás, está protegida por la constitución para cualquier persona en cualquier momento de su vida.

El artículo 19 recepta el principio de autonomía personal y el derecho a la privacidad de manera específica, como norma de apertura de los derechos individuales ⁽³⁶⁾.

El consignar su voluntad en un documento que se encuentre registrado y al cuál se tenga acceso, brinda la posibilidad cierta que en el futuro se respeten, de ocurrir esa pérdida total o parcial de sus facultades.

(33) Diario Le Monde Diplomatique. Edición 168, junio 2013. Alternativas para envejecer de manera económica. Alemania exporta a sus mayores. Nota de Heike Haahrhoff, p. 25.

(34) Ibidem

(35) Proyecto de Ley. Ley Nacional de Autoprotección y Poderes Preventivos.

(36) Basterra, Marcela. La autonomía como el derecho fundamental de los pacientes. <https://salud.gob.ar>.

En cuanto a donde deberían estar registradas, se podrán esbozar alternativas.

Respecto al fundamento legal, nuestra constitución protege en el artículo 19, esas conductas autorreferentes, al no estar vulnerado el orden público, ni el derecho de terceros, ni tampoco la moral. por lo que no cabe determinar límites en ese aspecto, al estar dentro del ámbito de privacidad.

No me estoy refiriendo a la eutanasia activa, en este caso, aunque sería un tema que deberíamos abordar.

Si el derecho no es un producto de finalidad única y general sino de diversos propósitos de carácter parcial ⁽³⁷⁾ y contribuye a superar dificultades que están relacionadas con ciertas circunstancias básicas de la vida y estas circunstancias están vinculadas con las vulnerabilidades de todos los seres humanos o con la relativa falta de simpatía ante las necesidades e intereses de los que están fuera de nuestro círculo de allegados, etc., lo que lleva a los hombres a entrar en conflictos con otros y también a buscar la cooperación de otros.

De modo que en esta búsqueda de ayuda para reducir las consecuencias más dolorosas e inevitables, que en algunas ocasiones trae la vida, las disposiciones de autoprotección son un ejemplo de esa cooperación entre humanos.

En toda comunidad hay divergencia moral e ideológica pero el derecho establece instituciones encargadas de indicar cuales son las conductas genéricas que se consideran deseables.

No cabe duda de que una de ellas, es proteger a los más débiles dentro de la sociedad, a toda persona que se encuentre en estado de desamparo, los incapaces son uno de ellos o aquellos que tiene limitada su capacidad de ejercicio.

Tradicionalmente se incluye a los niños, a las mujeres, a aquellos que son vulnerables en razón de su condición social, económica, cultural.

Por ello es nuestra misión ayudar en este aspecto.

(37) Nino, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, Ed. Planeta, Bs.As. 1983, pág. 45.

APUNTES SOBRE LA CLONACIÓN DE SERES HUMANOS

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI (*)

Desde que en el año 1978 nació en Inglaterra Louise Brown por medio de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide producida fuera del útero materno, dicha técnica se desarrolló en todo el mundo a una velocidad que bien puede ser calificada como asombrosa, la cual permitió la práctica de distintos procedimientos, entre ellos, la clonación.

I. CONCEPTO Y TÉCNICAS DE CLONACIÓN

La clonación de seres humanos consiste en un procedimiento de reproducción asexual ⁽¹⁾, realizado, por tanto, sin que intervenga la unión de células germinales (un óvulo y un espermatozoide), mediante el cual se obtiene un ser que es genéticamente homogéneo ⁽²⁾ a otro, lo cual se puede teóricamente lograr mediante la inserción en un óvulo al cual previamente se le ha extraído el núcleo, del núcleo de una célula cromosómicamente completa, o sea de una célula *somática* (y no, por tanto, de una célula germinal), que ya tiene el código genético completo del

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Se dice que la reproducción es asexual debido a que en ella no intervienen para la formación del embrión un óvulo y un espermatozoide, o sea dos células sexuales, una del varón y la otra de la mujer. Vicente Bellver Capella señala al respecto que todas las formas de reproducción asexual que se encuentran en la naturaleza —lo que ocurre en muchas especies vegetales y en animales poco evolucionados— son clonaciones, debido a que tienen como resultado una progenie genéticamente idéntica (¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana, Granada, 2000, p. 13).

(2) Nos referimos a seres homogéneos, en lugar de idénticos, ya que si bien quienes poseen la misma información genética son iguales entre sí en relación a ese aspecto, no son, sin embargo, idénticos. Por otra parte, la homogeneidad genética no es total, debido a que las mitocondrias del óvulo enucleado contienen unos pocos genes.

individuo del cual proviene, esto es, los 46 cromosomas, en lugar de 23, como, en cambio, tienen tanto el óvulo como el espermatozoide ⁽³⁾.

Otra de las formas en la que podría clonarse un ser humano es mediante la división artificial de células del embrión y su posterior implantación en un útero, siendo dicho procedimiento igual al que ocurre naturalmente, en el caso de los hermanos gemelos, denominados *monocigóticos*, porque proceden de un solo cigoto —producido por la fertilización de un solo óvulo por un solo espermatozoide— que se divide sin intervención del hombre antes de su anidación en el útero. Esta forma de clonación fue seguida, por ejemplo, en el caso de la clonación producida de una diminuta mona procedente de las selvas del sur asiático, de la familia *Rhesus*, a la que se llamó *Tetra*, nacida en enero de 2000, que fue la única que sobrevivió de cuatro embriones en los que se había inducido artificialmente la división de un embrión ⁽⁴⁾.

Científicos del Centro de Medicina Reproductiva e Infertilidad de la *Cornell University* de Nueva York informaron en un Congreso de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) realizado en Lausanne, Suiza, la posibilidad de practicar una clonación mediante la inserción en un óvulo previamente desnucleado, de un núcleo obtenido de una célula somática de la futura madre, con sus 46 cromosomas, produciéndose luego la división de ese núcleo con ayuda de electroestimulación, en dos partes o pronúcleos con 23 cromosomas cada uno; se quita uno de los pronúcleos y se inserta la célula germinal del padre, con sus 23 cromosomas, completándose de tal manera un nuevo código genético, con 46 cromosomas, con material de ambos padres ⁽⁵⁾.

(3) El núcleo de las células somáticas es, por tanto, diploide, lo que significa que contiene dos series de genes, provenientes del padre y de la madre, lo que es así a diferencia de las células germinales, que contienen un núcleo haploide, o sea con genes sólo del padre, o sólo de la madre.

(4) Con relación a otros supuestos de clonación, remitimos a los casos citados en nuestro trabajo *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, 2001, págs. 209 y sigtes.; como también a los casos referidos en nuestra nota "La clonación de seres humanos", publicada en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, año 2001, t. 61, pág. 59; y en la *Revista Jurídica del Perú, Pionero de Doctrina de Normas Legales*, fascículo N° 9 de Derecho Privado, septiembre de 2007.

(5) *Diario La Nación*, del 10 de julio de 2001. Aunque no de la misma forma relatada en el texto, la idea ya había sido comentada con anterioridad, debiendo recordar lo expresado al respecto por William N. Eskridge Jr. y Edward Stein, en la nota "Clones queer", en *Clones y Clones. Hechos y fantasías sobre la clonación humana*, Madrid, 1998, p. 101.

También puede hablarse de clonación en el caso de la *partenogénesis*, que consiste en una técnica en la que un óvulo se activa y comienza a dividirse (como si hubiera sido fecundado) sin que intervengan espermatozoides ⁽⁶⁾.

El hecho de que en la clonación no tenga lugar la unión de células sexuales, no significa que ninguna de ellas intervenga, pues si bien puede prescindirse del espermatozoide, no puede —al menos por ahora— no utilizarse un óvulo, al que puede insertársele el núcleo de una célula somática de la misma mujer de la que procede el óvulo, o de un tercero, sea mujer u hombre.

La clonación no sólo puede ser *provocada*, sino que también *se produce en forma espontánea* tanto en vegetales como en animales, inclusive en el ser humano, lo que ocurre, como antes señalamos, cuando el cigoto se divide sin intervención del hombre, antes de la anidación en el útero, formándose dos embriones genéticamente iguales.

Queremos poner el acento en que las técnicas de clonación no constituyen un tratamiento terapéutico, pues no son una terapia para vencer la esterilidad, que ni siquiera tienen en cuenta, no enfocando su accionar —como resulta de lo antes dicho— a lograr la reproducción humana por medio de la unión de un gameto masculino con uno femenino, sino a *fabricar* seres humanos con una dotación genética preexistente, de un individuo que inclusive puede estar muerto, o que puede no haber todavía nacido. Lo cual, valga la aclaración, no significa que ambos seres sean iguales en un todo, lo que implicaría dejar de lado la importancia que en ese aspecto reviste la influencia de los factores sociales, familiares, culturales, etc., etc., incluido, naturalmente, el factor espiritual, en los cuales se encuentra inmerso cada individuo y que pueden modelar y de hecho modelan a todos y a cada uno de los seres humanos ⁽⁷⁾.

(6) Debemos aquí recordar que en el art. 20, B) inc. m) de la derogada ley española N° 35 de 1988, considerada como una ley muy permisiva, se enumera como una infracción muy grave, “la partenogénesis, o estimulación al desarrollo de un óvulo, por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, lo cual dará lugar solamente a descendencia femenina”. La actual ley 14/2006 no contempla esa manipulación.

(7) Conf., MOSSO, Carlos José, “Clonación de Humanos: Puntos críticos de aproximación al debate”, ED, 172-1035. Ver también sobre ello, entre otros, Figueroa Yáñez, Gonzalo, con la colaboración de Collantes Schaale, Carolina, “Información genética y derecho a la identidad personal”, en *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México D.F., 1999, p. 130.

II. CON RESPECTO A DISTINTOS EXPERIMENTOS DE CLONACIÓN DE SERES HUMANOS

Severino Antinori, médico italiano especialista en fisiopatología reproductiva ⁽⁸⁾, y el médico Panayiotis Zavos (Director del Instituto de Andrología de Lexington), que colaboraba en este tema con aquél, sostuvieron frente a una reunión de científicos celebrada en agosto de 2001 en la Academia Nacional de Ciencias de los Estados Unidos de América, que en poco tiempo comenzarían los procedimientos necesarios para lograr una clonación humana, lo que harían con 200 parejas que afirmaron haber reclutado en varios países para hacer una experiencia al respecto ⁽⁹⁾. Ante las airadas críticas recibidas de los demás hombres de ciencia, Antinori dijo que para evitar que el feto presente anomalías, se haría un diagnóstico preimplantatorio, lo que fue replicado por Rudolf Jaenisch, profesor de biología en el *Massachusetts Institute of Technology*, quien sostuvo que los defectos de reprogramación del código genético durante la clonación no eran detectables, no existiendo en ese tiempo ningún medio —agregó Jaenisch— para predecir si un clon evolucionará hacia un individuo normal o no. Finalmente, ni Antinori ni Zavos acreditaron haber practicado clonación humana alguna.

Poco tiempo después, el 25 de noviembre de 2001 se publicó una noticia en el *Journal of Regenerative Medicine*, de acuerdo a la cual el laboratorio *Advanced Cell Technology*, con sede en Massachusetts, Estados Unidos de América, habría ⁽¹⁰⁾ logrado clonar por primera vez embriones humanos, aunque según fue informado, su objetivo no fue la reproducción de un ser humano, sino únicamente la obtención de células madre o *totipotent*s, capaces de ser convertidas en tejidos humanos diferenciados y, en consecuencia, de ser empleadas en el tratamiento de diferentes enfermedades. Se informó que los investigadores lograron la clonación por dos vías diferentes: por una parte, se empleó la partenogénesis; pero además, también se utilizó la misma tecnología que la usada pocos años antes para la

(8) Cabe señalar que el Dr. Antinori ha sido sancionado por el colegio de médicos de Italia por haber utilizado la práctica de madres de alquiler, no obstante encontrarse prohibida en ese país.

(9) Diario La Nación del 07 y 08-08-2001.

(10) El tiempo de verbo empleado resulta de haberse puesto en duda con fecha posterior a la publicación de la noticia, el hecho mismo de haberse efectivamente conseguido la clonación buscada (véase lo informado al respecto en el ejemplar del Diario La Nación del 28-11-2001, y lo que expresó sobre ello el padre Domingo Basso, O.P., informado por la Agencia AICA Noticias, en la misma fecha).

oveja *Dolly*, nacida en el mes de julio de 1996 ⁽¹¹⁾, que consistió en haberse quitado el núcleo de un óvulo, al cual se le agregó luego una célula somática, que se reprogramó hasta volver a un estado embrionario, formándose un embrión de seis células ⁽¹²⁾. La impresión que produjo el nacimiento de *Dolly* fue tal, que llevó al presidente Clinton a anunciar al poco tiempo una moratoria de los gastos federales destinados a la investigación sobre clonación humana, y encargar a la *National Bioethics Advisory Commission* (NBAC) la redacción de un informe, dentro de los siguientes 90 días, sobre las derivaciones éticas y legales en torno de la clonación de seres humanos ⁽¹³⁾. La primera de las técnicas empleadas por los científicos de *Advanced Cell Technology*, de la partenogénesis, ya había sido utilizada con anterioridad, aunque no con células humanas; recordamos en ese sentido que en la edición del 7 de noviembre de 2001 el Diario La Nación informó que el Dr. Jerry L. Hall, científico estadounidense, había realizado trabajos experimentales en ratones e inducido a un óvulo mediante la utilización de sustancias químicas a transformarse en embrión sin ser fertilizado por el esperma masculino, el cual no obstante no podría desarrollarse aun en el supuesto de ser implantado en un útero. A pesar de ello, se añadió, podía continuar desarrollándose en un laboratorio durante unos días, tiempo suficiente como para transformarse en fuente de células estaminales, con la posibilidad posterior de transformarse en cualquier tipo de tejido, proveyendo potenciales reemplazos a ser trasplantados a los pacientes para curar enfermedades ⁽¹⁴⁾.

(11) Como es sabido, en el caso de *Dolly* se utilizó una célula adulta, o sea, diferenciada, habiendo Ian Wilmut y sus colaboradores afirmado en la nota publicada en la revista *Nature* en el mes de febrero de 1997 dando cuenta de lo ocurrido, que “el hecho de que un cordero procediera de una célula adulta confirma que la diferenciación de esa célula no implica la modificación irreversible del material genético requerido para el desarrollo hasta el final” (“Vástagos fiables de células fetales y adultas de mamíferos”, de Wilmut, I., Schnieke, A.E., McWhir, J., Kind, A.J. y Campbell, K.H.S.). De acuerdo a la revista británica *Lancet*, la técnica que se utilizó para la clonación de *Dolly* parece haber alterado su ADN, interfiriendo en su programación genética, lo cual impediría el desarrollo del sistema linfático.

(12) Diario La Nación, 26-11-2001. Huelga señalar que actualmente la clonación de animales mamíferos es común.

(13) Con posterioridad, en los principales países se iniciaron todo tipo de discusiones y cuestionamientos, ya sea para prohibir la clonación humana o para tratar de establecer regulaciones jurídicas sobre la misma.

(14) La Nación informa asimismo que Richard M. Doerflinger, de la Conferencia Episcopal de los Estados Unidos, afirmó que el hecho de que estos individuos no sobrevivan como para llegar a nacer, no resuelve la cuestión de la destrucción del embrión, que no depende del hecho de si fue o no creado por fertilización.

Las críticas contra el experimento realizado por *Advanced Cell Technology* fueron generalizadas. Inmediatamente de conocido, la Santa Sede denunció *el carácter dramático y la gravedad moral* del mismo, teniendo en cuenta la creación de un ser humano que prácticamente en forma inmediata fue eliminado. Este proyecto de clonación se dijo, “sanciona una auténtica discriminación entre los seres humanos, según su tiempo de desarrollo”, trastocándose el imperativo moral que impone la máxima cautela y respeto precisamente de quienes no están en condiciones de defender y manifestar su dignidad intrínseca ⁽¹⁵⁾. También la Iglesia Ortodoxa Rusa condenó la clonación de seres humanos, tanto la realizada con fines reproductivos como terapéuticos; desde el momento de la concepción —se afirmó— el embrión está revestido de la dignidad humana y bendecido con el don de la vida, no siendo la clonación terapéutica sino la peor instrumentalización de un ser humano, sacrificado en provecho de otros. Por su parte, la Unión de las Comunidades Islámicas en Italia condenó “de modo neto y absoluto cualquier intento de modificar o imitar la creación” ⁽¹⁶⁾. También en nuestro país hubo críticas con relación a la referida clonación. En tal sentido, el entonces titular de la Comisión Episcopal de Fe y Cultura, Monseñor José Rovai calificó lo ocurrido como algo gravísimo que conducirá a situaciones imprevisibles. En su carácter de vicepresidente del Consorcio de Médicos Católicos, Carlos Abel Ray calificó el hecho como “una aberración antropológica”, mientras que el en esa época director del Instituto de Ética Biomédica de la Universidad Católica Argentina, Alberto Bochaty, lamentó que la mentalidad utilitarista imperante lleve a pensar “que todo está permitido y que todo es posible” ⁽¹⁷⁾.

Recordamos asimismo que en el año 2013 un grupo de científicos dirigido por Shoukhrat Mitalipov publicó el primer informe acerca de células madre embrionarias creadas usando SCNT ⁽¹⁸⁾. En este experimento,

(15) Ag. Zenit, 26-11-2001.

(16) Ag. Zenit, 27-11-2001. Se informa, asimismo, que José Hernández Yago, presidente de la Sociedad Valenciana de Bioética ha mostrado su rechazo a la clonación de embriones humanos para conseguir células madre, y ha señalado que existen técnicas alternativas para obtener las mismas células respetando la dignidad humana, es decir, sin necesidad de clonar embriones que luego son destruidos. El cordón umbilical de los recién nacidos —agregó— está repleto de células madre que se pueden utilizar después para la regeneración de distintos tejidos, sin tener que jugar a poner en marcha vidas humanas para luego tener que destruirlas. El fin, dice Hernández Yago, nunca justifica los medios, no pudiendo olvidarse de que el embrión es un ser humano con la estructura anatómica, fisiológica y bioquímica que corresponde a esa etapa específica de su desarrollo.

(17) AICA Noticias, 26-11-2001.

(18) Transferencia nuclear de células somáticas, por sus siglas en inglés.

los investigadores desarrollaron un protocolo para el uso de SCNT en células humanas, que difiere ligeramente de la metodología utilizada en otros organismos. Se derivaron cuatro líneas de células madre embrionarias a partir de células somáticas fetales humanas del mismo donante, a partir de blastocistos ⁽¹⁹⁾.

Pero lo cierto es que, hasta ahora, no se tienen noticias de que haya nacido una persona que haya sido clonada. No obstante que el desarrollo de la ciencia ha sido relevante, en la actualidad se considera que resulta sumamente difícil clonar seres humanos hasta su nacimiento, en razón de la complejidad de las células del ser humano; el óvulo que recibe la célula somática tiene unas pocas horas para realizar el proceso de reprogramación, plazo en el que algunos genes se resisten, permaneciendo bloqueados y, en consecuencia, incapaces de cumplir con su función en el embrión en desarrollo ⁽²⁰⁾. Mientras que, como se ha dicho, “la naturaleza biológica tiene su campo de decisiones perfectamente acotado y decide con una perfección superior a la humana, en el sentido de que no necesita deliberar entre distintas alternativas, resuelve sabiamente cuál debe ser la proporción de hombre y mujeres que deben nacer, cuenta además con sistemas autorregulativos propios que aun cuando puedan no corresponderse en toda su extensión, con lo que a escala antropológica nos parece debiera ser la perfección, de hecho sin embargo han funcionado desde siempre” ⁽²¹⁾.

(19) Varios han sido los casos en los que se ha informado de haberse producido una clonación de células humanas, entre los cuales recordamos —aparte de lo ya informado en el texto— que en 1998 científicos en Corea del Sur afirmaron haber clonado exitosamente un embrión humano, aunque el experimento había sido interrumpido en las etapas iniciales, cuando el clon era de solo cuatro células. Tiempo después, en el año 2002 un grupo religioso de la secta de los raelianos, que sostenía que los seres humanos provenían de extraterrestres, informó sobre el nacimiento de una niña que había sido clonada, pero nunca se presentó prueba alguna que lo confirmara. En 2004 un grupo de científicos de la *Seoul National University*, en Corea del Sur, publicó un artículo en la revista *Science* en el que afirmaba haber creado un embrión humano clonado en un tubo de ensayo, aunque dos años después la información fue retractada. En enero de 2008, dos científicos de la compañía de biotecnología Stemagen anunciaron que habían creado con éxito los primeros cinco embriones humanos maduros usando SCNT, tomando el núcleo de una célula de piel, los que se desarrollaron hasta la etapa de blastocisto, en que fueron destruidos.

(20) Véase al respecto, “La tecnología capaz de clonar humanos está cada vez más cerca”, en <https://www.technologyreview.es/s/10156/la-tecnologia-capaz-de-clonar-humanos-esta-cada-vez-mas-cerca>.

(21) MARTÍNEZ BARRERA, Jorge, “Conflictos éticos y normativos con respecto a la clonación humana”, <https://hum.unne.edu.ar/publicaciones/maes-desarrollo/clonacion>.

III. DECLARACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES ⁽²²⁾

Con relación a dichos Organismos, debemos recordar que ya en la Recomendación 1046 al Comité de Ministros del Consejo de Europa, del año 1986, la Asamblea Parlamentaria de ese Consejo invitó a los gobiernos de los Estados miembros a prohibir actos tales como la clonación. Lo mismo ocurrió en la Recomendación n° 1100, del año 1989.

Por su parte, en sus Resoluciones del 13 de marzo de 1989, 28 de octubre de 1993 y 12 de marzo de 1997, el Parlamento Europeo condenó la clonación de seres humanos ⁽²³⁾, habiendo a su vez afirmado en su Directiva del 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, que no eran patentables los procedimientos de clonación de seres humanos, por ser contrarios al orden público o a la moralidad. Ese mismo Organismo aprobó en el mes de septiembre de 2000, o sea poco tiempo después de la autorización del gobierno inglés para la clonación de seres humanos con fines de investigación médica, un documento no vinculante en el que se toma posición contra la clonación con fines terapéuticos, y se invita al Gobierno británico a revisar su posición en la materia. Debemos asimismo recordar que en el Protocolo Adicional del Convenio de Oviedo —dictado con motivo de la clonación de la oveja *Dolly*— se prohibió “toda intervención que tenga por finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano, ya sea vivo o muerto”, por considerársela contraria a la dignidad humana y constitutiva de un abuso de la biología y la medicina ⁽²⁴⁾.

(22) En cuanto a la legislación de distintos países con respecto a la clonación de seres humanos, remitimos a nuestra nota “La clonación de seres humanos”, en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, año 2001, t. 61, pág. 59; y en la Revista Jurídica del Perú, Pionero de Doctrina de Normas Legales, fascículo N° 9 de Derecho Privado, septiembre de 2007.

(23) Dicho Organismo resolvió que “la clonación de seres humanos no puede estar justificada ni ser tolerada bajo circunstancia alguna por ninguna sociedad, porque es una seria violación de los derechos humanos fundamentales y es contraria al principio de igualdad de los seres humanos, por cuanto permite una selección eugénica y racista de la raza humana, atenta contra la humana dignidad y requiere experimentación sobre seres humanos”, concluyendo que “cada individuo humano tiene derecho, cualquiera que sea su sexo, a su propia identidad genética y que la clonación humana está prohibida y tienen que continuar estándolo”. Véase al respecto la nota de Eduardo M. Quintana, “La clonación terapéutica en Gran Bretaña: otra variante de la legalización de la fecundación artificial”, E.D., 191-748.

(24) No obstante, dicho Protocolo fue acompañado de un informe explicativo en el cual se menciona la necesidad de distinguir tres tipos de situaciones diferentes con respecto a la clonación: “la clonación de células como técnica, el uso de células embrionarias en técnicas de clonación, y la clonación de seres humanos, por ejemplo,

Recordamos asimismo que en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobado en 1997 por la Unesco y al año siguiente por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se afirmó que no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos, dejándose abierta de tal manera la posibilidad de la clonación con fines no reproductivos ⁽²⁵⁾; como también, que “cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características”, dignidad que “impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad” (art. 2º, incs. a y b). También las Asambleas Mundiales de la Organización Mundial de la Salud celebradas en los años 1997 y 1998, condenaron la utilización de la clonación para reproducir seres humanos. Por su parte, en el artículo 1º del “Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en relación con la aplicación de la biología y la medicina sobre la prohibición de clonar seres humanos”, se prohíbe “cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto. A los efectos de este artículo, la expresión ser humano ‘genéticamente idéntico’ a otro ser humano significa compartir con otro la misma carga nuclear genética”.

Las autoridades de la Unión Europea han anunciado que sólo apoyarán la investigación con células madre procedentes de adultos, pero, en cambio, no dará apoyo a ningún programa de investigación con células madre de embriones durante el período 2002-2006, aun cuando procedieran de países de fuera de la Unión Europea, excluyéndose asimismo la creación de embriones para la investigación.

Por último, debemos señalar que si bien no existe en la Argentina una legislación que contemple en forma integral los aspectos ligados con la clonación, con fecha 7 de marzo de 1997 fue dictado un decreto de ne-

mediante el empleo de las técnicas de la división embrionaria y la transferencia nuclear”. Y se agrega que mientras la primera situación es completamente aceptable desde el punto de vista ético, la segunda debe ser examinada en el protocolo sobre protección del embrión. Las consecuencias de la tercera situación, esto es, la prohibición de clonar seres humanos queda dentro del ámbito de este protocolo, que como vimos, la prohíbe.

(25) Sin embargo, Roberto Andorno ha sostenido que la disposición aprobada no ha sido entendida en el único sentido de prohibir las técnicas reproductivas, sino que tiene además la finalidad de excluir la clonación de secuencias de ADN, de células, de tejidos, etc. (“¿Podrá el derecho evitar la clonación humana?”, L.L., 1999-C-926, IV, 1).

cesidad y urgencia prohibiendo los experimentos de clonación con seres humanos.

IV. CRÍTICAS A LA CLONACIÓN HUMANA

Varias son las críticas que pueden hacerse al procedimiento de reproducción humana por medio de la clonación, debiendo por de pronto señalar que en lugar de *engendrarse* un nuevo ser por medio de la reproducción sexual, en la clonación se lo *copia*, o como antes dijimos, se lo *fabrica* por medio de la transformación de una determinada materia prima ⁽²⁶⁾, primero en el laboratorio, para luego ser desarrollado en el útero de una mujer, llegando el recién nacido a constituir lo que bien se puede llegar a considerar como una especie de *producto* elaborado, o un objeto de diseño que responde a una voluntad de manipulación que afecta no solo al clon, sino también a la estructura ética de la especie humana. Lo cual, como bien señala Roberto Andorno, supondría un nuevo paso en el proceso —ya iniciado con la fecundación *in vitro*— de reducción de la persona a la condición de objeto producido, degradando al ser humano a la condición de simple *medio* ⁽²⁷⁾.

Lo que es también sin duda criticable en el caso de la clonación, es que la técnica —en especial la que resulta de la división celular— no es utilizada para bien del embrión, pudiéndose, por el contrario, causarle daños resultantes de la intervención realizada, no siendo la ética la que debe subordinarse a la técnica, sino precisamente al revés.

Además, las investigaciones y experimentaciones necesarias para lograr clonar un ser humano deben ser efectuadas en el embrión, lo que éticamente resulta inaceptable, aparte de que tales procedimientos suponen la pérdida de cientos o miles de embriones, o lo que es lo mismo, de seres humanos, debiendo al respecto recordar que los éxitos obtenidos en los intentos de clonar a un animal no llegan al tres por ciento ⁽²⁸⁾.

(26) Esta mención de la materia prima no constituye una exageración, en especial si se tienen en cuenta las discusiones existentes y experimentos que se están llevando a cabo en distintos lugares del mundo con células embrionarias, con la finalidad de obtener tejidos y órganos para reposición de los dañados.

(27) “La clonación humana y el derecho a la propia identidad genética”, LA LEY, 1998-A, 924.

(28) Recordamos sobre ello que, en una de las Conclusiones de la Declaración de Bilbao del año 1993, se dijo que “el respeto a los derechos humanos consagrados por las declaraciones y las convenciones internacionales marca el límite a toda actuación o aplicación de técnicas genéticas en el ser humano”.

Ian Wilmut informó en la revista *Nature* del mes de febrero de 1997, que la pérdida de fetos humanos con motivo de la clonación es significativamente mayor que la pérdida que resulta tras un acoplamiento natural ⁽²⁹⁾. Y no cabe duda de que utilizar a seres humanos para experimentar, importa vulnerar el respeto que ellos merecen por el hecho de ser tales, dejándose de lado la dignidad de la persona en base a un criterio utilitarista que en forma creciente se va extendiendo a pasos agigantados, como una mancha de petróleo que destruye o corrompe todo a su paso.

Por otra parte, no resultan precisamente desdeñables los posibles perjuicios que trae aparejada la clonación, tanto para el clónico como para el futuro de la especie humana, dado el valor que tiene la diversidad genética, que se considera clave para la supervivencia de la especie humana ⁽³⁰⁾, debiendo señalar que entre los objetivos de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada por unanimidad por ciento un países en la 33ª Sesión de la Conferencia General de la Unesco del 19 de octubre de 2005, se destaca la importancia de la biodiversidad y su conservación como preocupación común de la especie humana (art. 2º, inc. h). En tal sentido, Patricia Digilio afirma que “la clonación a gran escala restringiría la diversidad de la reserva genética humana y así la capacidad humana para sobrevivir a grandes cambios ambientales, afectando también la propia evolución de la especie. Además, restringir la biodiversidad biológica implica también restringir la biodiversidad social” ⁽³¹⁾. Análogamente, Jorge Martínez Barrera sostiene que la clonación “implica una manipulación de la diversidad genética natural como procedimiento invasor del ecosistema genético, por cuanto no es posible realizarla sin la introducción de elementos químicos sintéticos” ⁽³²⁾.

(29) Véase al respecto, “Vástagos fiables de células fetales y adultas de mamíferos”, cit., de Wilmut, I., Schnieke, A.E., McWhir, J., Kind, A.J. y Campbell, K.H.S.

(30) Conf., Aparisi Miralles, Ángela, “Aspectos científicos, éticos y jurídicos de la manipulación genética en seres humanos”, E.D., 179-967; Mosso, Carlos José, “Clonación de Humanos: Puntos críticos de aproximación al debate”, cit., ED, 172-1040. Belluscio agrega que son conocidos desde antiguo los efectos perniciosos de una acentuada endogamia, lo cual llevó a la prohibición de matrimonios entre consanguíneos, y que la diversidad genética facilita contar con la presencia de un gen o de varios genes resistentes a otros organismos patógenos o agentes agresivos (“La clonación humana frente al derecho”, en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N.º 15, Buenos Aires, 1999, págs. 64 y sig.).

(31) “Clonación y Condición Humana”, en <https://salud.gob.ar/dels/entradas/clonacion-y-condicion-humana>.

(32) “Conflictos éticos y normativos con respecto a la clonación humana”, cit., en https://hum.unne.edu.ar/publicaciones/maes_desarrollo/clonacion.html

Son por otra parte evidentiísimas las posibilidades de eugenesia que pueden derivar de la aplicación de esa técnica ⁽³³⁾, como también los riesgos de discriminación. Ello sin perjuicio de señalar los severos problemas que, según han destacado distintos medios, han sufrido los clones de animales obtenidos, en los cuales se ha detectado retardo en su desarrollo, así como malformaciones cardíacas, problemas pulmonares y mal funcionamiento de su sistema inmunológico, lo que ocurriría por el hecho de tener el óvulo que reprogramar en minutos o en horas a los genes de la célula adulta, tarea que normalmente requiere mucho mayor tiempo, meses o años ⁽³⁴⁾.

En la clonación se pospone el interés preferente del niño, reconocido en las convenciones internacionales, en favor del de aquel o aquellos que resolvieron su clonación, dejando asimismo de lado su singularidad y el derecho de cada persona de tener padres —padre y madre— y, en la medida de lo posible, de conocerlos, así como de ser cuidado y criado por ellos ⁽³⁵⁾. Lo cual no ocurre cuando el óvulo enucleado se fertiliza con el núcleo de una célula somática, sea de la misma madre o de otra persona. Además, la herencia de los genes debe ser *natural* —por oposición a *pre-determinada*—, lo que es un derecho del clon que puede ser considerado como de carácter indisponible.

El derecho a tener su propia herencia genética está a nuestro juicio contenido en el derecho de cada persona a su propia identidad e individualidad genética ⁽³⁶⁾. Al ser el clon una copia idéntica de la persona de la que procede, “ese carácter de *idéntico* podría influir negativamente

(33) Se pregunta Carlos José Mosso, “por la vía del absurdo, ¿por qué clonar una persona genéticamente sana y no una enferma? ¿Es acaso menos digna la persona enferma? ¿Es menos humana? ¿No se mide la perfección por la virtud más que por la salud física? ¿No convendría tal vez clonar minusválidos virtuosos que sanos egoístas y vanidosos?” (“Clonación de Humanos: Puntos críticos de aproximación al debate”, cit., ED, 172-1041).

(34) Ver también lo expresado en similar sentido por la Cadena de Noticias CNN en español del 04-01-2002, y en las ediciones del 05-01-2002 y del 28/03/2001 del diario La Nación, donde, además, se informa sobre las críticas que formulan a la clonación humana el creador de la oveja Dolly, Ian Wilmut, del Roslin Institute, y el investigador del Instituto Whitehead del MIT, Rudolf Jaenisch. Con relación a los daños sufridos por distintos animales nacidos por clonación, véase, asimismo, nuestro trabajo más arriba cit., “La clonación de seres humanos”.

(35) Conf., Mosso, Carlos José, “Clonación de humanos: Puntos críticos de aproximación al debate”, cit., ED, 172-1040.

(36) Conf., Aparisi Miralles, Ángela, “Aspectos científicos, éticos y jurídicos de la manipulación genética en seres humanos”, cit., ED, 179-967; Bustamante Alsina, Jorge, “Aspectos ético-jurídicos de la procreación humana artificial”, LA LEY, 1997-D, 1215.

en su autorreconocimiento como individuo singular, ser único y autónomo... condición que afectaría a su esencial dignidad, puesto que el carácter de unicidad e individualidad propio de la persona humana se vería afectado” (37). Quienes hubieran sido clonados, en cambio, sufren —en palabras de Vicente Bellver Capella— de un “auténtico encadenamiento genético, que es una de las formas más invasivas de atentar contra la libertad” (38). Lo cual es así, pues el clon se ve de alguna manera atado en su accionar a las expectativas que se han creado en torno al mismo, así como a las comparaciones con el clonado, en especial si éste ha sido o es un hombre de reconocidas cualidades, dificultándose de alguna manera la posibilidad de encontrarse a sí mismo y de buscar su propio camino; lo que no ocurre en el caso de los gemelos monocigóticos, puestos que éstos nacen y se desarrollan en iguales momentos, lo que hace que no pueda darse la situación de la imposición a uno de la personalidad del otro.

Cabe asimismo destacar que tampoco se puede considerar a la clonación como lícita en el supuesto de que sea el propio clonado quien presta conformidad al respecto, habiendo destacado Andorno sobre ello la ilicitud de la eventual renuncia a la exclusividad genética, por aplicación particular del principio de indisponibilidad del cuerpo humano, no pudiendo la persona humana disponer de *su propio ser*. “Si decimos —sostiene dicho autor— que la persona es lo irrepetible, pareciera que no hay atentado más radical a su identidad que la de crear deliberadamente una o más réplicas suyas”. Tobías a su vez afirma que los intentos de *producir* un ser (39) humano sin conexión alguna con la sexualidad, son ilícitos por contrarios a la dignidad de la persona, que exige que la concepción reúna las exigencias de padres biológicos y unicidad genética, lo que no se cumple con la clonación (40).

Adviértase asimismo que el hecho antes expresado sobre la procreación por un solo padre produciría una seria alteración con respecto a las relaciones de filiación, consanguinidad, parentesco, paternidad y maternidad, que constituyen la base primordial en la organización de la familia y, en consecuencia, en la de la sociedad. Una mujer puede ser hermana gemela de su madre, carecer de padre biológico y ser hija de

(37) DIGILIO, Patricia, “Clonación y Condición Humana” cit., en <https://salud.gob.ar/dels/entradas/clonación-y-condición-humana>.

(38) ¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana, cit., p. 103.

(39) ANDORNO, Roberto, “La clonación humana y el derecho a la propia identidad genética”, LA LEY, 1998-A, 924 y sigs.

(40) Tobías, José W., Derecho de las Personas. Instituciones de Derecho Civil. Parte General, Buenos Aires, 2009, p. 93.

su abuelo ⁽⁴¹⁾. Al proceder el código genético del nuevo individuo de un solo y único ser, y desaparecer, en consecuencia, la idea de paternidad y maternidad biológicas se deja de lado el interés primordial del hijo, que es el que debe privar en todas estas cuestiones ⁽⁴²⁾.

Como acertadamente ha sostenido la Pontificia Academia Para la Vida, “la clonación humana es una terrible consecuencia a la que lleva una ciencia sin valores y es signo del profundo malestar de nuestra civilización, que busca en la ciencia, en la técnica y en la calidad de vida sucedáneos al sentido de la vida y a la salvación de la existencia” ⁽⁴³⁾.

Nos parece, por tanto, altamente negativo que se predetermine la personalidad genética de cada individuo, pues de tal manera se altera su dignidad, ínsita a la persona humana, así como los derechos inherentes a ella, entre los cuales se halla, como hemos señalado, el de conservar su identidad genética ⁽⁴⁴⁾.

V. LA POSICIÓN DE LA IGLESIA

La Iglesia se ha pronunciado en numerosas oportunidades en contra de la clonación de seres humanos, habiéndose afirmado al respecto en la Instrucción *Donum Vitae* que “los intentos y las hipótesis de obtener un ser humano sin conexión alguna con la sexualidad mediante fisión gemelar, clonación, partenogénesis, deben ser considerados contrarios a la moral en cuanto que están en contraste con la dignidad tanto de la procreación humana como de la unión conyugal”.

Aparte de los varios documentos de la Santa Sede condenando las manipulaciones embrionarias, recordamos que como acertadamente ha sostenido la Pontificia Academia Para la Vida, “la clonación humana es una terrible consecuencia a la que lleva una ciencia sin valores y es signo

(41) “Reflexiones sobre la clonación”, de la Pontificia Academia Para la Vida, del 25-06-1997.

(42) Conf., Belluscio, Augusto C., “La clonación humana frente al derecho”, cit., en RDE, N.º 15, págs. 65 y sig.

(43) Conf. documento del 25-06-1997.

(44) En sentencia del 11-04-1985, el Tribunal Constitucional español señaló que “... la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (cit. por Alberruche Díaz-Flores, Mercedes, La clonación y selección de sexo ¿Derecho Genético?, Madrid, 1998, p. 43).

del profundo malestar de nuestra civilización, que busca en la ciencia, en la técnica y en la calidad de vida sucedáneos al sentido de la vida y a la salvación de la existencia” (45). Por su parte, la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe ha afirmado en la Instrucción *Dignitas Personae*, del 8 de septiembre de 2008, que “la clonación humana es intrínsecamente ilícita pues, llevando hasta el extremo el carácter inmoral de las técnicas de fecundación artificial, se propone *dar origen a un nuevo ser humano sin conexión con el acto de recíproca donación* entre dos cónyuges y, más radicalmente, *sin ningún vínculo con la sexualidad*. Tal circunstancia da lugar a abusos y a manipulaciones gravemente lesivas de la dignidad humana (N.º 28). Como también, que “en caso de que la clonación tuviera un objetivo *reproductivo*, se impondría al sujeto clonado un patrimonio genético preordenado, sometiéndolo de hecho —como se ha dicho— a una forma de *esclavitud biológica* de la que difícilmente podría liberarse. El hecho de que una persona se arrogue el derecho de determinar arbitrariamente las características genéticas de otra persona representa una *grave ofensa a la dignidad de esta última y a la igualdad fundamental entre los hombres*. La particular relación que existe entre Dios y el hombre desde el primer momento de su existencia es la causa de la originalidad de cada persona humana, que obliga a respetar su singularidad e integridad, incluso aquella biológica y genética... (N.º 29).

Además de distintas declaraciones contra la clonación, entre otras, por parte de Mons. Elio Sgreccia, ex Vicepresidente de la recién referida Academia (46), queremos recordar un documento sobre bioética publicado por la Conferencia Episcopal Alemana al concluir la Asamblea plenaria reunida en Augsburgo del 5 al 8 de marzo de 2001, en la que los Obispos de ese país se pronunciaron no sólo contra la clonación humana, sino también contra la producción y selección artificial de embriones —así como de su clonación— con objetivos científicos o terapéuticos (47).

Por su parte y entre muchas otras manifestaciones contrarias a la clonación de seres humanos, la Conferencia Episcopal de México ha sostenido con fecha 11 de noviembre de 2002, que la clonación querida con fi-

(45) Conf. el documento del 25-06-1997.

(46) Entre distintas afirmaciones, Mons. Sgreccia sostuvo que “el hecho de que nuestra Academia haya expresado un juicio negativo desde el punto de vista ético de la utilización destructiva de embriones con el objetivo de investigar con células estaminales y de toda forma de clonación humana, también de la llamada de manera inapropiada terapéutica, se debe a motivos basados en la ética racional y no en una instancia basada únicamente en la fe religiosa” (Agencia Zenit, 14-02-2001).

(47) Esa técnica, sostuvieron los Obispos alemanes, “degrada a los embriones humanos, convirtiéndolos en simple materia biológica para otros seres humanos”.

nes reproductivos “*es contraria a la dignidad de la persona humana*, pues despersonaliza el acto de la generación, vacía de significado humano la procreación humana y sustituye el diálogo y donación esponsal por una técnica...”. Como también considera contraria a la dignidad humana la clonación con fines terapéuticos por cuanto tiene como finalidad.

[C]oncebir una persona humana con la intención deliberada de manipularla, utilizándola como residuo biológico para suministro de órganos y tejidos de repuesto. La finalidad aparentemente ‘humanista’ de la clonación no es coherente con el medio usado: manipular a un ser humano en sus primeras fases vitales a fin de obtener material biológico necesario para la experimentación de nuevas terapias, llegando así a matar a ese ser humano, contradice abiertamente el fin que se busca: salvar una vida (o curar enfermedades) de otros seres humanos. El valor de la vida humana fuente de igualdad entre los hombres, hace ilegítimo un uso meramente instrumental de la existencia de uno de nuestros semejantes. No existe diferencia entre este uso del ser humano y el que se conoció en los campos de concentración del siglo pasado ⁽⁴⁸⁾.

VI. LA CLONACIÓN DE EMBRIONES HUMANOS PARA UTILIZAR SUS CÉDULAS PARA INVESTIGACIÓN Y TRASPLANTES

Los científicos han prometido determinados beneficios para la humanidad, lo que se lograría por la clonación de células embrionarias única y exclusivamente con la finalidad de obtener células de ese tipo para su posterior utilización para investigaciones y trasplante para la curación de enfermedades, y no, en cambio, para lograr el nacimiento de un ser humano por medio de un procedimiento de esas características. Con respecto a lo cual cabe señalar que si bien la investigación científica para la promoción de la salud de la persona humana constituye un gran beneficio para la humanidad, que se debe alentar, no debe dejarse de lado que, como sostuvo la antes citada Conferencia Episcopal de México “para que tal investigación constituya verdaderamente un bien, debe guiarse por valores morales objetivos dentro de un contexto ético que sea respetuoso de la persona humana, de sus derechos inalienables y de su dignidad intrínseca”.

Y en el caso debe tenerse en cuenta que, desde la concepción de la persona, que se produce por la fusión del óvulo y el espermatozoide, existe un nuevo ser humano, con un código genético único e irrepetible,

(48) Véase en <http://www.notivida.com.ar/Articulos/Clonacion/CEM%20reflexiones%20sobre%20la%20Clonacion.html>

distinto al de sus padres, que va a continuar desarrollándose gradualmente hasta el nacimiento. Por lo que, al ser una persona humana, debe respetarse la vida del embrión, que se vería conculcada de ser el mismo utilizado para investigaciones o para la curación de enfermedades, lo que supone su destrucción.

Las células embrionarias son células indiferenciadas, habiendo sido denominadas *estaminales* (*stem cells*), o *células madre*, o también llamadas *totipotentes* debido a que, según se afirma, luego de un tratamiento proteínico ⁽⁴⁹⁾ pueden ser transformadas en células diferenciadas o especializadas correspondientes a las tres capas germinales (ectodermo, mesodermo o endodermo), como son las sanguíneas, epiteliales, musculares, neuronales, tejidos epidérmicos, del tejido nervioso, etc. ⁽⁵⁰⁾. Después de lo cual, dichas células podrían ser transferidas sin que se produzca rechazo del organismo, a quien aportó la célula somática para la clonación, o a los aportantes de los gametos que formaron el embrión, con la finalidad de curar enfermedades de las que se encuentren afectados, ya sea por medio del reemplazo de células dañadas de su cuerpo, o por el añadido de células no afectadas.

No estamos de acuerdo con la mal llamada *clonación terapéutica* ⁽⁵¹⁾ (apoyada por la Argentina en las Naciones Unidas en el año 2005), ya que la utilización del embrión a esos efectos supone su destrucción, lo que no

(49) Se encuentra demostrada la existencia de un grupo de proteínas llamadas factores de crecimiento o de transcripción, que les dan a las células totipotenciales instrucciones para que se desarrollen de una u otra forma.

(50) Si bien esto se halla todavía en estudio e investigación, ya se han conseguido éxitos parciales. De acuerdo a una información dada con fecha 03-08-2001 por The Wall Street Journal Americas, la empresa británica PPL Therapeutics, que ayudó a clonar a la oveja Dolly, informa que esto ya fue logrado con células de una vaca: a un óvulo de ésta se le extrajo el citoplasma y se lo insertó en células de la piel, que de tal manera quedaron convertidas en células no diferenciadas encontradas en embriones a los siete días, esencialmente células madre, que con posterioridad fueron convertidas, luego de añadirles varios químicos, en células cardíacas que empezaron después a latir mientras estaban en un recipiente (esta posibilidad ya había sido anunciada por la mencionada empresa, con fecha 23-02-2001). La información pone además de relieve las dificultades derivadas del hecho de introducir en pequeñas células adultas el material viscoso que compone el citoplasma, además del hecho de que el experimento no funcionó en todas las oportunidades en que fue realizado. En el Diario La Nación del 01-08-2001 se informó que según una publicación de la Revista Journal of Clinical Investigation, científicos israelíes del Centro Médico Ramban, en Haifa, también habían conseguido convertir células embrionarias, en células del músculo cardíaco.

(51) Eduardo Martín Quintana califica de ambiguo y eufemístico el concepto de clonación terapéutica, debido a que la técnica requiere la destrucción del embrión, o sea, de un ser humano, para beneficio de la persona productora del clon ("La clona-

resulta éticamente admisible, a lo que no obsta lo nobles que pudieran ser los fines buscados con dicho procedimiento. Parece claro que ningún ser humano —como lo es el embrión humano— puede ser instrumentalizado o utilizado para lograr el bien de otro, o ser objeto de destrucción, manipulación o comercialización.

Por otra parte, para la obtención de células o tejidos para trasplante también pueden ser utilizadas células madre o estaminales extraídas del organismo del adulto ⁽⁵²⁾ o, al ocurrir el nacimiento, del cordón umbilical, así como también de los fetos abortados involuntariamente ⁽⁵³⁾, lo que hace innecesaria la destrucción de embriones a esos efectos. Las células diferenciadas de adultos puede llegar a transformarse nuevamente mediante una especie de *vuelta al pasado*, en células indiferenciadas (o *totipotentes*), con lo que es perfectamente factible reemplazar con similares efectos las células embrionarias; lo que ha sido, justamente, lo ocurrido con la conocida oveja *Dolly*, en que la célula somática que se insertó en el óvulo obtenido de una oveja adulta se reprogramó (todavía se ignora el mecanismo por el cual ello ocurrió), para convertirse primero

ción terapéutica en Gran Bretaña: otra variante de la legalización de la fecundación artificial”, ED, 191-741).

(52) Conf. lo expresado en igual sentido, entre otros, por Salvatore Mancuso, director del Instituto de Ginecología de la Universidad Católica de Roma, en el XVIII Congreso Internacional de la Sociedad de Trasplantes, celebrado en Roma del 26 de agosto al 1° de septiembre de 2000. Cabe por otra parte señalar que de acuerdo a lo informado por el diario científico *Nature Immunology*, científicos canadienses identificaron un método mediante el cual esas células estaminales adultas podían ser cultivadas en laboratorio.

(53) Ag. Zenit, 24-08-2000. Mons. Elio Sgreccia reiteró la posibilidad de la utilización para investigación de las células estaminales que proceden de los adultos, las que son válidas y más seguras que las que proceden de los embriones (Ag. Zenit, 02-08-2001). Esto último ya había sido enfatizado por la carta que con fecha 23-02-2001 la Culture of Life Foundation envió al entonces Presidente Bush solicitándole que favorezca las investigaciones usando células estaminales adultas y prohibiendo el uso de las células fetales; en la misma se afirmó que las recientes investigaciones en las que se han empleado células estaminales de tejido fetal fueron decepcionantes, siendo evidente —se dice— que “son menos útiles que las células estaminales adultas para obtener nuevas células cerebrales, células nerviosas y otros tejidos” (Ag. Zenit, 10-03-2001). A su vez, el *New York Times* del 08-03-2001 informó que en un estudio publicado a comienzos de ese mes por el *New England Journal of Medicine* se confirmó la existencia de problemas médicos en el uso de células fetales, y que en un estudio reciente en el cual se había intentado tratar la enfermedad de Parkinson implantando en el cerebro células de fetos abortados, aparte de no mostrar beneficio general, había ocasionado en un 15% de los pacientes una superproducción de células fetales que fabricaron a su vez tal cantidad de una sustancia química relacionada con el movimiento, que hacía que los pacientes se sacudieran y retorcieran incontrolablemente.

en células indiferenciadas, y luego en los diversos tejidos de *Dolly*. Con relación a lo cual, San Juan Pablo II ha sostenido con fecha 29 de agosto de 2000 en su Discurso al XVIII Congreso Internacional de la Sociedad de Trasplantes, que:

[E]n cualquier caso, medios que no respeten la dignidad y el valor de la persona se deben evitar siempre. Pienso en particular, en los intentos de clonar para obtener órganos para trasplantes: estas técnicas, en cuanto conllevan la manipulación y la destrucción de embriones humanos, no son moralmente aceptables, aun cuando se proponen un fin que es bueno en sí mismo. La misma ciencia indica otras formas de intervención que no conllevaría la clonación o el uso de células embrionarias, sino que utilizaría células troncales procedentes del adulto. Esta es la dirección que la investigación debe seguir, si quiere respetar la dignidad de cada uno de los seres humanos aún durante su etapa embrionaria.

A su vez, en la Instrucción *Dignitas Personae* antes citada, de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, se ha afirmado que “desde el punto de vista ético, la llamada clonación *terapéutica* es aún más grave (que la clonación reproductiva). Producir embriones con el propósito de destruirlos, aunque sea para ayudar a los enfermos, es totalmente incompatible con la dignidad humana, porque reduce la existencia de un ser humano, incluso en estado embrionario, a la categoría de instrumento que se usa y destruye. Es *gravemente inmoral sacrificar una vida humana para finalidades terapéuticas*” (N.º 30).

Con relación a lo expresado en este último punto, debemos poner el acento en la circunstancia de que la probabilidad de la utilización terapéutica con éxito de células madre para trasplantes es hasta ahora extremadamente limitada y sólo para determinados casos puntuales, tal como se ha puesto de relieve en innumerables publicaciones ⁽⁵⁴⁾.

(54) Véase, entre muchas otras publicaciones, L’Osservatore Romano, del 17-10-2004, como también la nota “Células madre y promesas dudosas”, de Sebastián A. Ríos, en la edición del Diario La Nación del 05-05-2010.

PERSONA HUMANA Y EDICIÓN GENÉTICA. REALIDAD PROMISORIA E INQUIETANTE

POR EDUARDO MARTÍN QUINTANA (*)

Agradezco a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales su ofrecimiento a colaborar en este merecido homenaje a la memoria del Doctor Guillermo A. Borda, quien confirmó mi vocación jurídica en mi primera juventud. Comencé mis estudios de derecho en el año 1961, y por entonces mi elección fue intuitiva, pues no provengo de una familia de abogados, ni relacionada con la profesión. Mis recuerdos de ese año fueron imborrables: una de mis primeras clases estuvo a cargo del Dr. Borda quien de inmediato causaba la impresión del verdadero maestro: a su saber jurídico le unía una claridad asombrosa. Por entonces y luego con el tiempo, fui advirtiendo que muchas de las cuestiones tratadas eran asaz complejas y su rápida comprensión por parte de los alumnos se debía más que a nuestro entendimiento, a su esclarecida docencia. Añado dos comentarios finales: además de mi labor profesional, me dediqué a la docencia optando por la Filosofía del Derecho y bajo tal perspectiva, celebré la incorporación al Código Civil, de instituciones esenciales a la justicia entendida como equilibrio de las prestaciones, tales como el abuso del derecho, la lesión, la teoría de la imprevisión y otras que favorecieron tanto la actividad judicial como de los litigantes. Por último, una anécdota que habla de la permanencia de una obra que puede calificarse como “clásica”. Cuando comienzo un curso pregunto a los estudiantes (ya en cuarto o quinto año de permanencia en la Facultad), que obra y autores son los que más frecuentemente han leído, invariablemente responden el Dr. Guillermo A. Borda, (luego de más de sesenta años desde que leí su “Derecho Civil, Parte General”) lleva siempre la delantera.

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

I. EVOLUCIÓN DE LA GENÉTICA

No pretendo en esas líneas reseñar la historia de la genética, sino tan sólo aquellos hitos que se relacionan con el tema principal en tratamiento, o sea la “edición” del genoma humano. El término “evolución” que titula este primer punto, no se refiere a las teorías comúnmente denominadas “evolucionistas” de las especies. Esta perspectiva —más allá de la recepción o rechazo de las teorías evolutivas— contemporáneamente son acompañadas por otras que abren la posibilidad de un progreso ilimitado de la especie en las manos de los propios humanos, cuestión a la que volveré en las conclusiones.

Si bien en el nacimiento de la ciencia occidental encontramos el desarrollo de la medicina y la biología, entre otras ⁽¹⁾, los interrogantes que sobre el origen y transmisión de la vida y la especie no alcanzaron respuesta. Hubo que esperar hasta el siglo diecinueve. Se le ha otorgado, con razón, el título de padre de la Genética a Gregor Mandel, nacido en 1822 de familia de horticultores, lo cual atrajo su inquietud para averiguar el régimen de la herencia en los vegetales que culminó con su descubrimiento de las “circunstancias”, llamadas luego leyes, que tornan posible la continuidad de cada especie ⁽²⁾. En 1865 envió sus conclusiones bajo el título de *Experimentos sobre híbridos de plantas*, a la Sociedad de Historia Natural de Brunn, trabajo que durante treinta años fue ignorado por los científicos. Sus investigaciones las realizó utilizando una variedad de guisantes en los cuales analizaba las características de la descendencia. Realizó evaluaciones estadísticas que conocemos con el nombre de *Leyes de Mendel-Principios Mendelianos*. Denominaba *caracteres* a las manifestaciones exteriores de las plantas estudiadas, uno de ellos denominado dominante y al otro recesivo ⁽³⁾. El gran descubrimiento de Mendel fueron los “caracteres”, que en 1909 el biólogo W.L. Johansenn los denominó con el nombre de *genes* y por ello bien le cabe el título antes mencionado. Desde entonces, se denomina genética a la disciplina que estudia las leyes de la transmisión hereditaria de los *caracteres* (genes) de los vivientes. Sin perjuicio que desde entonces numerosos científicos aportaron valiosos conocimientos, de significativa importancia fue el aporte de J. Watson y F. Crick quienes, en 1953, en la revista *Nature* dieron cuenta del descubrimiento de la estructura en doble hélice del ADN cuya existencia y componentes lo habían hecho públicos numerosos

(1) Grecia, siglo VI-V A.C. Medicina, Física, Biología, Psicología y otras.

(2) Científico ordenado sacerdote en 1847.

(3) Martínez Picabea de Giorgiutti Elba, *La vida y su proyecto. Una mirada desde la Genética y la Filosofía*, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2021 pág. 46 y siguientes.

científicos desde comienzos del siglo veinte, entre ellos, las investigaciones de O. Avry expresando que el ADN era el portador de la herencia. J. Watson, F. Crick y M. Wilkins fueron galardonados con el premio Nobel de Medicina y Fisiología en 1962.

En el año 2001 finalizó la secuenciación del genoma humano, logrado por dos grupos distintos: el Consorcio Público o *Proyecto Genoma Humano*, dirigido por Francis Collins y la empresa CELERA. Ambos por metodologías diversas lograron la finalidad perseguida. Se coronaba así, “en la especie humana, la obra iniciada por Mendel, quien al proponer unos factores responsables de los rasgos propios de cada especie –y de cada individuo, dentro de la misma especie– se había adelantado varias décadas al conocimiento de su tiempo. Sus conclusiones de que cada rasgo estaba controlado por un factor concreto sugirió la existencia de entidades físicas que gobernaban la herencia: unidades de información biológica cuya herencia, en la descendencia, es cuantitativamente predecible y cuya naturaleza desconoce”. Según Hernández Yago, genetista de la Universidad Politécnica de Valencia, “se entiende como genoma de una especie el conjunto de los diferentes genes que posee”. Agrega que “más frecuentemente por extensión, el término genoma se aplica a la totalidad del material genético (ADN) que caracteriza a cada organismo o especie. En este sentido, y en términos generales el genoma humano lo compone la totalidad del ADN contenido en los 23 pares de cromosomas de la especie humana: unos 6.000 millones de bases, de los cuales sólo un 2% forman parte de las secuencias que conforman los aproximadamente 30.000 genes de la especie humana⁽⁴⁾. Secuenciar significa determinar el orden exacto de los pares de bases en un segmento de ADN.

II. TERAPIA GENÓMICA

Sus orígenes se remontan al descubrimiento mismo de la transmisión de la herencia de las especies localizada como se ha dicho en los genes y su aplicación comenzó con la cruce de semillas y animales. La finalidad fue la transferencia de segmentos de ADN entre vivientes arribándose con éxito a la producción de los denominados “transgénicos”, que son los organismos genéticamente modificados mediante la introducción de un gen que potencia su rendimiento, como en el caso de los

(4) Hernández Yago José, *Genoma Humano. Perspectivas y aspectos éticos*. En *Bioética personalista: ciencia y controversias*, Gloria María Tomas y Garrido, Elena Postigo Solana, Tribuna Siglo XXI. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid, 2007, pág.151

vegetales, lográndose una mayor producción además de su resistencia a herbicidas y su adaptación a climas adversos. Estos resultados alentaron la investigación en el genoma humano con finalidad terapéutica a la que siguió la investigación tendiente a lograr mejoras en la misma especie, cuestión no sólo de dudosa verosimilitud sino además con numerosas objeciones éticas.

Comienza así la terapia en humanos ante una patología genética intentando reemplazar el gen que la produce o introduciendo un gen que compense su mal funcionamiento. Con los años la terapia génica fue ampliando su espectro de acción, actualmente.

[E]s una forma experimental de tratamiento que utiliza la transferencia de genes a la célula de un paciente para superar una enfermedad. La finalidad es modificar la información genética de la célula que es responsable de la patología, para que esa célula recupere su normalidad. La transferencia del material genético se suele realizar mediante el uso de vectores virales que utilizan sus capacidades biológicas propias para entrar en la célula y depositar el material genético...⁽⁵⁾

III. EDICIÓN GENÉTICA. LA TÉCNICA CRISPR/CAS9 (*CLUSTERED REGULARY INTERSPACED SHORT PALINDROMIC REPEATS*)

Sin perjuicio de las posibilidades terapéuticas de algunos procedimientos, por lo general las técnicas son de difícil implementación por su complejidad y elevadas erogaciones en su realización, lo cual incentivó la investigación que abriera nuevos rumbos en el horizonte de la genética. Así resultó que en los últimos años del siglo anterior y principios de éste el descubrimiento de “nucleasas bacterianas de secuencia específica” facilitó la realización de técnicas de edición del genoma, entre ellas el sistema CRISPR/Cas9, que demostró su eficacia⁽⁶⁾.

Respecto a este sistema, clave para el desarrollo actual de la edición genética:

[E]l microbiólogo español Francisco Martínez Mojica quien a fines del siglo pasado demostró que los procariontes unicelulares⁽⁷⁾ (grupo

(5) National Human Genome Research Institute. www.genome.gov/es/genetics-glossary/terapia-génica

(6) Anselmino Silvia y Moya Graciela, Análisis bioético de la aplicación de las técnicas de edición sobre el genoma humano. *Vida y Ética* año 18 N.º 2 diciembre de 2017. Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, p. 57.

(7) Las células humanas son eucariotas cuyo núcleo está delimitado por una membrana nuclear que hace posible que su material no se halle disperso en el citoplasma.

de microorganismos unicelulares) y bacterias, por un mecanismo natural eran capaces de desarrollar un sistema de defensa inmune frente a un ADN extraño (de un virus bacteriófago) que pudiera invadir su ambiente intracelular. Martínez Mojica comprobó que cuando el ADN del virus invasor entra en el ambiente citoplasmático de la bacteria, por la acción de una enzima llamada Cas9, que funciona como si fuera una tijera, corta en pequeños trozos el ADN del virus invasor permitiendo que estos fragmentos se integren al ADN de la bacteria, justo en los espacios intercalares que median entre las secuencias repetidas del sistema CRISPR. De este modo, cuando se producen posteriores ataques de ADN viral extraño, la bacteria expresa la región CRISPR, generando una molécula de ARN mediante el ensamblado de bases nucleótidas complementarias del ADN previamente integrado que llevan el nombre de proto espaciadores quienes reconocen las secuencias del ADN invasor promoviendo su degradación. ⁽⁸⁾ En el año 2012 Jennifer Doudna y Emmanuelle Charpentier “realizaron el primer ‘corte’ con el sistema CRISPR/Cas9 en un tubo de ensayo e intuyeron que esto mismo se podría realizar en otro tipo de células como las eucariotas y que se podría usar para la edición genética” ⁽⁹⁾.

IV. APLICACIÓN DE LA EDICIÓN GENÉTICA: CÉLULAS SOMÁTICAS Y GERMINALES

IV.1. Células somáticas

El avance de la genética iniciado por Mendel ha mostrado una evolución prodigiosa desde mitad del siglo veinte, acelerada a partir de este milenio. De lo expuesto hasta aquí, la ciencia médica y la investigación genética han logrado resultados, que si bien son provisorios, pueden brindar terapias hasta ahora desconocidas. Por lo expuesto hasta aquí, en principio, no hay reparos éticos a la *edición del genoma en células somáticas*, tales como las células isogénicas pluripotentes inducidas (iPS) derivadas de mismo individuo. Si bien se encuentran a nivel aún de investigación, más que de aplicación clínica, están bajo estudio enfermedades como el mal de Parkinson, la distrofia muscular de Duchenne, Distrofia Miotónica. También existen ensayos en células iPS que utilizan estas técnicas en anemia sideroblástica, talasemia, enfermedad de Al-

(8) Errasquin Alicia, Edición de genes o edición genética, inédito, bibliografía. Posgrado ULIA Universidad Libre Internacional de las Américas. Con autorización de su autora.

(9) Conf. La edición genética hoy. Su valoración bioética. Bioética Press 28 de octubre de 2016. www.observatorio de Bioetica, director Justo Aznar, Universidad de Valencia y Errazquin Alicia, Edición de genes o edición genética.

zheimer e investigaciones para el tratamiento de enfermedades no genéticas como el caso de un ensayo clínico para el desarrollo de células hematopoyéticas resistentes al HIV ⁽¹⁰⁾. Asimismo, las investigaciones han avanzado en ensayos para las aplicaciones en enfermos oncológicos y algunas patologías oftalmológicas.

IV.2. Células germinales

Muy distintas son las consecuencias que pueden acaecer mediante la edición genética aplicada a la línea germinal, pues más allá de obtenerse una terapia puntual en un embrión determinado, nada se sabe sobre el impacto de esa modificación en el entrecruzamiento genético que sucede con las sucesivas reproducciones y su impacto en el mapeo genético de la especie. Las líneas de investigación no se limitan a un fin terapéutico, sino que muchas de ellas, abierta o encubiertamente dirigen su atención a mejorar la calidad futura de vida y las capacidades humanas tanto físicas como volitivas e intelectivas, transitando algunas de las variantes del denominado “transhumanismo” o apuntando quizá utópicamente a una especie superior, en el llamado “poshumanismo” ⁽¹¹⁾. Si bien como surge de las declaraciones de las cumbres internacionales sobre el tema, la tendencia es generalizar una prohibición autoimpuesta, pues hay una conciencia de la gravedad de las consecuencias. Sin embargo, no se cierran las puertas a la investigación en la línea germinal (asegurando su no aplicación).

V. REUNIONES CUMBRE INTERNACIONALES

V.1. Primera Cumbre Internacional Sobre Edición Genética

Si bien carece de implicancias jurídicas, resulta de gran interés la declaración emitida por la *International Summit on Human Gene Editing* (Cumbre Internacional sobre edición genética) que tuvo lugar en Washington DC, USA, del 1 al 3 de diciembre de 2015 y posteriormente 2018 y 2023 ⁽¹²⁾. La iniciativa fue tomada por la Academia Nacional de Ciencias y la Academia Nacional de Medicina de los Estados Unidos, y coorganizada por la Academia de Ciencias de China y la Real Sociedad de Ciencias

(10) Anselmino Silvia y Moya Graciela, op. cit.

(11) Gomez-Tatay L. Aznar J. El mayor avance en técnicas de edición genética requiere una reflexión ética, www.observatoriodebioetica.org/articulos_cientificos. Universidad Católica de Valencia. Cuadernos de Bioética 30, 2019, ps. 171-185.

(12) <https://innovativegenomics.org/events/international-summit-on-human-gene-editing/> <https://centrodebioetica.org/cumbre>.

de Gran Bretaña, y que discutió los aspectos científicos, éticos y políticos asociados a la investigación sobre la edición genética en seres humanos. La declaración distingue entre: 1) la investigación básica y preclínica, 2) los usos clínicos en células somáticas y 3) en la línea germinal.

1. *Investigación básica y preclínica*: Señalan que se necesita una investigación básica y preclínica muy intensa y que la misma debe estar sujeta a reglas éticas y legales claras y una supervisión y se debe concentrar en tecnologías para editar secuencias genéticas en células humanas, los beneficios y riesgos potenciales de los usos clínicos proyectados y la comprensión de la biología de los embriones humanos y las células germinales. Si durante la investigación se hace edición genética de embriones o gametos, estas células modificadas no deben ser usadas para generar un embarazo.

2. *Uso clínico en células somáticas*: Afirman que existen promisorias y valiosas aplicaciones de la edición genética dirigidas a alterar secuencias genéticas de células somáticas y que no se transmiten a la descendencia. Entre los ejemplos que se mencionaron se encuentra la anemia de células falciformes en células de la sangre, o bien mejorar la capacidad de células de inmunidad para enfocarse en el cáncer. En este punto, la declaración señala la necesidad de comprender los riesgos, como la edición inexacta, y los beneficios potenciales de cada modificación genética. Según la declaración, como los usos clínicos proyectados sólo afectarían al individuo que los recibe, se considera que pueden ser apropiada y rigurosamente evaluados en los marcos regulatorios existentes para las terapias génicas, y los reguladores pueden sopesar los riesgos y los potenciales beneficios aprobando ensayos clínicos y terapias.

3. *Usos clínicos en la línea germinal*: Tiene por finalidad realizar alteraciones en gametos o embriones que pasarán a las subsiguientes generaciones como parte de la herencia genética humana. Esta edición puede incluir la introducción de variantes genéticas naturales ya existentes, o bien cambios genéticos totalmente nuevos que se cree que son beneficiosos. La declaración enumera los tópicos que plantea la edición de la línea germinal:

i. los riesgos de una edición inexacta (como mutaciones sobre un objetivo erróneo) y la edición incompleta de células del embrión en sus fases tempranas de desarrollo (mosaicismo);

ii. la dificultad de predecir los efectos dañinos que los cambios genéticos pueden tener bajo el variado rango de circunstancias que experimenta la población humana, incluyendo las interacciones con otras variantes genéticas y con el ambiente;

iii. la obligación de considerar las implicaciones tanto para el individuo como para las futuras generaciones que van a llevar las generaciones genéticas;

iv. el hecho que, una vez que se introduce en la población humana, las alteraciones genéticas serán difíciles de remover y no permanecerán dentro de una única comunidad o país;

v. la posibilidad de que “mejoras” genéticas permanentes en sectores de la población pueden exacerbar las inequidades sociales o ser usadas en forma coercitiva; y

vi. las consideraciones morales y éticas en alterar la evolución humana en forma premeditada con esta tecnología.

La declaración concluye expresando que: resulta irresponsable proceder a cualquier uso clínico en la edición de la línea germinal, salvo y hasta que (i) los más relevantes aspectos de seguridad y eficacia han sido resueltos, con base en una apropiada comprensión y balance de los riesgos, los beneficios potenciales y las alternativas; y (ii) exista un amplio consenso social sobre la oportunidad de sus aplicaciones proyectadas. La declaración añade que cualquier uso clínico debe proceder bajo supervisión apropiada de la autoridad regulatoria. Hasta el momento, señalan que estos criterios no se han alcanzado para ningún uso clínico: los aspectos de seguridad no han sido adecuadamente explorados; los casos de beneficios notables son limitados; y muchas naciones tienen prohibiciones legales o reglamentarias de las modificaciones en la línea germinal.

V.2. Segunda Cumbre Internacional Sobre Edición Genética ⁽¹³⁾

Tuvo lugar en lugar en la Universidad de Hong Kong entre los días 27 y 29 de noviembre de 2018. La declaración final de este Congreso, firmada por relevantes investigadores, entre ellos Jennifer Doudna, creadora junto a Emmanuelle Charpentier de la revolucionaria técnica de edición genética CRISPR concluye:

Los riesgos son demasiado grandes como para permitir ensayos clínicos de edición de la línea germinal humana en este momento. Sin embargo, el progreso en los últimos tres años y las discusiones en la

(13) <https://www.observatoriobioetica.org/3/12/2018-la-segunda-cumbre-internacional-sobre-edicion-del-genoma-humano-recomienda-trazar-el-camino-hacia-la-edicion-genetica-germinal/29214>

cumbre actual sugieren que ha llegado el momento de trazar un camino riguroso hacia esos ensayos.

Uno de los temas tratados se refirió a que científicos chinos de la Universidad de Guangzhou utilizaron la técnica de edición genética CRISPR/Cas9 en embriones humanos para lograr la inmunidad respecto al HIV. Como consecuencia de ello se expresó:

Una vía hacia la edición de la línea germinal requerirá adherirse a estándares ampliamente aceptados para la investigación clínica, incluidos los criterios articulados en los documentos de guía de edición del genoma publicados en los últimos tres años. Dicha vía requerirá el establecimiento de estándares para la evidencia preclínica y la precisión de la modificación genética, la evaluación de la competencia para los profesionales de los ensayos clínicos, los estándares exigibles de comportamiento profesional y las asociaciones sólidas con los pacientes y los grupos de defensa del paciente. No obstante, echamos en falta una consideración fundamental: la destrucción de miles de vidas humanas que las experimentaciones propuestas, y que ya se están llevando a cabo. El estatuto biológico del ser humano y la antropología informan de la total ilicitud de estas prácticas. Los estudios con embriones humanos no pueden considerarse preclínicos, pues se trata de individuos vivos de nuestra especie. Por ello, el avance en edición genética germinal debe apoyarse en estudios con embriones animales, no con personas, tal como procede a las prácticas médicas comúnmente aceptadas.

V.3. Tercera Cumbre Internacional Sobre Edición Genética

Tuvo lugar el 8 de marzo de 2023 en el Instituto Francis Crick en Londres, con la participación de Academia Nacional de Ciencias y la Academia Nacional de Medicina de los Estados Unidos, y la Real Sociedad de Ciencias de Gran Bretaña. El punto de mayor gravitación fue el relativo a la edición genética en la línea germinal, pues hubo coincidencia en considerar inaceptable esta opción dadas las graves consecuencias que pueden sobrevenir a la especie humana:

La edición del genoma humano heredable implica que la modificación del genoma pueda transmitirse a la descendencia y posteriores generaciones. Los miembros del comité organizador de la Tercera Cumbre Internacional sobre Edición del Genoma Humano expresan que: en la actualidad esta opción sigue siendo inaceptable ⁽¹⁴⁾.

(14) Statement from the Organising Committee of the Third International Summit on Human Genome Editing. <https://royalsociety.org/news/2023/03/statement-third-international-summit-human-genome-editing/>

VI. ADVERTENCIAS SOBRE EL FUTURO DE LA EDICIÓN GENÉTICA EN LÍNEA GERMINAL

Sin perjuicio de lo manifestado por las “Cumbres” las declaraciones de algunas organizaciones significativas plantean la recepción en un futuro de estas actividades. Justo Aznar Director del Observatorio de Bioética de la Universidad de Valencia, y el investigador y Gomez-Tatay, dan cuenta que once organizaciones liderados por la Sociedad Americana de Genética Humana (ASHG) publicaron un informe en el que no se cierra la puerta a un posible uso futuro de la terapia génica germinal, pero se señala que a día de hoy las cuestiones éticas, científicas y políticas no resueltas hacen inapropiada la edición genética en embriones para posteriormente implantarlos. Sin embargo, sí aprueba, y de hecho recomienda estas experiencias con fines de investigación para favorecer una posible aplicación clínica en el futuro. También el Hinxton Group, un consorcio internacional de científicos, bioéticos y expertos en política, pidió la continuación de la investigación en embriones, pero la no realización de cualquier aplicación reproductiva. En el mismo sentido, la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) y la Sociedad Europea de Genética Humana (ESHG) han manifestado que:

[T]anto la investigación básica como la preclínica sobre edición genética de la línea germinal pueden estar justificadas, con condiciones. Además, aunque la edición genética clínica de la línea germinal sería totalmente prematura, podría convertirse en una intervención responsable en el futuro ⁽¹⁵⁾.

La edición genética en la línea germinal apunta, como objetivo de mínima, a mejorar la especie humana repotenciando sus facultades y tornándola resistente a los virus, propósitos loables, pero alejados de nuestra realidad concreta que, pese a sus limitaciones, sobrelleva hace siglos su permanencia en la tierra. Esta finalidad “transhumanista” pasa por alto que los resultados de esas intervenciones son impredecibles y corren el riesgo de producir “subespecies”, como también provocar la desaparición de la especie humana y/o su reemplazo por otra arribándose así al llamado “poshumanismo”.

La preocupación de muchos científicos y asociaciones que los agrupan se fundamentan sólidamente en los derechos de las personas que integran la humanidad y de su descendencia, pues ¿quién tiene derecho a programar los humanos del futuro?, cuestión que comienza con circunstancias más actuales como son los propios hijos conforme a “programa-

(15) Gomez-Tatay L. Aznar J. op.cit.

ciones” teñidas de egocentrismo de los padres que así lo pretenden. A continuación, se sintetizan las declaraciones de las denominadas “cumbres” en la que participaron numerosas e importantes organizaciones la edición genética y que por su relevancia tienen incidencia global.

VII. SOPORTES BIOTECNOLÓGICOS DE LA EDICIÓN GENÉTICA CRISPS/CAS9 LESIVAS DE LA VIDA E INTEGRIDAD DE LOS EMBRIONES HUMANOS: FECUNDACIÓN ARTIFICIAL, DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTARIO, CÉLULAS MADRE, CLONACIÓN

Hay que tener en cuenta que las “experiencias” e “investigaciones”, mencionadas precedentemente por alguna de las organizaciones, implican la producción de embriones humanos *in vitro* para luego desguasarlos para realizar una modificación genética. Este procedimiento comenzó a avizorarse como posible, a partir de fines de la década del setenta del siglo pasado y décadas posteriores en función del desarrollo biotecnológico primero en vegetales y animales y más tarde en humanos, que pasaron a ser el soporte de la edición genética.

VII.1. Fecundación artificial

Hasta aquí quedan sintetizados algunos importantes avances de la genética en tanto ciencia básica, o sea la que tiene por fin develar el conocimiento de su objeto, los genes y el genoma. Pero a su vez también avanzaron los conocimientos sobre la reproducción humana. En este ámbito científico, el año 1978, establece un antes y un después en el avance biotecnológico mediante un procedimiento, un su momento sorprendente: la producción de seres humanos “in vitro” mediante fecundación artificial y luego su implante y gestación en una mujer. Ante los frecuentes fracasos en el primer implante, se resolvió producir varios embriones superándose así el costo y molestias consecuentes de cada poliovulación. Surgió así un nuevo procedimiento sobre el destino “transitorio” de los embriones: su “crioconservación”. Desde ese momento, el ser humano producido extracorpóreamente hasta su implante queda en manos del personal médico interviniente. A partir de entonces la intervención genética en la especie humana dejó de ser una hipótesis para transformarse en una realidad, ya que la disponibilidad de este “material” (embriones y gametos) posibilitó su investigación, experimentación, intervención y descarte. Para superar las graves cuestiones éticas y jurídicas que acarrearían este tipo de prácticas, (muerte y lesiones irreparables) y del posterior congelamiento y también ante la posibilidad de su selección eu-

genésica y experimentación con el consiguiente desguace), se elaboró una teoría que dejaba a salvo tales prácticas de cualquier objeción, para lo cual se dividió la etapa embrionaria del ser humano en dos estadios: primero durante catorce días y antes de finalizar o a partir de este lapso su congelamiento sine die durante el cual este “ente biológico” no cuenta con ningún derecho. Según esta opinión recién entre el día décimo y catorceavo, cuando el llamado embrión se implanta en la pared uterina y desarrolla su línea primigenia del sistema nervioso comienza a existir un nuevo ser de nuestra especie. A esta conclusión arribó en 1984 una comisión interdisciplinaria constituida en el Reino Unido que produjo un dictamen denominado “informe Warnock”. Este criterio fue asumido luego por la Asociación Americana de Fertilidad (1986). La conclusión de estas entidades es errónea científicamente ya que la existencia de la persona humana comienza con la fecundación, tanto corpórea o extracorpórea ⁽¹⁶⁾. La fecundación extrauterina significa una vulneración del derecho a la vida, a la salud y a la dignidad del ser humano así producido. El embrión es tratado como un objeto de producción sometido a un proceso de tipo eminentemente técnico-instrumental: disponibilidad respecto al fin, dominio absoluto de la técnica y eficacia cuantitativa; como conclusión de estas premisas innumerables vidas humanas se pierden a conciencia plena con la escasa posibilidad de que alguna de ellas sobreviva al procedimiento

VII.2. Diagnóstico genético preimplantatorio

El diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) tiene por finalidad confirmar o descartar la existencia de alteraciones genéticas de manera que es posible elegir, para proceder a la implantación del embrión de aquellos no portadores del defecto indeseable, implicando este método el descarte de los embriones afectados. En este estudio no existe la opción de terapia prenatal, se trata solamente de selección embrionaria ⁽¹⁷⁾. Está más difundido, o mejor dicho aplicado, el DGP extensivo que selec-

(16) Tomas y Garrido Gloria María, El estatuto científico del embrión, en *Bioética personalista, ciencia y controversias*, Tribuna Siglo XXI, Madrid 2007, pág. 163, “la generación del cigoto supone que la fecundación conlleva un proceso autoorganizativo de interacción, reestructuración y cambio de los cromosomas de los gametos de los progenitores... Lo que se transmite de padres a hijos en la fecundación es la información genética contenida en el soporte material que son los cromosomas de los gametos. La fecundación es así el evento fundamental del comienzo y desarrollo del nuevo organismo y comporta una serie de eventos y interacciones celulares que permiten el encuentro entre el espermatozoide y el ovocito para la formación del cigoto o embrión en estado de una célula, el nuevo individuo de la especie humana”.

(17) Martínez Picabea de Giorgiutti Elba, *Genética y Bioética*, Editorial Dunken, 2013, Buenos Aire pág. 161.

ciona embriones para lograr el nacimiento de un niño que pueda proporcionar una donación de tejido compatible a un hermano vivo que padece de alguna enfermedad grave genética, pero también se aplica a casos de infertilidad para seleccionar el embrión viable ⁽¹⁸⁾. En realidad, el DGP, se está transformando poco a poco en una verdadera y propia medida de eugenesia negativa a aplicar a todas las familias donde esté presente el riesgo de tener hijos afectados por enfermedades cromosómicas o genéticas ⁽¹⁹⁾. Si bien en Argentina no se encuentra prohibido, no resulta obligatorio para los prestadores sociales y prepagas. A tal conclusión arribó la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fundamento en que la ley 26.862 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida) no lo incluía entre los procedimientos allí admitidos ⁽²⁰⁾.

VII.3. Células madre embrionarias y somáticas

1. *Células madre embrionarias*: cronológicamente son un antecedente de las prácticas de edición genética pues en cuanto a resultados transitan el mismo camino: salvo unas escasas patologías, su desarrollo no ha superado la etapa de investigación o experimentación en entes no humanos pues en nuestra especie quedaron en expectativa a un costo de vidas embrionarias elevado. Por varios años se entendió que la reproducción y superación de la infertilidad era la finalidad de la fecundación

(18) Quintana Eduardo Martín, Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio. Doctrina judicial, La Ley 4 de marzo de 2015. SCJ Mendoza, sala I, 30/7/2014, L.E.H. c/ O.S.E.P. s/ acción de amparo. La solicitud de aplicación del D.G.P. fue rechazada por la mayoría del Tribunal. Uno de sus integrantes, fundamentó su voto en que la personalidad humana se extiende a lo largo de toda su vida desde la concepción: “El estado embrionario es uno de aquellos por los que atravesamos todos los seres humanos desde el mismo momento en que, como consecuencia de la concepción –dentro o fuera del seno materno–, ya hemos adquirido una identidad única, intransferible e irrepetible, comprobable mediante la prueba del ADN, sin la necesidad de otro aditamento que no sea el de los cuidados adecuados y necesarios según su estado. No son pocos los momentos en que esa vida humana necesitará de cuidados adecuados que serán una condición ineludible para su supervivencia. Baste considerar la fragilidad de un recién nacido cuya supervivencia es inconcebible sin la asistencia externa; o de otros momentos de enfermedades graves de las que sólo podría subsistir con la asistencia necesaria de otros seres humanos; o en el momento en que se acerca el final de su vida. La protección de la vida humana y de su dignidad corresponde desde el momento de su concepción y hasta su finalización según nuestro ordenamiento jurídico expreso.”

(19) Di Pietro María Luisa, Sexualidad y procreación humana, EDUCA, 2008, Buenos Aires, pág. 247

(20) CS, 1° septiembre de 2015 L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo, El derecho 27/10/2015 N.°13.841.

artificial, pero en las décadas siguientes a los años setenta, otras novedades biológicas dieron cuenta que además dicha técnica podía reportar terapias utilizando células totipotentes o pluripotentes mediante el desguace del embrión destinadas a paliar las dolencias de adultos, sin perjuicio de atribuirles además de posibilitar en algunos casos supuestos beneficios rejuvenecedores a sus destinatarios. Ambas situaciones tienen en común el beneficio de un tercero a costa de la destrucción de un embrión. A finales del siglo anterior se difundían a menudo noticias dando cuenta que científicamente se había alcanzado uno de los hitos más esperados de la biología moderna: aislar a partir de embriones un tipo primitivo de células que pueden convertirse en cualquier tejido. Con el paso de los años y la falta de resultados acordes a las expectativas creadas, el mundo mediático se tornó más cauto. George Daley, profesor de Harvard, declaró que cualquier cosa que se ofrezca como tratamiento es experimental, los únicos tratamientos con células madre confiables son los que utilizados para enfermedades de la sangre (leucemia o talasemia) pero cualquier problema relativo a la ceguera, enfermedad de Parkinson, diabetes o las cardiopatías, las terapias son todavía experimentales ⁽²¹⁾. Se puede concluir que las expectativas todavía se mantienen como tales.

2. *Células madre somáticas*: Tienen singular importancia pues guardan similitud con las células provenientes de la edición genética de células adultas, pues en ambos casos se evitan la producción y destrucción de embriones. En efecto, desde finales del siglo veinte comenzaron a difundirse investigaciones que lograban reprogramar células adultas convirtiéndolas en un nuevo tejido del cual tuvieron origen, o sea se reprograman células llamadas fibroblastos y retornan a su estado primitivo. El japonés Shinya Yamanaka, que por su investigación recibió el premio Nobel de Medicina/Fisiología 2012, explicó que el procedimiento le permitió programar células de piel “rejuveneciéndolas” mediante manipulación genética hasta transformarlas en células iPS (células madre pluripotentes inducidas). El inglés John Gurdon también recibió similar distinción.

VII.4. Clonación como repositorio terapéutico

Una variante de la utilización terapéutica de las células embrionarias es la clonación que significa la producción asexual de organismos o líneas celulares genéticamente idénticas a partir de un mismo individuo. Este término importa situaciones diferentes, la más conocida im-

(21) Faltan más de diez años para que haya terapias con células madre. Lo afirman los máximos expertos que están en Buenos Aires hasta mañana, La Nación 13/11/09, Buenos Aires.

plica la introducción dentro de un óvulo desnucleado y no fecundado, del núcleo de una nueva célula extraída del adulto donde ella se replica. La finalidad es la obtención de células totipotentes o pluripotentes mediante el desguace del embrión destinadas a paliar las dolencias de adultos, sin perjuicio de atribuirles además de posibilitar en algunos casos supuestos beneficios rejuvenecedores a sus destinatarios. Ambas situaciones tienen en común el beneficio de un tercero a costa de la destrucción de un embrión. Las Naciones Unidas emitieron una declaración el 8 de marzo de 2005 y entre otros ítems expresaron b) Los Estados miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana. c) Los Estados miembros habrán de adoptar además las medidas necesarias a fin de prohibir la aplicación de las técnicas de ingeniería genética que pueda ser contraria a la dignidad humana. Pese a ello, semánticamente los interesados en mantener la producción embrionaria mediante la clonación propusieron la distinción entre “reproductiva” y “terapéutica”, aceptando la prohibición de la primera y limitando la segunda a un desarrollo embrionario escaso, pero sí suficiente para usufructuar de las células que se obtuviera. Así lo estableció el Reino Unido. La distinción es un sofisma pues para lograr la segunda hay que producir un clon humano al igual que la primera.

VIII. DECLARACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES SOBRE INTERVENCIONES GENÉTICAS. LEGISLACIÓN NACIONAL: EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

VIII.1. Declaraciones internacionales

Desde hace aproximadamente cuarenta años las intervenciones genéticas comenzaron a atraer la atención de organismos internacionales, sobre todo en Europa. Es posible que esta preocupación haya tenido su incentivo en la difusión de la fertilización artificial y su consecuencia inmediata: contar con los embriones “en mano” con la consiguiente posibilidad de investigación y experimentación. Cronológicamente, la Asamblea del Consejo de Europa en el año 1982, en su Resolución N.º 924 art. 4º se refiere a agregar a la *Convención Europea de Derechos Humanos*, otra disposición: “el derecho a heredar un patrimonio genético no modificado artificialmente”. Esta resolución fue seguida por otras del mismo tenor protectorio que fueron la fuente de la *Convención Europea sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina*, más conocida por “Convención de Oviedo” del año 1997 del Consejo de Europa. “El artículo 13 del Convenio contiene dos reglas. La primera de ellas prohíbe las intervenciones

que tengan por objeto la modificación del genoma humano por razones que no sean diagnósticas, terapéuticas o preventivas, excluyendo así la modificación voluntaria de caracteres genéticos sin relación con una enfermedad. La segunda regla prohíbe toda intervención que tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia”⁽²²⁾. También del año 1997 es la “*Declaración universal sobre el genoma humano y los derechos humanos*” de la UNESCO expresando tal concepto como “patrimonio de la humanidad”. Sus artículos 1º y 10º se refieren expresamente a la dignidad humana⁽²³⁾.

VIII.2. Legislación Nacional: el Código Civil y Comercial

La comisión redactora del Código había elaborado el siguiente texto: “Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas”. Luego el texto fue modificado por la labor parlamentaria por el siguiente, (Capítulo titulado “Derechos y actos personalísimos”) art. 57: “Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”. La redacción definitiva en un aspecto es más restrictiva, pues no admite excepciones, como la indicada en el segundo párrafo del texto original. Pero la primitiva no empleaba la palabra “embrión” y por tanto sin nombrarlos, incluía a los gametos. Sin embargo, la interpretación del texto definitivo puede entenderse en sentido amplio, ya que estos pueden estar alcanzados ya que la norma prohíbe “toda práctica”.⁽²⁴⁾ El antecedente de la norma sancionada se encontraba en el art. 111 del Proyecto de 1998.⁽²⁵⁾

(22) <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/83>. Director Carlos M. Romeo Casabona, Cátedra de Derecho y Genoma Humano.

(23) “Artículo 1: El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad. Artículo 10: Ninguna investigación relativa al genoma humano ni sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrán prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de los grupos humanos”.

(24) Lafferriere Nicolás, La edición genética, el art. 57 del Cód. Civil y Comercial y los límites de la Biotecnología, La Ley DFYP 2016 (junio) 06/06/2016.

(25) El art. 111 del proyecto de 1998 que establecía: “Prácticas eugenésicas. Quedan prohibidas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos. Ninguna modificación puede ser realizada a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres de la descendencia de la persona, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas. Es prohibida toda práctica que afecte la

Respecto a las diversas opiniones vertidas sobre esta disposición, adhiero a lo expresado por Tobías:

[H]ubiera sido deseable que, a semejanza del Proyecto de 1998 y del artículo 16.4 del Código Civil francés, se hubiera consagrado el principio de la intangibilidad de la especie humana (aunque fuera en un lugar metodológicamente distinto al del artículo que se considera) recogiendo de esa manera la “Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos” de la Unesco (hecha suya por la Asamblea general de las Naciones Unidas) que, como se vio, proclama en un sentido simbólico, que el genoma humano es patrimonio de la humanidad... como también hubiera sido deseable que, sin perjuicio de lo señalado, se hubiera establecido expresamente la prohibición de la clonación, como lo hacía uno de sus antecedentes (el artículo 16.4 del Código Civil francés) o la “Carta de derechos fundamentales” de la Unión Europea (Carta de Niza) o la Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana (marzo de 2005) o el primer Protocolo adicional de la “Convención Europea sobre los Derechos del hombre y la Biomedicina” y teniendo en cuenta, además, que en varios países constituyen comportamientos configurativos de tipos penales ⁽²⁶⁾.

IX. EDICIÓN GENÉTICA E IDEOLOGÍAS: TRANSHUMANISMO Y POSHUMANISMO

A veces los procedimientos biotecnológicos cuentan con aval de ideologías ajenas a las ciencias pero que intentan su utilización, apuntando más que a un mejoramiento de la misma naturaleza a lograr una utópica “eterna juventud” o directamente superar la especie actual. Contemporáneamente se encuentra en plena difusión mediática los denominados “transhumanismo” y “poshumanismo”. Respecto al primero su pretensión recurrir a las biotecnologías reproductivas con la pretensión de superar las limitaciones biológicas del cuerpo humano, seleccionando las características genéticas de la descendencia (benefi-

integridad de la especie humana, o que de cualquier modo tienda a la selección de las personas, o la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas”.

(26) Tobías José W. La terapia génica, la clonación y las prácticas prohibidas en el nuevo Código Civil y Comercial (artículo 57), Comunicación del Académico en la sesión privada del 12 de noviembre de 2015 N.º 1 Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. La Ley 2016-B, AR/DOC/4502/2015.

ciencia procreativa), ⁽²⁷⁾ pero a la vez sin contar con certeza alguna sobre sus resultados. Conforme al segundo, se apunta a la sustitución de la naturaleza propia de nuestra especie por otra supuestamente mejor. Cabe advertir que carece de fundamentos científicos, pues “el término poshumanismo alude hoy a un movimiento filosófico y literario. Se trata de una matriz de pensamiento, compleja y multifacética, signada por el desencanto posmoderno: el poshumanismo crítico que hunde sus raíces en el deconstructivismo francés de Foucault y de Derrida y en los denominados estudios críticos dentro del ámbito académico de influencia anglosajona”. ⁽²⁸⁾

Preludiando estas ideologías, en la década del sesenta del siglo pasado el filósofo italiano Ugo Spirito vaticinaba que la humanidad estaba en vías de lograr un estadio vital superior mediante la revolución científico-técnica. Según sus palabras Spirito:

[C]uando el sujeto se convierte en objeto puede ser mirado y tratado con la lógica que vale para el objeto [...]. La genética y la embriología han llegado ya a resultados tales que autorizan la previsión de la posibilidad de modificar esencialmente la naturaleza humana, tanto en su conformación física como en la psíquica. El individuo objeto creciente de investigación, será construido cada vez más en sus características de objeto y sus facultades (inteligencia, sentimientos, voluntad) podrán ser incrementados en forma impensable [...] lo cual significa que el mito del superhombre puede convertirse en realidad con consecuencias inimaginables ⁽²⁹⁾.

Por el contrario a lo sostenido por estos autores las ciencias citadas, no deben perder su finalidad específica enmarcada en la biológica y su disciplina directa, la genética. Tratándose de la naturaleza humana, no puede asumirse como simple material vegetativo-sensitivo, sino subalternándose a la antropología y ética que señalan sus fines superiores, cuestión no advertida por Spirito y sus émulos contemporáneos, pues si rompen sus límites se avanza hacia una pendiente resbaladiza con el riesgo cierto de su aniquilamiento.

(27) Lafferriere Nicolás Transhumanismo, regulación de las tecnologías reproductivas y dignidad humana, Prudentia Iuis 84 EDUCA, Buenos Aires, diciembre 2017.

(28) Asla Mariano, Transhumanismo, Diccionario Interdisciplinar Austral. <http://dia.austral.edu.ar/Transhumanismo>

(29) Ugo Spirito-Augusto del Noce, ¿Ocaso o Eclipse de los valores tradicionales?, Unión Editorial, Madrid 1971.

X. BALANCE CONCLUSIVO

1. Debe celebrarse que la biotecnología y entre otros descubrimientos, la edición genética respecto a células somáticas, ofrecen expectativas laudables y algunas realizaciones, como la reprogramación de células madre adultas, brindan esperanzas de contar a futuro con terapias eficientes. Cabe recordar que la llamada “revolución verde” expandida en el ámbito de la biología y la genética en las últimas décadas del siglo veinte, obtuvo resultados impensables ya que mediante la tecnología transgénica se ha multiplicado impensablemente la producción de granos y oleaginosas y en el planeta, además de contarse con millones de hectáreas inexploradas que siempre fueron inaptas para el cultivo, ahora la producción puede desarrollarse en áreas desérticas gracias a estos avances. Sin perjuicio de ello, la alimentación de organismos genéticamente modificados debe ser rigurosamente controlada ⁽³⁰⁾.

2. Resalto una vez más, que la edición genética en línea germinal, ha sido viabilizada por la tecnología propia de la fertilización extracorpórea o *in vitro*. Asimismo, también son espacios compartidos con la producción de células madre embrionarias, de la cual se siguen esperando las promesas hasta ahora incumplidas. Por el contrario, el descubrimiento de reprogramar células adultas (somáticas) convirtiéndolas en un nuevo tejido, ha dado mejores resultados y se advierte que ese camino es el adecuado para multiplicar las terapias propias de la biotecnología, entre ellas la edición genérica.

3. Muchos avances biotecnológicos del siglo pasado quedaron detenidos en una meseta, sin producir los extraordinarios beneficios que se prometían. Respecto a la fecundación artificial, más allá del rechazo moral a la instrumentación del embrión y su falta de reconocimiento de su personalidad humana, no ha demostrado mayor eficacia ni en su instrumentación —gravosa para las mujeres— ni en sus resultados, pues el logro del “niño en brazos” sigue teniendo como consecuencia que una proporción que lo cuadruplica queda en el camino, lo cual es demostrativo que se encuentra aún en etapa de experimentación.

4. Bien se ha dicho que:

Debe protegerse sobre todo al hombre contra la destrucción de sí mismo. Es necesario que exista una especie de ecología del hombre

(30) Quintana Eduardo Martín, Investigación y experimentación en la reproducción humana artificial, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Anales tomo I año 2012.

bien entendida. En efecto, la degradación de la naturaleza está unida a la cultura que modela la convivencia humana: cuando se respeta la “ecología humana” en la sociedad también la ecología ambiental se beneficia ⁽³¹⁾.

Por tanto no se trata de descalificar la ciencia empírica, sino alentar su desarrollo teniendo en cuenta que está subordinada a la antropología, cuyo primer principio es el bien de la vida. Una genetista contemporánea expresó que: entender las técnicas de edición del genoma con una finalidad que va más allá de la terapéutica que requiera la destrucción de vidas humanas incipientes en forma deliberada, que exponga a las personas a riesgos aún desconocidos, que no reconozca la protección de la dignidad humana como base de la investigación en seres humanos, que modifique en forma intencional nuestro genoma, que la felicidad de la humanidad quede reducida a la búsqueda de un genoma propuesto como perfecto, puede poner en riesgo nuestra vida en el planeta ⁽³²⁾.

(31) Encíclica *Caritas in veritate*, N.º 51, 29 de junio de 2009, www.vatican.va

(32) Moya Graciela, *Transhumanismo y edición del genoma*, 2022, <https://repositorio.uca.edu.ar/handle//123456789/16064>

EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA PERSONA HUMANA

POR GUILLERMO J. BORDA (*)

I. PRELIMINAR

Previo a desarrollar el tema que hemos elegido, referido al Derecho a la Intimidad de la Persona Humana, quiero agradecerle muy vivamente al Dr. José Tobías su iniciativa de llevar adelante esta obra, en lo que, para mi padre, Guillermo A. Borda, fue el centro del derecho: La Persona Humana en su integridad.

Y esta mirada quedó plasmada en toda su obra, que tiene un profundo contenido humanístico, como así también en la Reforma al Código Civil de la que fue su mentor, instrumentada en la ley 17.711, reforma esta que llevo a cabo con tanto ahínco y pasión.

Habiendo pasado veinte años de su fallecimiento, que autores de la talla de quienes integran esta obra, hayan decidido participar de este homenaje en reconocimiento a su fecunda tarea en las aulas universitarias, en el Poder Judicial y en las Academias de Derecho, como así también por su aporte doctrinario y legislativo, es para mí y para nuestros familiares un motivo de un enorme orgullo.

Mi padre fue un hombre sencillo, alejado de toda vanidad y este homenaje habría sido para él totalmente excesivo, pero no por ello menos justo.

(*) Invitado especial, hijo del homenajeado. Miembro Honorario de la Academia Peruana de Derecho. Profesor Titular Derecho Civil I de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Lomas de Zamora.

II. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a preservar la intimidad de la persona humana es un derecho propio del hombre del cual no puede ser privado. Es el reconocimiento al individuo de una esfera de vida personal exclusiva y excluyente, de una zona de actividad que le es propia y de la que puede prohibir el acceso a otros ⁽¹⁾. Es un atributo de su personalidad y su afectación constituye una violación a ese derecho dando lugar a diversas acciones, tanto preventivas como sancionatorias.

Toda persona tiene el derecho a que se le respete su vida íntima, su privacidad, lo que es personal de cada uno, de que no se divulgue lo que no se desea dar a conocer ni mostrar.

En este sentido Cifuentes ⁽²⁾ nos dice que:

[T]oda persona goza de una vida privada, o sea de un aspecto de su vida que naturalmente desea oculta a la curiosidad ajena. Tanto en lo que se refiere al ámbito físico de su existencia, como a las actividades, comunicaciones y sentimientos que rodean al hombre, constituyendo el reducto no transferible de su soledad y del grupo que lo rodea o acompaña en ella. Es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad y de otras perturbaciones a sus sentimientos y vida privada, limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos.

Es que como bien señala Tobías ⁽³⁾, cada uno de nosotros tiene una vida propia, nuestra y de nadie más. Una vida personal, exclusiva y excluyente, un sector de la persona que le es propio y que puede excluir del acceso a terceros. Es que la esencia de la intimidad radica en el aspecto interior y propio del individuo, vinculado a la soledad que le permite desarrollarse y cultivarse, apartado de los demás. Es una forma del derecho de vivir independientemente la propia vida, con un mínimo de injerencia ajena ⁽⁴⁾. La intimidad se identifica con el ámbito de actuación de cualquier persona intrascendente para los demás y que debe ser respetado, con carácter general para todos. De tal manera, la intromisión en

(1) Lacruz Berdejo, José Luis y otros revisada por Delgado Echeverría, Jesús, "Elementos de Derecho Civil, Parte General", 5ª Ed. p.92, Ed. Dykinson, Madrid 2010.

(2) Cifuentes, Santos, Elementos de Derecho Civil, Parte General, 4ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 86.

(3) Tobías, José W. "Derecho de las Personas, Instituciones de Derecho Civil: Parte General", 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 657.

(4) Cifuentes, Santos, "Elementos de Derecho Civil, Parte General", 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 87.

el círculo privado de cualquiera o la revelación pública de datos íntimos de carácter personal o familiar (aunque sean ciertos) deben considerarse conductas atentatorias contra la intimidad personal y/o familiar ⁽⁵⁾. Es en definitiva el derecho que tiene toda persona a que se respete su vida privada y familiar.

El derecho que tienen las personas a preservar su intimidad y privacidad y la gravedad y las consecuencias que tiene su violación ha preocupado a la comunidad internacional y ha dado lugar a distintos pronunciamientos. Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU) en su art. 17.1 establece que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” y en su inc. 2 prescribe que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias y esos ataques”. En el Pacto de San José de Costa Rica (OEA) se señala en el art. 11 que “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”, como así también que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Por su parte la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, enmendada por los Protocolos N.º 11 y 14, del 1º de junio de 2010, señala que:

Todas las personas tienen derecho al respeto por su vida privada y familiar, su casa y su correspondencia y no deberá existir interferencia de una autoridad pública con el ejercicio de este derecho excepto aquella que sea de acorde con la ley y necesaria en una sociedad democrática interesada en la seguridad nacional, seguridad pública o el bienestar económico del país, la prevención del desorden o el crimen, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de otros.

Como podemos apreciar la protección del derecho a la intimidad y privacidad es una preocupación de la comunidad internacional toda y que ha quedado plasmada en distintas declaraciones y regulaciones estableciendo los mecanismos para su protección.

Es que el derecho a la intimidad tiene su fundamento en la tutela y protección del mundo privado, personal, familiar y social del individuo, así como a la protección y correcto uso de los datos y la información que

(5) Lasarte, Carlos, “Principio de Derecho Civil, Parte General y derecho de la persona”, Tº I, 6ª ed Trivium, Madrid, 1998, p. 216.

pertenece a la persona y que solo a ésta, en calidad de titular, corresponde determinar con quien desea compartir dicha información ⁽⁶⁾.

El derecho a la intimidad es, en definitiva, el 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 la autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas ⁽⁷⁾.

Pero la intimidad se ha vuelto, como nunca antes, un bien frágil y valioso y lamentablemente podemos observar que cada día está siendo más vulnerada y hasta podríamos decir avasallada. Esto queda de manifiesto a diario, al salir desde nuestra casa o desde el trabajo a la calle podemos o mejor dicho somos filmados por cámaras de seguridad pública, al ingresar a un edificio de oficinas o de departamentos se nos exige que nos identifiquemos y no solo esto, sino que se asienta nuestro ingreso en los libros de registro de dichos inmuebles, las comunicaciones telefónicas son interceptadas y grabadas en forma ilegal y no obstante se publican y en determinados casos son fuente de denuncias penales, nuestros celulares y equipos de computación pueden ser hackeados con toda facilidad.

De estas y de tantas otras formas se está vulnerando a diario nuestra intimidad. A veces se quiere explicar o justificar este accionar en los hechos de la inseguridad que se viven cotidianamente en nuestro país, razón por la cual el ciudadano, el hombre común debe sacrificar su intimidad en aras del bienestar general. Disentimos. La seguridad no puede ser un motivo para violar la intimidad, la seguridad debe ser atacada desde otro ángulo, por otros medios, pero no por sobre la intimidad de las personas, porque de esta forma se avasalla la libertad del individuo.

Justamente por estas razones ya nuestra Constitución Nacional en su art. 19 tutela este derecho al establecer que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...” y en esa misma línea el nuevo Código Civil y Comercial en sus arts. 52 y 1770 prevé que:

(6) Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de las Personas*” Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 528.

(7) Rivera, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil” Abeledo-Perrot, Bs. As. 1993, p. 79.

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.

[E]l 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 las indemnizaciones que debe fijar el juez de acuerdo con las circunstancias...

La imagen, el honor, la intimidad personal o familiar, la identidad y los datos informatizados personales conforman un derecho personalísimo diferenciado y con caracteres propios y cuando resulten menoscabados da derecho a reclamar no solo su reparación sino también a poder reclamar se prevención y “cada uno de ellos tiene su propia conformación, su concreto sistema legal y sus elementos de goce en el obrar y reacción para la defensa de la persona”⁽⁸⁾.

Atento la normativa señalada, abordaremos la problemática desde distintos ángulos, esto es: la intimidad como tal, la intimidad con relación a los correos electrónicos; la intimidad en cuanto a las redes sociales; la intimidad y el derecho a la imagen; el derecho a la intimidad y el derecho al olvido.

III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO TAL

La intimidad constituye una esfera secreta o reservada de la persona, que debe ser protegida contra las intromisiones o indagaciones ajenas. Es colocar esa esfera lejos de los ojos y oídos indiscretos y de impedir la divulgación de los hechos y vicisitudes que entren en ella⁽⁹⁾.

La intimidad es el derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de éste en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos”⁽¹⁰⁾.

(8) Cifuentes, Santos, “La protección de la intimidad y la libertad de Prensa”, en “La Persona Humana”, La Ley 2001, p. 290.

(9) Díez-Picazo, Luis y Guillón Antonio, Sistema de Derecho Civil, 9ª edición, 1998, p. 342.

(10) Zavala de González, Matilde, “Derecho a la intimidad”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 87.

En tal sentido el jurista peruano Enrique Varsi Rospigliosi ⁽¹¹⁾, siguiendo a Tobías, nos señala que la persona tiene algo de sí que solo es para sí. Cada uno de nosotros tiene una vida propia, nuestra, de nadie más. Una vida personal exclusiva y excluyente, un sector de la persona que le es propio y que puede excluir del acceso a terceros, razón por la cual considerada en sí mismo como un valor, es el bien supremo del derecho por lo que merece la más amplia, efectiva y real tutela ⁽¹²⁾. Y es por esto que el Derecho debe predominar sobre cualquier otra consideración, puesto que se orienta a garantizar el desarrollo de la vida privada del individuo y así allanar el camino para que, en ningún caso, pueda encontrarse la persona desprovista de protección.

La privacidad es el ámbito de la persona formado por su vida familiar, sus aficiones, sus bienes particulares y sus actividades personales, alejadas de su faceta profesional o pública. Es en definitiva el conjunto de “datos, hechos o situaciones desconocidas para la comunidad, que son verídicos, y que están reservados al conocimiento, bien del sujeto mismo, bien de un grupo reducido de personas cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño patrimonial o moral” ⁽¹³⁾.

No cabe duda de que en nuestros días el ciudadano común ha perdido gran parte de su intimidad, sino toda. Existen cámaras que nos filman, mientras transitamos por las ciudades, que captan todos nuestros movimientos, que registran los ingresos tanto a los ámbitos gubernamentales como en entidades privadas, en las entradas a los edificios particulares, todo en aras de velar por la seguridad y así se aduce que debe sacrificarse la intimidad en pos del bienestar general. No coincidimos con esta posición. La seguridad no puede primar por sobre la intimidad, puesto que de ser así la persona humana perderá toda intimidad y quedará preso de toda forma informática y de organismos de control, con lo cual conculcará otro derecho personalísimo que es de la libertad.

Es que la intimidad constituye un bien cada vez más valorado socialmente. La multiplicación de episodios que la afectan, exponiendo a las personas a la humillación, a la revelación innecesaria, a la comidilla pública, al morbo desenfrenado de televidentes y curiosos, han terminado por convencer a las personas de que se trata de un bien muy frágil en

(11) Varsi Rospigliosi, Enrique, “Tratado de Derecho de las Personas”, 1ª edición, La Gaceta Jurídica, Lima 2014, p. 523.

(12) Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho de las Personas”, 14ª edición, Actualizado por Varsi Rospigliosi, Enrique, Ed. Rimay, Lima 2022, p. 220.

(13) Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de daños. Daños a las personas (Integridad espiritual y social)”, T.2c. Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 351.

estos días. Es el derecho a mantener intacto un ámbito de reserva individual, incluso de soledad, y a que la persona no vea arrastrados al ámbito público detalles de su vida que no quiere exponer, o ver censurados sus gustos y preferencias, en tanto ellos no sean antijurídicos ⁽¹⁴⁾.

Para el recordado maestro Carlos Fernández Sessarego ⁽¹⁵⁾:

[L]a persona carecería del equilibrio psíquico necesario para hacer su vida en dimensión comunitaria, si no contase con quietud y sosiego psicológico, con una elemental tranquilidad espiritual, con seguridad de que los actos de su vida íntima no son escudriñados ni divulgados.

Por cuanto en definitiva la intimidad es uno de los bienes innatos y esenciales de toda persona.

Ninguna duda puede caber que el derecho a tener una vida privada es uno de los derechos personalísimos por excelencia y como tal tiene reconocimiento tanto en nuestra legislación de fondo constitucional como en los tratados internacionales suscriptos por nuestro país.

IV. DERECHO A LA INTIMIDAD EN RELACIÓN A LOS CORREOS ELECTRÓNICOS

El Código Penal en su artículo 153, modificado por la ley 26.388 sanciona con prisión de quince (15) días a seis (6) meses al que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida. En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido. La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor

(14) López Mesa, Marcelo J., "La protección de la intimidad y la vida privada (Exégesis del art. 1770 del Código Civil y Comercial)" en la Revista Argentina de Derecho Civil - Número 8 - agosto 2020, IJ International Group, Fecha: 07-08-2020 - Cita: IJ-CMXXII-91.

(15) Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las Personas*, 14ª edición, Actualizado por Varsi Rospigliosi, Enrique, Ed. Rimay, Lima 2022, p. 205.

además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Esta normativa es la consecuencia de lo que tanto nuestra jurisprudencia como la gran mayoría de la doctrina ha entendido: que el correo electrónico es equiparable al correo tradicional, es decir a la correspondencia epistolar que resguarda la Constitución Nacional, en su art. 18 y, por lo tanto, goza de una protección constitucional que debe ser aún mayor, ya que, a diferencia de la correspondencia epistolar que conocimos antes de la revolución tecnológica, para violar un correo electrónico es necesario primero que exista el prestador del servicio de internet y luego obtener el nombre del usuario y su código o contraseña para acceder a él, pasos estos que impiden su acceso a terceros y si estos violan esos pasos, es adrede, no por azar lo que pone en claro una voluntad de violar el secreto epistolar.

Ni que decir de la violación de los mensajes de WhatsApp que, como bien señala Fernán Saguier ⁽¹⁶⁾:

¿Cuántos comentarios de la más diversa índole compartimos a diario con amistades, colegas o quien sea por nuestros celulares? ¿Cuántas opiniones, bromas de buen o mal gusto, disparates y hasta epítetos irreproducibles lanzamos por diversión o la razón que sea por el solo hecho de estar ante personas que merecen nuestra confianza? Las garantías [de la intimidad] están pensadas para todos los ciudadanos, sin excepción. Si existe una garantía a la privacidad [léase intimidad] de las comunicaciones no es para las comunicaciones que nos gustan solamente. Es también para las que presentan contenidos desagradables, reprobables. Más aún: es para ese tipo de contenidos, que es muy tentador divulgar, que se pensaron las reglas que preservan la privacidad de las comunicaciones.

V. DERECHO A LA INTIMIDAD Y LAS REDES SOCIALES

La revolución tecnológica que ha traído notables ventajas, entre los que cabe destacar el desarrollo de internet, ha renovado la conciencia del hombre como ser susceptible de daños como consecuencia de la divulgación que estas tecnologías permiten acerca de la vida de las personas.

Las generaciones jóvenes que han nacido o formado con las nuevas tecnologías informáticas abren sus vidas al mundo sin ningún filtro. Los resultados son hoy imprevisibles y no se han visto, aún, en toda su

(16) Saguier, Fernán, Diario La Nación, Buenos Aires, 6/12/2022.

magnitud. Pero lo más grave es que terceros ajenos a estas redes sociales también se encuentran inmersos en ellas, las más de las veces, sin su conocimiento. ¡Cómo entonces no protegerlos!

Es que, como bien señala la Profesora Noemí Nicolau ⁽¹⁷⁾:

[E]l derecho a la imagen es uno de los derechos personalísimos que se vulnera con mayor frecuencia sin reparos. Casi naturalmente cualquier persona capta la imagen de otra en las más variadas circunstancias sin siquiera anoticiarla, dada la disponibilidad de cámaras de alta resolución en los dispositivos móviles. Luego, también como si fuera un objeto de libre disponibilidad, la sube a una red social o, lo que es más grave aún, aparece en una publicación periodística.

Entendemos que la protección de los derechos personalísimos en las redes sociales debe desenvolverse primordialmente dentro del marco de la *tutela sustancial inhibitoria*, por cuanto esta tutela se posiciona como el instituto jurídico-procesal que mejor se aviene con una inteligencia focalizada en conseguir la inmediata suspensión de la actualidad nociva que se ha disparado en los entornos virtuales. Por medio de esta tutela *sustancial inhibitoria* podremos obtener la remisión de contenidos, la eliminación de datos o bloqueos de grupos o foros organizados en torno a premisas antijurídicas lesivas de los derechos personalísimos.

Cabe preguntarse si les cabe responsabilidad a las empresas que han desarrollado programas de búsqueda por sus actividades de facilitación y sistematización de contenidos de terceros. Quienes defienden la tesis de la irresponsabilidad de los buscadores sostienen que éstos resultan meros *intermediarios* entre los usuarios y las páginas de Internet donde se halla alojada la información entre ella, la que compromete la responsabilidad de los terceros proveedores de contenidos lesivos de los derechos personalísimos. No media, a su vez, vínculo contractual alguno entre los buscadores y los terceros proveedores de la información.

Pero si observamos con más atención la cuestión veremos que la actividad de los buscadores no se agota en la mera *facilitación* de los contenidos, sino que operan una *reconfiguración* de la circulación de la información, al transformar la difusión a veces marginal de algunos sitios, abriéndolos a verdaderos espacios de *masividad* compuestos por el público usuario de los sistemas de búsqueda. Por eso es que, con razón, se dice que, *si no existieran Google y Yahoo, a los sitios no los conocería nadie*.

(17) Nicolau, Noemí L., "Derechos Personalísimos y entornos digitales, La Ley, RCCyC 2022 (septiembre-octubre), Año 8, VIII, N.º 5, Bs. As.

Los buscadores tienen así efectos desproporcionados en relación a la capacidad de perjuicio del responsable primigenio del ilícito, esto es, la página de información primaria, y concretan esa capacidad a través de la potenciación de los efectos difusivos de la información. La sistematización y selección con que operan las páginas de búsqueda transforman la información concentrándola, primero, y promoviendo su acceso masivo.

Es por esto que en Europa, tal como señala Fernández Delpech, cualquier persona cuyos datos personales aparecen mencionados en un buscador, como resultado de la indexación de una noticia sobre su persona, aunque esa mención no le cause un perjuicio, tiene el derecho a exigir directamente al buscador la supresión de ese dato, sin necesidad de cumplir con ningún requisito previo, siempre que alegue que el dato sobre su persona es inadecuado, no pertinente por el tiempo transcurrido o excesivo en relación con los fines del tratamiento, respaldando así el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho al olvido, siempre que no sea de interés público. Sin embargo, esta posición no es mayoritaria.

Asistimos, pues, a los prolegómenos de un largo debate que está llamado a extenderse en los ámbitos judiciales y académicos, hasta tanto se sancione una ley que determine y regule un régimen de responsabilidad para la actividad que desarrollan las empresas de búsqueda.

VI. DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA IMAGEN

El art. 53 del Cód. Civ. y Com. establece que es necesario el consentimiento de la persona para captar o reproducir su imagen o su voz de cualquier modo. Las únicas excepciones que prevé el Código a tal derecho son que la persona participe en actos públicos o bien que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario y que previamente se tomen las medidas necesarias para evitar un daño innecesario o que es la consecuencia de informar sobre acontecimientos de interés general. Si la imagen o la voz que se intenta reproducir es la de una persona fallecida sus herederos o la persona que designó el causante son los que pueden prestar la conformidad. Pasados veinte años de la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

El derecho a la imagen está íntimamente vinculado a la dignidad humana (art. 52, Cód. Civ. y Com.) y consecuentemente puede reclamar los daños y perjuicios sufridos por la reproducción de su imagen sin la pertinente autorización.

La pregunta que se impone es si la reproducción con fines ilustrativos de la imagen de una persona que comercia profesionalmente con su imagen tiene un carácter lesivo del derecho a la imagen, o bien, si al haber comerciado el derecho a su imagen éste queda cercenado.

El consentimiento para la “disponibilidad” de la imagen es fundamental; el titular de la imagen puede lícitamente exponer, reproducir o colocar en el comercio su imagen; puede, a su vez, acordar las modalidades, el ámbito de oportunidad, las condiciones y los límites de la publicidad de la imagen. Siendo esto así, no habría un uso indebido de la imagen cuando se ilustrare notas con fotografías publicadas en medios gráficos con anterioridad, pues la norma prevé que es libre el retrato cuando se relacione con fines culturales o con acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público, con lo cual no podría constituir violación al derecho a la imagen la reproducción del retrato fotográfico de quien ha consentido la difusión y divulgación de su imagen.

El art. 53 del Cód. Civ. y Com. consolida lo que nuestros tribunales venían construyendo conjuntamente con nuestra doctrina en el sentido de reconocer que cuando la publicación de la imagen pública se realiza en condiciones que resultan provocativas de menoscabos para el prestigio o la reputación de la persona retratada, el derecho a la libre publicación de aquella cede frente a los derechos del titular de la imagen.

Este derecho a la imagen incluye no solo los retratos fotográficos de una persona sino también es aplicable por extensión analógica a cualquier otra forma de reproducción de las imágenes de las personas, tales como la imagen móvil, cinematográfica o televisiva, los dibujos, las esculturas, las representaciones teatrales y las caricaturas, en tanto sea posible identificar a la persona ⁽¹⁸⁾.

Se ha discutido si las personas públicas tienen también el derecho a preservar su intimidad y al respecto señaló la Corte Suprema que “las personas célebres, los hombres públicos tienen como todo habitante el amparo constitucional para su vida privada” ⁽¹⁹⁾.

El caso emblemático de nuestros Tribunales fue sin duda el fallo de la Corte en caso “Ponzetti de Balbin, Indelaida y otro c/ Editorial Atlántida

(18) Emery, Miguel, “Código Civil y leyes complementarias” Belluscio –director– Zannoni coordinador, Ed. Astrea, Tº 8. p. 393, Bs.As.

(19) Petracchi, Enrique S. su voto en autos Ponzetti de Balbin, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A., Ed. La Ley, 1985-B-114. Bs. As.

S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, fallo este que podemos decir que es un verdadero *leading case*.

Se trató de la difusión de la imagen del Dr. Ricardo Balbín, de reconocida trayectoria en la vida política argentina, que se encontraba internado en la unidad de terapia intensiva en un nosocomio de la ciudad de la Plata, pocas horas antes de su fallecimiento. Producido dicho fallecimiento, tanto la viuda como el hijo del dirigente radical promovieron demanda de daños y perjuicios contra la mencionada editorial y sus directivos por la publicación. Dicha demanda tuvo acogida en las dos primeras instancias y fue ratificada por nuestro máximo tribunal en un señero fallo de fecha 11 de diciembre de 1984.

Sostuvo el Tribunal al confirmar la sentencia de las instancias inferiores que:

[N]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio ... y que toda persona tiene el derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

[S]olo podrá justificarse la intromisión en la vida privada siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros o cuando lo justifiquen intereses públicos prevalecientes como la persecución del crimen, tutela de la salud o defensa de las buenas costumbres y que la información sobre el estado de salud del Dr. Ricardo Balbín en su última enfermedad no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidad como ocurrió con la publicación de la fotografía cuya innoble brutalidad conspira contra la responsabilidad, la corrección, el decoro y otras estimables posibilidades de la labor informativa y que la libertad que se ha tomado la demandada “no es que la Constitución proteje y que los jueces están obligados a hacer respetar” ⁽²⁰⁾.

Es que, como bien señalaba Cifuentes ⁽²¹⁾, los personajes públicos más allá de la medida de su entrega no pierden el derecho a su intimidad ni subordinan su conducta a las injerencias que escapen a la esfera consentida de su actuación.

VII. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO AL OLVIDO

Desde el fallo dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea “Google Spain SL. Y Google Inc vs. Agencia Española de Protección de

(20) CS, Ed. La Ley, 1985-B-114. Bs. As.

(21) Cifuentes, Santos, “Derechos personalísimos” Ed. Astrea, p. 580, N.º 114 b.

datos (AEPD)” y “María Costeja Gonzalez” del año 2014 se ha suscitado un arduo debate sobre el derecho al olvido.

En nuestro país, el servicio de Internet fue declarado como una herramienta de interés nacional (decreto 554/97 publicado en el B.O. el 23/11/1997). La norma señalada, tal como lo señala Claudia Brizzio ⁽²²⁾, en sus considerandos destaca que la libre elección de contenidos es condición propia de la democracia y que Internet satisface plenamente ese requisito, al proporcionar contenidos de gran diversidad, con idénticas oportunidades de acceso y competitividad entre sí.

Por otra parte, la ley 26.032 en su art. 1º establece que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de internet se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”.

Es que la irrupción de internet ha significado una verdadera revolución en las comunicaciones y en la vida de las personas. Hoy es imposible prescindir de ella. Es nuestra forma de comunicarnos, de conocer lo que pasa en el mundo en el mismo momento que los hechos se producen y no solo esto, sino que su capacidad de almacenamiento hace posible que uno pueda bucear en la historia hechos que en el siglo pasado eran prácticamente imposible obtener. Pero como todas las cosas tiene una parte positiva y otra negativa. Uno de los problemas más acuciantes es que todo lo que se divulga por las redes sociales queda en el ciberespacio y a través de algoritmos y herramientas analíticas se puede acceder a esos datos e interrelacionarlos para así conseguir nuevos datos. Y estos datos se actualizan de manera inmediata.

Ahora bien, se entiende que el derecho al olvido, según del Carril ⁽²³⁾, es aquel que otorga una acción para restringir el acceso o eliminar información que afecte el honor, la intimidad u otro derecho fundamental y que, por el mero transcurso del tiempo, no existe un interés específico en conservar”.

En nuestro país el derecho al olvido fue planteado por primera vez en el caso llamado “Denegri”, el que ha tenido una notable repercusión.

(22) Brizzio, Claudia “El rol de los actores en Internet como determinante de la responsabilidad” www.microjuris.com MJ-DOC-4223-AR/MJD4223.Id SAIJ: DACF100060.

(23) Del Carril, Enrique H., “¿Hacia un derecho al olvido argentino? Reflexiones previas al caso “Denegri”, en “El derecho al olvido ante la Corte Suprema”, El Derecho, Suplemento especial, 15/03/2022, Bs.As.

Lo que se planteó es si es factible suprimir la información que se encuentra en las redes y que afecta a la Sra. Natalia Denegri, información ésta que la vincula a un hecho policial ocurrido hace más de veinte años, en el que se dijo habrían encontrado estupefacientes en el domicilio de quien era el representante del jugador de fútbol Maradona, domicilio éste en el cual se hallaba la Sra. Denegri, a la época muy joven. El operativo policial terminó con la detención de ésta y de otras personas que se encontraban en el lugar. Cabe señalar que finalmente se produjo la liberación de todos participantes de la reunión y su absolución.

La noticia, que tuvo una cobertura periodística muy amplia, en aquella época, provocó que los inculcados fueran invitados a dar su versión de los hechos en diversos programas tanto radiales como televisivos, lo que no hizo más que divulgar aún más el episodio vivido y hacer de la Sra. Denegri una persona muy conocida y consecuentemente que fuera invitada a participar muy asiduamente en medios radiales, televisivos y gráficos, siendo en definitiva el primer paso para el inicio de una carrera exitosa en los medios de comunicación. Pasado el hecho, la Sra. Denegri se radicó en el extranjero, conformó una familia y desarrolló su actividad en diversos medios de los Estados Unidos. Como cuando se cita el nombre Denegri en las redes sociales se la vincula inmediatamente al hecho policial que la tuvo como protagonista, reclamó ante los tribunales de nuestro país que se borrarán de los buscadores los registros de los hechos protagonizados por ella hace más de veinte años.

Siempre hemos velado por la afirmación normativa y jurisprudencial de los denominados derechos personalísimos ⁽²⁴⁾. Y en tal sentido nos hemos expresado de forma contundente respecto al derecho de los individuos a solicitar el bloqueo de contenidos ilícitos, particularmente, en lo relativo a la eliminación del acceso a contenidos relacionados con el comercio sexual, que han producido daños en el honor y la intimidad de las víctimas, por lo general personalidades del ámbito del espectáculo. Pero en el caso Denegri, no se trata de resolver los derechos en conflicto sacrificando alguno de ellos en pos de la afirmación del otro. No se trata de inclinarse por el honor en detrimento de la información. De lo que se trata es si es posible exigir la remoción de un contenido lícito sin más

(24) Borda, Guillermo J. Derecho Civil Parte General, La Ley, 2019, p. 172; Borda Guillermo J. y Pereira, Carlos R. (h), "Afirmación jurisprudencial del derecho personalísimo a la identidad", La Ley 05/11/2010, Cita: TR LALEY AR/DOC/5896/2010, Borda Guillermo J. y Pereira, Carlos R. (h), "El derecho al honor, a la imagen y a la intimidad de las personas públicas", DJ 19/10/2011, Cita: TR LALEY AR/DOC/2910/2011; Borda Guillermo J., "El derecho de réplica en Internet", La Ley 19/10/2012, Cita: TR LALEY AR/DOC/5182/2012.

fundamento que el paso del tiempo y la eventual afección psíquica y/o emocional que el presente pueda disparar con relación a un pasado que la internet vuelve actual todo el tiempo. De ser posible remover un contenido por el solo paso del tiempo se pondría en crisis la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole por internet y/o por todo otro medio audiovisual y gráfico ⁽²⁵⁾.

Por otra parte nuestro máximo Tribunal destacó “que la información cuyo bloqueo pretende Denegri refleja contenidos veraces referidos a una etapa de su vida pública en los que ha participado en forma activa adquiriendo, por ello, el carácter de figura pública dada la notoriedad de su intervención en los sucesos que conforman la señalada información que, valga reiterarlo, reviste indudable interés público; señalando además que nuestra Constitución Nacional garantiza una amplia protección a la libertad de expresión, la cual tiene un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales y que comprende el derecho de transmitir ideas, hechos y opiniones a través de internet. En tal sentido, consideró que toda restricción, sanción o limitación a dicha libertad debe ser de interpretación restrictiva y que una eventual decisión judicial de “desindexar” ciertas direcciones respecto de un resultado, implicaría una limitación que interrumpiría el proceso comunicacional. Finalmente señaló que afirmar que por el mero paso del tiempo la información que formó parte de nuestro debate público pierde ese atributo, pone en serio riesgo la historia como también el ejercicio de la memoria social.

VIII. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A PREVENCIÓN DEL DAÑO

Está fuera de discusión que la publicación de noticias o informaciones lesivas al derecho a la intimidad o al honor, da derecho a pedir la reparación del daño ocasionado; lo que si se discute es, si es posible impedir estas noticias o informaciones por vía del recurso de amparo. Ahora bien, la libertad de prensa, consagrada expresamente por la Constitución Nacional en sus arts. 14 y 32 es una de las libertades que poseen mayor entidad al extremo que, como señalara nuestro máximo Tribunal, sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmembrada o pu-

(25) Borda, Guillermo J. y Pereira, Carlos R. (h) “La Construcción jurisprudencial del derecho al olvido. A propósito del caso “Denegri” en “El derecho al olvido ante la Corte Suprema”, *El Derecho*, Suplemento especial, 15/03/2022, Bs. As., Cita digital ED-MMDCCIII-175

ramente nominal ⁽²⁶⁾. La discusión radica entonces en que, para algunos, toda prohibición preventiva importa una violación clara del artículo 14 de la Constitución Nacional, que prohíbe la censura previa, prohibición esta que tiene carácter absoluto. Consecuentemente el remedio contra los abusos de la prensa consiste en sanciones tomadas *a posteriori* de la publicación. Para otros, la protección al honor y la intimidad también tienen carácter constitucional y, por lo tanto, los jueces deben considerar caso por caso, para de esta forma analizar qué es lo que se debe priorizar: la libertad de prensa o la protección del honor. La solución consiste en compatibilizar ambos derechos de modo que el ejercicio de uno no vaya en desmedro del otro.

Nadie discute que en todo sistema democrático la libertad de prensa debe ser un preservado a ultranza, puesto que es garantía de libertad. Ahora bien, cabe preguntarse si esa libertad es absoluta o puede en determinados casos tener algún tipo límite. Raffo Benegas ⁽²⁷⁾ señala que como cualquier derecho de carácter constitucional, el de la libertad de prensa no es absoluto, sino que debe ser concordado con el derecho al honor y a la intimidad de las personas también de garantía constitucional. Concordando con esta posición, creemos que cuando resulta claro y evidente que se está por cometer un hecho ilícito, los jueces pueden y deben tomar todas las medidas preventivas como para evitar su consumación, porque de no hacerlo, sería tanto como consentir y aun proteger la comisión de tales hechos, cuyo daño puede llegar a ser irreparable, lo que es contrario a la idea de justicia y del estado de derecho, tanto más si se tiene en cuenta la realidad de nuestros días, en donde las noticias se divulgan de forma inmediata, en segundos tanto por los medios audiovisuales como así también en las redes sociales.

Antonio Boggiano ⁽²⁸⁾, al votar como ministro de la Corte Suprema, sostuvo en un caso sometido a decisión del máximo Tribunal, que “la información es propiedad que se compra y se vende; y ante los traficantes de la intimidad, el derecho debe proteger la vida privada”. Esta es la tesis largamente predominante en nuestra jurisprudencia y doctrina. Es también la solución predominante en el derecho comparado.

En tal sentido el Tribunal Constitucional de España se expidió en el sentido de que la libertad de expresión e información son piedras angu-

(26) CS, “Fallos” t. 248, p. 291.

(27) Raffo Benegas, Patricio, en Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil t. I, p. 274. Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 2009.

(28) Boggiano, Antonio, en su voto en el caso “Servini de Cubria”, CS, E.D. t.149, p. 257.

lares de una sociedad democrática lo que impone siempre una ponderación entre los derechos en conflicto, otorgando preferencia a uno u otro según las circunstancias del caso, litigioso.

La libertad de expresión tiene por objeto ideas, pensamientos y opiniones, concepto este último amplio en el que deben incluirse las apreciaciones y juicio de valor, en cambio el derecho a comunicar información versa sobre hechos que pueden considerarse notificables. En la realidad es frecuente que los elementos de uno y otra significación aparezcan entremezclados, siendo entonces obligado atender al elemento que aparezca como más preponderante (STC 136/1994 de fecha 9 de mayo) ⁽²⁹⁾.

(29) Díez Picazo, Luis - Guillón, Antonio "Sistema de Derecho Civil", Vol. I, 9ª edición, Edit. Tecnos, 1998, p. 350

EL DERECHO A LA PRIVACIDAD DE LA PERSONA HUMANA. (ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA)

POR ALBERTO B. BIANCHI (*)

I. AGRADECIMIENTO

Quiero expresar, en primer lugar, mi agradecimiento al sr. director del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Académico Dr. José W. Tobías, por haberme invitado a participar en esta obra de homenaje a Guillermo A. Borda, con ocasión de conmemorarse 20 años de su fallecimiento. Borda fue un jurista y hombre público ejemplar. Un auténtico maestro y, como tal, una de las figuras más notables del Derecho Civil de nuestro país.

Celebro también, que se haya elegido para esta ocasión el tema de la persona humana, pues ésta ocupaba un papel central en la obra de Borda impregnada de hondo humanismo. No es para menos, en tanto la tradición jurídica occidental, desde los juristas romanos en adelante, ha considerado a la persona humana como la causa misma del derecho ⁽¹⁾.

II. LA COLISIÓN DE LOS DERECHOS

Una primera nota que creo necesario apuntar, antes de referirme específicamente al derecho a la privacidad, es la del permanente e inelu-

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Siguiendo las enseñanzas de Gayo, Justiniano decía en las Institutas “es poco conocer el derecho si son ignoradas las personas, a causa de las cuales se lo ha establecido”. I, 2, p. 12.

dible debate sobre la colisión o el conflicto de derechos. Bien es sabido que entre los muchos debates iusfilosóficos que genera el estudio de los derechos, se encuentra la controversia sobre el llamado “conflictivismo”, temática que Juan Cianciardo, entre otros autores argentinos, ha abordado con gran rigor ⁽²⁾.

Básicamente la discusión gira en torno a si los derechos pueden o deben analizarse en abstracto o si, en cambio, ello solo es posible cuando éstos entran en colisión con otros derechos. Con el debido respeto por quienes opinan lo contrario, tengo para mí que, en tanto somos seres sociales, que vivimos en comunidad con nuestros semejantes, el análisis de los derechos tiene que hacerse necesariamente a partir de la colisión entre nuestros derechos y los de los otros, lo que comprende también, por cierto, el conflicto entre tales derechos y las prerrogativas del poder público.

El estudio de los derechos consiste, en definitiva, en determinar el alcance que éstos tienen y tal medida solo puede establecerse con efectividad, cuando un derecho entra en conflicto con otro o con algún interés o prerrogativa estatal y se produce un “caso” que exige determinar, en esa precisa circunstancia, cuál de los derechos o intereses en conflicto prevalece. Me parece difícil admitir que esta solución pueda darse a priori, en tanto creo que el triunfo de un derecho sobre otro es una decisión que nace –como regla– de la casuística, en función de las circunstancias de cada caso.

Ello no implica negar, por supuesto, que ciertos derechos, por su propia naturaleza tienen, como regla, preeminencia sobre otros. Se añade a ello, inevitablemente, que tal preeminencia está dada también, por las circunstancias y exigencias políticas, sociales y económicas, que varían en cada época, muchas veces diametralmente. Cuantas veces habremos visto que un derecho que asomaba tibiamente en el horizonte jurídico, se afirma y entroniza una década después, desplazando a los otrora reinantes. Sin embargo, en ningún caso, ello debe ser interpretado como una escala fija o inamovible, pues, si lo fuera, todos los conflictos estarían resueltos de antemano. Frente a una colisión de derechos, bastaría

(2) Cianciardo, Juan: El conflictivismo en los derechos fundamentales, Eunsa, Pamplona, 2000. Puede verse también Toller, Fernando: La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional”, en Flores Saldaña A. (ed.), Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 525 y ss.

chequear cuál de ellos prevalece en la jerarquía valorativa, para darle automáticamente el triunfo.

Se sigue de todo ello que, para no caer en un relativismo absoluto, ni en una rigidez abstracta, lo más prudente es admitir que la medida o alcance de los derechos se obtiene cuando éstos compiten con otros en un caso determinado, sin perder de vista, por cierto, que la mayor o menor valoración que cada uno de ellos intrínsecamente merezca, debe obrar como elemento de la decisión.

Hecha esta salvedad, analizaré cómo se comporta el derecho a la privacidad, cuando colisiona con otros derechos o intereses, según la jurisprudencia de la Corte Suprema.

III. LA PRIVACIDAD COMO NOTA ESENCIAL DE LA LIBERTAD

Esta fuera de toda discusión que la privacidad, como elemento de la autonomía personal, es uno de los fundamentos esenciales de la libertad. Me atrevería a decir, incluso, sin temor a equivocarme, que no existe libertad sin privacidad.

Precisamente, una de las líneas divisorias más nítidas que separan a los regímenes totalitarios de los sistemas democráticos, es que en los primeros el Estado —en aras de un declamado interés público— se acuerda la prerrogativa de penetrar impunemente a través de todas las capas de la vida de los individuos hasta sus círculos más íntimos. La vida cotidiana en los sistemas totalitarios se asemeja a la vida en las prisiones, donde los reclusos, como parte de la pérdida de su libertad, han perdido también su privacidad o, al menos, una parte importante de ella. Un régimen totalitario —del mismo modo que una cárcel— no puede subsistir sin requisas sistemáticas y permanentes que verifiquen si se cumple con lo que es obligatorio y no se hace lo que está prohibido, sin que entre uno y otro extremo haya espacio de libertad alguno. ⁽³⁾La democracia, en cambio, se nutre del respeto a los ámbitos privados de los individuos y el Estado solo puede entrar en ellos —solo puede descender ese velo— bajo ciertas circunstancias y observando determinadas reglas, cuanto más precisas, mejor.

Conscientes de ello, los constituyentes de 1853 incorporaron en el artículo 19 de la Constitución, una de sus piedras fundamentales “[l]as acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden

(3) Con gran cinismo, pero no exento de razón, en *Técnica del Golpe de Estado* (1931) Curzio Malaparte decía que un Estado totalitario es aquel en el cual todo lo que no está prohibido, es obligatorio.

y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

No caben dudas de que se trata de una frase en la cual los padres fundadores pusieron lo mejor del arte del lenguaje para vestir con palabras concretas y sencillas, pero muy profundas, un principio sin el cual una auténtica democracia es imposible. Naturalmente, como todo principio, lo que establece el artículo 19 obra como guía primaria, pero es necesario abastecerlo luego con las concreciones de la práctica diaria, nacidas de la colisión entre la privacidad y los otros derechos y prerrogativas. De ello se encargan los tribunales y, en última instancia la Corte Suprema, cuya jurisprudencia más relevante reseñaré en el próximo capítulo.

IV. ¿QUÉ ES LA PRIVACIDAD?

Si bien todos tenemos una noción siquiera intuitiva, es inevitable preguntarnos ¿qué es la privacidad? Como siempre, las definiciones son tentadoras, pues nos permiten —acudiendo una vez más al arte del lenguaje— encerrar convencionalmente en unas pocas palabras (y utilizo ex profeso este término) un concepto en ocasiones complejo, que usualmente las desborda. Las definiciones se parecen así a los antiguos andadores que ayudaban a los niños a aprender a caminar. Eran útiles para el aprendizaje inicial, pero, superada esta etapa, pasaban a ser un obstáculo.

Sin perjuicio de todas sus deficiencias y potenciales peligros, las definiciones suelen ser útiles para romper el blanco del cerebro con un mínimo de conceptualización y si de la privacidad se trata, la primera que nos viene siempre a la mente es la de Warren y Brandeis, que definieron el derecho a la privacidad como el derecho a ser dejado a solas, ⁽⁴⁾noción a la que aluden algunos votos de la Corte. ⁽⁵⁾

Podrían ser citadas otras muchas, pero esta no es una competencia de erudición. Por lo demás, creo que lo importante, en coincidencia, con el pensamiento de los autores citados, es entender que la privacidad está integrada por aquellos ámbitos personales que no deseamos compartir con otros, o bien, que solo compartimos con algunos pocos elegidos. En

(4) Warren, Samuel D. and Brandeis, Louis D. The Right to Privacy, Harvard Law Review, vol. 4, No. 5, December 1890, pp. 193-220.

(5) Voto del juez Rosenkrantz en Héctor Ismael Rodríguez, Fallos 344-2409 (2021).

definitiva, el derecho a la privacidad es el derecho de poder elegir libremente a quienes les concedemos el ingreso a nuestra vida personal.

Dicho esto, que no es decir mucho, es necesario pasar a un terreno de mayores concreciones y la primera cuestión que se nos plantea es si “privacidad” e “intimidad” son lo mismo. Ciertamente no lo son. Lo íntimo parece ser más cerrado o exclusivo que lo privado. Así, el domicilio y la correspondencia son privados, mientras que el dormitorio, en cambio, es íntimo. Si bien esta distinción es correcta, no cambia los principios generales. En todo caso, el acceso a un círculo íntimo exige mayores recaudos que los requeridos por el privado. De todos modos, no existen reglas claras, legales o jurisprudenciales, que definan uno u otro ámbito y, en ocasiones, se los utiliza como sinónimos.

Una segunda cuestión es que no debe confundirse el ámbito privado (o íntimo) con el espacio físico. Los datos personales son parte de la privacidad de las personas y solo puede difundirse o transmitirse bajo ciertas reglas.

Tampoco debe asimilarse la privacidad con el mero pensamiento, como alguna vez lo hizo la Corte, ⁽⁶⁾ creyendo erróneamente que lo privado es lo que no se exterioriza. Justamente el quid de la privacidad consiste en proteger un ámbito que se exterioriza a los terceros.

Por último, tampoco debe distinguirse el derecho a la privacidad de la libertad de conciencia o la libertad religiosa, si bien en muchas ocasiones estos derechos están fuertemente ligados en un mismo caso. Un ejemplo típico es el que plantean los Testigos de Jehová cuando se niegan a recibir una transfusión de sangre, aun a riesgo de comprometer su propia vida. Si bien la transfusión de sangre es una práctica invasiva, el testigo de jehová usualmente invoca como impedimento para llevarla a cabo su libertad de conciencia o de culto. Ya veremos en el próximo capítulo como ha abordado la Corte Suprema esta cuestión.

V. LA PRIVACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Siguiendo los lineamientos trazados en los puntos anteriores, veamos ahora como ha sido el tratamiento del derecho a la privacidad en los casos resueltos por la Corte Suprema. Sin perjuicio de otras menores, la jurisprudencia ha abordado el conflicto entre la privacidad y los otros

(6) Viñas de Ibarra (1976).

derechos en cuatro grandes áreas (a) el consumo individual de estupefacientes; (b) la libertad de expresión e información; (c) las pruebas de ADN y (d) las comunicaciones electrónicas. Una cuestión aparte presentan el aborto y la libertad religiosa y de conciencia, además de otros derechos, según veremos en el apartado 6 de este capítulo.

V.1. La privacidad y el consumo de estupefacientes

Una de las tensiones más típicas entre la privacidad y el poder de punición estatal, ha tenido lugar con la penalización del consumo individual de estupefacientes donde el *corsi e ricorsi* de la Corte ha sido intenso. En este recorrido, la jurisprudencia penalizó ⁽⁷⁾, despenalizó ⁽⁸⁾, volvió a penalizar ⁽⁹⁾ y despenalizó nuevamente ⁽¹⁰⁾ esta práctica.

En “Colavini”, el primero de los casos que componen esta serie, la Corte, en coincidencia con el Procurador General, entendió que la tenencia individual de estupefacientes no estaba amparada por el artículo 19 en razón de las repercusiones negativas que el consumo de drogas tiene en la sociedad ⁽¹¹⁾.

Algunos años más tarde, con una composición enteramente diferente fruto del cambio de gobierno ocurrido en 1983, la Corte adoptó la postura contraria. Ello tuvo lugar en 1986, en dos casos decididos en forma simultánea —Gustavo Bazterrica y Alejandro Capalbo— cuya simbiosis es notable, ⁽¹²⁾ dieron oportunidad a la Corte para desarrollar su teoría sobre la invasión de la privacidad producida por el artículo 6 de la ley 20.771, que fue declarado inconstitucional ⁽¹³⁾.

(7) Ariel Omar Colavini, Fallos 300-254 (1978).

(8) Gustavo Bazterrica y Alejandro Capalbo, Fallos 308-1392 (1986).

(9) Ernesto A. Montalvo, Fallos 313-1333 (1990).

(10) Sebastián Arriola, Fallos 332-1963 (2009).

(11) Recordemos que, por aquel entonces, estaba vigente la ley 20.771, sancionada en 1974, cuyo artículo 6° castigaba penalmente la tenencia de estupefacientes para uso personal.

(12) La mayoría del Tribunal se conforma —en ambos casos— con los votos de los jueces Belluscio, Petracchi y Bacqué. En minoría votan los jueces Fayt y Severo Caballero. Lo curioso —y simbiótico— es que la mayoría se expresa en Bazterrica, con remisión a Capalbo, en tanto que la minoría lo hace en Capalbo con remisión a Bazterrica. De tal forma, solamente leyendo ambos fallos se tiene el pensamiento completo —mayoritario y minoritario— de la Corte.

(13) Estos fallos fueron comentados por López Bolado, Jorge D.: Desincriminación de la tenencia de estupefacientes para uso personal, y Ekmekdjian, Miguel Ángel: Los límites del ámbito de la intimidad individual en dos trascendentes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ambos en La Ley 1986-D, p. 547.

Tanto Bazterrica como Capalbo, habían sido condenados por aplicación de la citada ley ⁽¹⁴⁾ y contra tal pronunciamiento recurrieron ante la Corte alegando la inconstitucionalidad del artículo 6°. La Corte les hizo lugar en contra de lo dictaminado por el Procurador General. ⁽¹⁵⁾ El voto de los jueces Belluscio y Bacqué reconoce, en primer lugar, que es: "... lícita toda actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar en la tenencia de drogas para uso personal" ⁽¹⁶⁾, pero admite al mismo tiempo que:

[...] no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias necesarias para la ética colectiva. Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el art. 19 de la Constitución Nacional aclarando aquellos conceptos. La referida norma impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no prohíba una conducta que desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquéllas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto es., que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones ⁽¹⁷⁾.

A partir de esta afirmación el fallo rechaza las afirmaciones –que califica de dogmáticas– según las cuales la tenencia de drogas para uso personal, posee consecuencias negativas para el interés general.

[...] no está probado –aunque sí reiteradamente afirmado dogmáticamente– que la incriminación de la simple tenencia evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general. La construcción legal del art. 6° de la ley 20.771, al prever una pena aplicable a un, estado de cosas., y al castigar la mera creación de un riesgo, permite al intérprete hacer alusión simplemente a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros ya la comunidad. El hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir las acciones que ofenden ala moral pública o perjudican a un tercero, de aquéllas que

(14) Sentencias producidas respectivamente por las salas IV y V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

(15) Fallos 308, en pp. 1412-1415.

(16) Fallos 308 en p. 1416.

(17) Fallos 308, en pp. 1416 y 1417.

pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del art. 19 de la Constitución Nacional que, como queda dicho, obliga a efectuar tal distinción. Penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la sola base de potenciales daños que puedan ocasionar se “de acuerdo a los datos de la común experiencia” no se justifica frente a la norma del art. 19, tanto más cuando la ley incrimina actos que presuponen la tenencia pero que trascienden la esfera de privacidad o como la inducción al consumo, la utilización para preparar, facilitar, ejecutar u ocultar un delito, la difusión pública del uso, o el uso en lugares expuestos al público o aun en lugares privados más con probable trascendencia a terceros. ⁽¹⁸⁾

Apoya esta afirmación en estudios de las Naciones Unidas y propicia la sustitución de la condena penal por otros elementos correctivos. “...es necesario poner a prueba y aplicar otras medidas que sustituyen las sanciones penales y de encarcelamiento, a fin de introducir un verdadero enfoque terapéutico para corregir el comportamiento desviado de los sujetos”, pues “...el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan”. ⁽¹⁹⁾

De igual tenor, pero particularmente extenso, es el voto del juez Petracchi, ⁽²⁰⁾ que tiene además un tono fundacional. ⁽²¹⁾ Si bien reconoce que la drogadicción es un “fenómeno lacerante”, ⁽²²⁾ no deja de encontrar una contradicción entre el artículo 19 de la Constitución y el artículo 6° de la ley 20.771 la cual expresa en estos términos:

[...] por una parte, el art. 19, de nuestra Constitución, resulta ser una pieza de esencial importancia en la configuración del sistema de las libertades individuales que caracteriza a nuestro orden jurídico. El, evidentemente, no se limita a la garantía de la privacidad de los individuos —ya establecida en el art. 18, de la Constitución—, sino que consagra, como se ha afirmado antes, lo que Cardozo denominaba “un esquema de ordenada libertad”, es decir, el eje sobre el que gira un sistema de libertad personal, más allá de la garantía de la mera privacidad. Por otro lado, el art. 6°, de la ley 20.771, obedece a un presupuesto dogmático en

(18) Fallos 308 en pp. 1417 y 1418.

(19) Fallos 308, en p. 1420.

(20) Fallos 308, en pp. 1421-1462.

(21) Dice “...nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular, en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objeto de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos”, Fallos 308, en p. 1423.

(22) Fallos 308, en p. 1460.

cuanto a su finalidad, según la cual la punición es un remedio efectivo a la grave cuestión social de las drogas, afirmación ésta que, al no haberse corroborado en los hechos, es escasamente científica y particularmente imprecisa, o tiene la precisión de la palabra poética, que se limita a invocar a su objeto. ⁽²³⁾

Como respuesta al rechazo que engendran en la mayoría las afirmaciones sobre la peligrosidad abstracta de la drogadicción, la minoría recalca en ellas:

[...] nadie puede ignorar actualmente los perjudiciales efectos que acarrea el consumo de estupefacientes, ni la enorme difusión que ha alcanzado esa práctica, circunstancias estas que han sido reconocidas incluso por la comunidad internacional como un mal que afecta a todos los pueblos. Ello es lo que refleja la Convención Única de Estupefacientes de 1961 de las Naciones Unidas (ratificada por decreto-ley 7672/63; ley 16.478), en la que los estados miembros exponen su preocupación “por la salud física y moral de la humanidad”, y reconocen “que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad” ⁽²⁴⁾.

Si nos quedáramos solamente con la lectura de estos dos fallos, podríamos pensar que la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 6° de la ley 20.771 de una manera general y abstracta. Esta conclusión errónea estará inducida, además, por la falta del relato de los hechos en la sentencias. ⁽²⁵⁾ Sin embargo, en dos casos posteriores, Gustavo Adolfo von Wernich ⁽²⁶⁾ y Alejandro M. García, ⁽²⁷⁾ el Tribunal tuvo oportunidad de precisar los alcances de esta inconstitucionalidad. Tanto como von Wernich como García, habían sido condenados por tenencia de estupefaciente para uso personal, pero la Corte no revocó las sentencias pues, a diferencia de Bazterrica y Capalbo, aquéllos se hallaban consumiendo en la vía pública. García además, ofrecía la droga a sus acompañantes. La Corte hizo mérito de esta circunstancia y confirmó el fallo recurrido. ⁽²⁸⁾

(23) Fallos 308, en p. 1454.

(24) Fallos 308, en p. 1471.

(25) En el dictamen del Procurador en Bazterrica se alude vagamente a un agravio relativo al allanamiento del domicilio, lo que deja entrever que aquél no se hallaba en un lugar público en el momento el hecho. Fallos 308, en p. 1412.

(26) Fallos 310-2836 (1987).

(27) Fallos 311-2228 (1988).

(28) En García dice “...el condenado fue sorprendido en la tenencia de marihuana, en oportunidad en que transitaba por la vía pública en un vehículo, con tres acompañantes, a quienes no sólo había invitado a consumir la droga, sino que además había logrado que al menos uno de ellos aceptara el convite, situación que pudo ser obser-

En síntesis, para la Corte de 1983-1989 solamente era inconstitucional la punición penal de la tenencia de drogas —o su consumo— en la medida que el imputado se hallara en un lugar privado (Bazterrica y Capalbo). La ley, en cambio, podía aplicarse si la tenencia o el consumo se verificaban en un lugar público (von Wernich y García).⁽²⁹⁾

Con la ampliación a nueve jueces, producida en 1990, la Corte retornó al criterio punitivo.⁽³⁰⁾ Este cambio tuvo lugar en el caso Ernesto A. Montalvo,⁽³¹⁾ donde el Tribunal —con disidencia de Belluscio y Petracchi— sostuvo que no hay “intimidad” ni “privacidad” si hay exteriorización y si esa exteriorización es apta para afectar, de algún modo, el orden o la moral pública, o los derechos de un tercero.⁽³²⁾

vada por el personal policial, lo que motivó el procedimiento. En consecuencia, el hecho imputado no puede ser considerado como restringido a la esfera de la intimidad preservada por el art. 19 de la Constitución Nacional...” Fallos 311, en p. 2231.

(29) Esta distinción, si bien es clara, no resuelve todos los problemas. Tengamos en cuenta que son cuatro las situaciones que pueden verificarse a partir de la tenencia para uso personal y su consecuencia, el consumo: (a) tenencia individual en un ámbito privado; (b) tenencia en un ámbito privado seguida de consumo en el momento del arresto; (c) tenencia individual sin consumo en la vía pública y (d) tenencia individual más consumo en la vía pública. Los ejemplos (a) y (b) están bajo la protección de Bazterrica y Capalbo. El caso (d) a su vez, es punible bajo lo establecido en von Wernich y García. Ahora bien ¿el ejemplo (c) en qué caso debería ser ubicado? Una respuesta —la más fácil— es que la Corte de 1983-1989 no llegó a resolver esta situación. Además de la más fácil, es la mejor, pues no es posible determinar cómo se aplicaría en este caso el argumento del nexo razonable entre una conducta (la tenencia) y el daño a terceros como elemento interpretativo del artículo 19 de la Constitución, que figura en la mayoría (Fallos 308 en pp. 1417 y 1455). Los cuatro casos resueltos estaban en alguna de las 3 situaciones extremas entre 4 posibles. El ejemplo (c) en cambio, constituye una figura intermedia, pues si bien quien camina por la calle no está en un ámbito privado, tampoco parecería poder provocar —potencialmente— un daño a terceros.

(30) Cabe señalar que, en 1989, el Congreso había dictado la ley 23.737 cuyo artículo 14 decía “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

(31) Fallos 313-1333 (1990).

(32) El considerando 11º dice “[...] conforme al art. 19 de la Constitución Nacional, las “acciones privadas” están exentas de la autoridad de los magistrados cuando “de ningún modo” ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. La expresión encomendada tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla. Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales —en el sentido indicado— en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que “de algún modo”, cierto y ponderable, tengan ese carácter. Lo que “de algún modo”, trae consigo los efectos aludidos en el art. 19 está su-

Casi dos décadas después, en 2009, bajo la vigencia de la ley 23.737, ⁽³³⁾la Corte resolvió el caso Sebastián Arriola, ⁽³⁴⁾ retomando la senda de Bazterrica y Capalbo, pese a que en el voto del entonces presidente de la Corte, Dr. Lorenzetti, que votó por la despenalización “[l]a droga es una lacra que produce atroces consecuencias” ⁽³⁵⁾, una afirmación que ya figuraba en los dos casos resueltos en 1986.

El fallo ⁽³⁶⁾ —que produjo un gran júbilo en la comunidad de consumidores— ⁽³⁷⁾ dispuso, en el punto I de su parte dispositiva “...declararla inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando final”. Este considerando, a su vez, dice:

[...] esta Corte con sustento en “Bazterrica” declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade

jeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a las formas de control social que el Estado, como agente insustituible del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente. No es compartible, pues, el criterio expuesto en el primer voto de Fallos: 308:1392 (consid. 8°), donde se sostuvo que la norma constitucional “sub examine” sólo es inaplicable si “debe presumirse” que las acciones privadas afectarán a la ética colectiva “en todos los casos”. Lo que el texto dice es lo opuesto. El art. 19 queda excluido si las acciones privadas originan esas “consecuencias” “en algunos casos”, que es lo que, con toda evidencia, sucede en las situaciones a que se refiere esta causa. Los drogadictos ofrecen su ejemplo, su instigación o su convite a quienes no lo son, al menos en muchísimos supuestos reales. El efecto “contagioso” de la drogadicción y la tendencia a “contagiar” de los drogadictos son un hecho público y notorio, o sea un elemento de la verdad jurídica objetiva (Fallos: 238:550 y los que en esta sentencia se inspiran) que los jueces no pueden ignorar. En una gran cantidad de casos, las consecuencias de la conducta de un drogadicto no quedan encerradas en su “intimidad” (véase Fallos: 308:1392, consid. cit., 2° párr.) sino que “se exteriorizan en acciones”, como dijo alguna vez la Corte Suprema (Fallos: 171:103, en p. 114) para definir los actos que son extraños al art. 19. Porque es claro que no hay “intimidad” ni “privacidad” si hay exteriorización y si esa exteriorización es apta para afectar, de algún modo, el orden o la moral pública, o los derechos de un tercero. Pretender que el comportamiento de los drogadictos no se exterioriza “de algún modo” es apartarse de los datos más obvios, penosos y aun dramáticos de la realidad cotidiana”. Fallos 313 en p. 1351.

(33) Ver nota 30.

(34) Fallos 332-1963 (2009).

(35) Considerando 19°, segundo párrafo.

(36) Se trata de una sentencia integrada por múltiples votos, donde el de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda constituye el fallo en sí.

(37) El músico Andrés Calamaro, a poco de conocido el fallo, durante la presentación de un libro, encendió en público un cigarrillo de marihuana instando a los asistentes “a fumar porro”. Revista “Noticias”, 29-08-2009, p. 96.

la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros”.

En síntesis, la Corte dispone que la tenencia de estupefacientes para consumo personal, que se realice sin ocasionar un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, está protegida por el artículo 19 de la Constitución.

Si bien la sentencia se compone de varios votos, en general todos coinciden en señalar dos fundamentos principales, expuestos con modalidades verbales diferentes, pero con igual énfasis y sentido: (a) la penalización del consumo personal de estupefacientes no disminuye la intensidad del mismo ⁽³⁸⁾ y (b) el artículo 19 de la Constitución protege todas aquellas conductas privadas que no afecten a los terceros. Se trata, como vemos, de dos fundamentos de naturaleza muy diferente. El primero es eminentemente práctico y podría resumirse en lo siguiente: no tiene sentido prohibir algo si la prohibición carece de todo efecto. ⁽³⁹⁾ A esta cuestión algunos votos agregan que tal prohibición se produce “a costa de una restricción de los derechos individuales”. ⁽⁴⁰⁾ Por el contrario, el segundo contiene una cuestión federal típica: el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, lesiona un derecho protegido por el artículo 19 de la Constitución. ⁽⁴¹⁾

(38) Verel considerando 14° del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda; el considerando 15° del voto de juez Lorenzetti; el considerando 14° del voto del juez Fayt y considerando 17° del voto del juez Zaffaroni.

(39) Discrepo completamente con este fundamento. Sería correcto sostener que el consumo personal de estupefacientes debe ser desincriminado si pudiera probarse, efectivamente, que su penalización lo incrementa. Sin embargo, la sentencia no establece una relación de causalidad entre penalización del consumo e incremento del mismo. Se limita a comprobar, en cambio, que la penalización no ha evitado que el consumo aumente. Como puede verse, se trata, en todo caso, de una imputación a la ineficacia de quienes deben prevenir y controlar el consumo, que nada tiene que ver con el error o la inconstitucionalidad de la ley que lo incrimina.

(40) Ver: considerando 14° del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda y el considerando 15° del voto del juez Lorenzetti.

(41) Según dice el considerando 17° segundo párrafo del voto de la mayoría “[c]on relación a tal derecho y su vinculación con el principio de “autonomía personal”, a nivel interamericano se ha señalado que “el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía que es prenda

Una cuestión interesante que la Corte en fecha reciente ha evadido resolver, rechazando el recurso extraordinario planteado con invocación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es si la tenencia de estupefacientes por parte de los detenidos en unidades penales está amparada por los precedentes antes mencionados. La cuestión se planteó en los casos Héctor Ismael Rodríguez ⁽⁴²⁾ y Marcelo Daniel Salvini. ⁽⁴³⁾ En disidencia, los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti sostuvieron que la protección del artículo 19 se extiende también a tales personas.

Recientemente también, la Corte Suprema resolvió el caso Asociación Civil Macame c/ Estado Nacional Argentino, ⁽⁴⁴⁾ en el cual se discutía si la autorización estatal requerida para el autocultivo de cannabis para fines medicinales era violatoria del artículo 19. El fallo sostiene que la exigencia legal y reglamentaria ⁽⁴⁵⁾ que impone tal autorización es constitucional en tanto:

[...] la autoridad del Estado para controlar en general a los productos usados con fines medicinales se justifica, entre otras razones, en el propósito de asegurar que ellos, en especial los psicotrópicos, sean efectivamente administrados en un tratamiento médico en el que se evalúe el riesgo o consecuencias adversas que pueden generar para la salud, así como en la necesidad de asegurar la eficacia de los fines benéficos de quienes buscan, precisamente, proteger su salud ⁽⁴⁶⁾.

Y agrega, en consecuencia, que:

[...] las razones de salud y seguridad públicas involucradas resultan suficientes para justificar que el Estado expida autorizaciones administrativas en el marco de la ley 27.350 para el autocultivo y la elaboración de productos derivados del cannabis con fines medicinales. Ello deter-

de madurez y condición de libertad e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones” (CIDH en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez). Estos principios se encuentran en consonancia con lo establecido en “Bazterrica”.

(42) Fallos 344-2409 (2021).

(43) Fallos 345-869 (2022).

(44) Fallos 345-549 (2022).

(45) Ley 27.350, Decreto 883/2020 y resoluciones 800/2021 y 782/2022 del Ministerio de Salud de la Nación.

(46) Considerando 11°.

mina, a su vez, que la intervención estatal en esta área no implica una interferencia injustificada en la autonomía personal consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional ⁽⁴⁷⁾.

V.2. La privacidad y la libertad de expresión e información

Otra batalla formidable que libra habitualmente la privacidad, tiene lugar con el derecho a la información y la libertad de expresión. ⁽⁴⁸⁾

En este terreno uno de los casos más señeros que ha resuelto la Corte Suprema Ponzetties Balbín c/ Editorial Atlántida, ⁽⁴⁹⁾, donde esta libertad colisionó con la intimidad de un célebre político y hombre público. La revista Gente y la actualidad publicó una fotografía de Ricardo Balbín agonizante en el interior de una clínica, hecho que afectó la intimidad del veterano líder radical en un momento crítico de su vida. Sus familiares promovieron entonces una acción de daño moral contra la editorial y sus propietarios, lo que dio a la Corte una excelente oportunidad para escribir un fallo extenso, pero unánime en su decisión, integrado por tres votos ⁽⁵⁰⁾. En síntesis, la sentencia dice que la libertad de expresión no puede amparar una publicación que viola el derecho a la intimidad, especialmente cuando la fotografía carecía de todo interés informativo y estaba destinada a la exacerbación de un espíritu morboso.

De todos los extensos considerandos que conforman cada uno de los tres votos, he elegido éste, tomado del que firman los jueces Belluscio y Caballero, pues entiendo que representa cabalmente el pensamiento del Tribunal:

[...] la protección del ámbito de intimidad de las personas tutelados por la legislación común no afecta la libertad de expresión garantizada por la Constitución ni cede ante la preeminencia de ésta, máxime cuando el art. 1071 bis del Código Civil es consecuencia de otro derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho de la privacidad, consagrado en el art. 19 de la Carta Magna, así como también en el art. 11, incisos 2 y 3, del ya mencionado Pacto de San José de Costa Rica, según los cuales nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a

(47) Considerando 15°.

(48) Esta cuestión ha sido analizada exhaustivamente en Basterra, Marcela I. **.

(49) Fallos 306-1892 (1984).

(50) La sentencia en sí fue suscripta por Genaro Carrió y Carlos S. Fayt y los votos separados corresponden, por un lado, a Augusto C. Belluscio y José Severo Caballero y, por el otro, a Enrique Petracchi.

su honra o reputación, y toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques...⁽⁵¹⁾

Merece ser destacado también el caso “Menem c/ Editorial Perfil S.A.”,⁽⁵²⁾ ocurrido a raíz de la demandada de daño moral promovida por el expresidente Carlos Menem por haberse hecho pública una relación extramatrimonial tenida por este, en 1980, con una legisladora formoseña, de la cual había nacido un hijo. En un fallo unánime, bien que lo firman tan solo cinco de los entonces nueve integrantes del Tribunal,⁽⁵³⁾ la Corte reafirma la prevalencia del derecho a la privacidad, sin perjuicio del carácter público del actor y de la veracidad de los hechos. En relación con esto último dice:

[...] cabe poner de relieve que no se encuentra controvertida en autos la veracidad de las informaciones difundidas por el semanario Noticias. Por ello, el punto a dilucidar es determinar si las publicaciones cuestionadas constituyeron o no una indebida intromisión en la esfera de intimidad del actor. De ahí que ni el reconocimiento o desconocimiento de los hechos que integran el ámbito que se pretende preservar, o la demostración de la exactitud del texto publicado obstarían al progreso del reclamo en la medida en que —cabe reiterarlo— éste no se funda en su inexactitud sino en su carácter íntimo⁽⁵⁴⁾.

Sobre el carácter público del actor, el fallo traza una línea divisoria entre su actuación oficial como funcionario y su vida privada señalando que:

[...] en el caso de personajes célebres, cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad, y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión (Fallos: 306:1892, considerando 9º). Efectivamente, aun el hombre público, que ve restringida la esfera de su vida privada con motivo de la exposición pública a la que se halla sometido por el desempeño de su función, tiene derecho a preservar un ámbito en la esfera de la tranquilidad y secreto que es esencial en todo hombre, en tanto ese aspecto privado no tenga

(51) Fallos 306, en p. 1912.

(52) Fallos 324-2895 (2001).

(53) Lo suscriben los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, López, Belluscio y Vázquez, éstos dos últimos con votos separados.

(54) Considerando 4º.

vinculación con el manejo de la cosa pública o medie un interés superior en defensa de la sociedad ⁽⁵⁵⁾.

Por último, en relación con la colisión entre la privacidad y la libertad de información la Corte Sostiene que:

[...] tanto la difusión de cuestiones familiares íntimas por medio de la palabra escrita, como la publicación de imágenes fotográficas —en todo caso no autorizadas por el actor en el tiempo y en el contexto en que fueron usadas por el medio de prensa— sobre presuntos vínculos familiares y sobre el estado anímico de su ex cónyuge en relación a tales lazos, configura una intrusión en la zona de reserva del sujeto no justificada por intereses superiores de la comunidad. Máxime cuando se han incorporado imágenes y nombres de menores, con exposición sin prudencia profesional de cuestiones atinentes a la filiación de estos niños, con mortificación espiritual no sólo del hombre en cuanto tal sino en su relación con ellos, conducta que revela el carácter arbitrario de la injerencia en la esfera de intimidad del actor, no justificada por el debate vigoroso de las ideas sobre los asuntos de interés público ni por la transparencia que debe tener la actuación del hombre público en el ejercicio de sus altas responsabilidades ⁽⁵⁶⁾.

V.3. La privacidad y la obtención de pruebas sobre el ADN

Uno de los capítulos más dramáticos de la persecución de los delitos de lesa humanidad en nuestro país, ha tenido lugar cuando se enfrentan, por un lado, el interés del Estado y el de los familiares de las víctimas por esclarecer estos crímenes y, por el otro, los derechos de los hijos de personas secuestradas y desaparecidas que, recién nacidos, fueron entregados a familias que los criaron y años después, reclamados por sus familias biológicas, deben someterse a una prueba que permita obtener su ADN. Ciertamente, la situación de estas personas es trágica desde el ángulo que se la mire. Como víctimas del crimen no sólo tienen que sacrificar su derecho a la privacidad para esclarecerlo, sino que con ello facilitan la incriminación de personas con quienes se criaron como verdaderos hijos y, además, adquieren la certeza de que con ellos no tienen vínculos biológicos.

Si bien la madeja de derechos e intereses que estos casos plantean es sumamente compleja, me parece que, de todos ellos, el que constitucionalmente debe prevalecer es el derecho a la privacidad de las personas que deben someterse a la prueba de ADN. Para simplificar el análisis de estas sentencias y de los dictámenes de la Procuración que las preceden,

(55) Considerando 13º.

(56) Considerando 16º.

es preciso señalar que luego de lo decidido en los tres fallos dictados el 11 de agosto de 2009 que mencionaré enseguida, la cuestión puede resumirse de la siguiente manera: (a) la extracción de sangre compulsiva es inconstitucional pues afecta el derecho a la privacidad y se ejerce con violencia física sobre la persona; (b) las otras pruebas, en cambio, son admisibles, pues permiten obtener igual resultado sin agresión física ni grave perjuicio a la privacidad.

Hasta 2009 la cuestión había sido resuelta en varios casos, pero el más importante de ellos fue Evelin Vázquez Ferrá,⁽⁵⁷⁾ en el cual la Corte estableció que la extracción compulsiva de sangre violaba el derecho a la privacidad. Dice la sentencia:

Forzarla [a Evelin Vázquez Ferrá] a admitir el examen de sangre resultaría, pues, violatorio de respetables sentimientos y, consecuentemente, del derecho a la intimidad asegurado por el art. 19 de la Constitución, a más de constituir una verdadera aberración la realización por medio de la fuerza de la extracción a la cual se niega⁽⁵⁸⁾.

Casi seis años después, el 11 de agosto de 2009, la Corte dictó, en tres expedientes separados, tres sentencias que involucran a dos hermanos, Emiliano y Guillermo Prieto,⁽⁵⁹⁾ hijos de Emma Gualtieri Rugnone y Guillermo Prieto, a quienes se imputa haberlos sustraído y retenido en forma ilegal y haber alterado su identidad.⁽⁶⁰⁾

En la causa que vincula a Emiliano Prieto, la Procuración sostuvo que la extracción compulsiva de sangre constituía un medio razonable para determinar la comisión de los delitos investigados⁽⁶¹⁾. Si bien el dictamen es extenso y muy fundado, el apartado XIII que me permito repro-

(57) Fallos 326-3758 (2003).

(58) Considerando 10º, último párrafo.

(59) Las tres causas están caratuladas con el nombre de la madre adoptiva: Emma Gualtieri Rugnone de Prieto y se identifican como: G.1015.XXXVIII (Fallos 332-1835), referida a Emiliano Prieto; y G.291.L. XLIII (Fallos 332-1769) y G.1970.XXXIX, ambas referidas a Guillermo Prieto.

(60) Según la descripción de las conductas delictivas efectuada por la Procuración “Los hechos ilícitos que son investigados en esta causa, [están] calificados como sustracción, retención y ocultación de menores de 10 años (artículo 146 del Código Penal), supresión y/o alteración de la identidad de un menor de 10 años (artículo 139 inciso 2 del Código Penal) y falsedad ideológica de instrumentos públicos destinados a acreditar la identidad de las personas (artículo 293 del Código Penal)”.

(61) Dictamen del 07-09-2006.

ducir sintetiza muy claramente el pensamiento del Ministerio Público sobre el caso:

[...] la medida dispuesta no acarrea violación alguna a los derechos y garantías constitucionales, en tanto concreta una razonable y proporcionada restricción de los derechos de la presunta víctima, que encuentra justificación en la necesidad de salvaguardar el deber estatal de investigar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos. Es que reitero, no sólo está aquí en juego la averiguación de la identidad biológica de un sujeto. Nos encontramos ante la posible comisión de un crimen contra la humanidad cuya dilucidación depende –en gran medida– de la extracción de una pequeña muestra de sangre de una posible víctima. Es desde esta perspectiva incorrecto afirmar que el caso se reduce a un conflicto de derechos entre una persona que pretende proteger su intimidad y el Estado que busca investigar un delito. Como se fundamentó, esta interpretación deja de lado toda consideración sobre los derechos de los familiares que siguen siendo víctimas del crimen de desaparición forzada de personas, hasta que no se lleven a cabo todas las medidas jurídicamente posibles tendientes a su investigación. En definitiva, es crucial determinar si Emiliano Matías Prieto es desaparecido y, para ello, es necesario llevar a cabo la medida de coerción personal que ha sido ordenada en autos.

La Corte Suprema, por el contrario, es mucho menos categórica. Comienza reconociendo la extraordinaria puja de valores, derechos e intereses que tensionan el caso, ⁽⁶²⁾ y sostiene que: "...la garantía protegida en el caso de quien, siendo adulto, se niega a una extracción de sangre, es la autonomía en la esfera de la individualidad personal protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional", ⁽⁶³⁾ pero admite, al mismo tiempo, que la complejidad del caso no tolera un análisis lineal de este derecho. ⁽⁶⁴⁾ A partir de ello buena parte de la argumentación de la sen-

(62) " [...]el presente caso presenta una tensión extrema de valores y principios, que puede sintetizarse provisoriamente de la siguiente manera: (a) se ha cometido un crimen de lesa humanidad y se sigue cometiendo hasta la fecha dada su naturaleza permanente; (b) el Estado tiene el deber de sancionarlo, pero al mismo tiempo no es ajeno a su comisión y a la demora de tres décadas en penarlo y en quebrar su continuidad; (c) el paso del tiempo ha producido efectos en todas las víctimas y la persecución a ultranza del crimen puede acarrear lesiones al derecho de la presunta víctima secuestrada de carácter irreparable, y (d) la no investigación del crimen puede lesionar el derecho legítimo a la verdad de las otras víctimas, que son los familiares del secuestrado y deudos de sus padres". Considerando 4º.

(63) Considerando 15º.

(64) "No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. Esa frontera, construida sobre las ba-

tencia está dedicada a demostrar la equiparación y equilibrio existente entre el interés punitivo del Estado y los derechos de los familiares de las víctimas de los secuestrados y desaparecidos, por una parte, y los derechos de quienes deben someterse a una extracción compulsiva de sangre, por la otra. ⁽⁶⁵⁾ Concluye entonces en que:

[...] la coerción física sobre la víctima presuntamente secuestrada se evitaría si se agotasen previamente las posibilidades de tomar las muestras de manera no invasiva en el cuerpo de ésta, lo que aparece a todas luces como más respetuoso de su dignidad y acorde con los principios constitucionales argentinos” ⁽⁶⁶⁾ y establece por ende que se deben agotar “las posibilidades de obtener material genético por medios menos lesivos que la intervención física sobre la víctima ⁽⁶⁷⁾.

Bajo los mismos principios fueron resueltas las dos causas que vinculan a Guillermo Prieto. En una de ellas ⁽⁶⁸⁾ se discutía si éste debía someterse a una prueba de obtención del ADN que no fuera la extracción de sangre y la Corte admitió su procedencia y en la otra, relativa a la prueba de extracción de sangre, se remitió a lo decidido respecto de su hermano Emiliano. ⁽⁶⁹⁾

ses históricas más memorables de la libertad humana, no puede ser atravesada por el Estado, juzgando cuáles son las intenciones de quien se niega a averiguar su identidad en forma reiterada, siendo adulto y con total discernimiento. No puede haber otro juez que la propia persona afectada con competencia suficiente para juzgar las consecuencias que le acarrearía el esclarecimiento de su propia identidad. Que el derecho de la presunta víctima secuestrada es inherente a su condición de persona. Las disposiciones internacionales que reconocen el carácter de víctima a los familiares de desaparecidos no han tenido en cuenta los casos en que la víctima sobrevivió, y no lo han hecho porque no hubo casos análogos y por ende, la imaginación del legislador internacional nunca fue tan extremadamente perversa, pero no cabe duda de que, sin desmedro de que a los familiares de desaparecidos se les reconozca su incuestionable condición de víctimas, es innegable que la primera víctima de una desaparición forzada es el propio desaparecido. Este es un ser humano y todo ser humano es persona y, como tal, goza de autonomía moral, decide en conciencia acerca de lo bueno y de lo malo, tiene capacidad axiológica y su decisión debe ser respetada, por ser claramente legítima a la luz de los dispositivos de la Constitución Nacional no modificados por la incorporación de los tratados en el inciso 22 del artículo 75 y por el contenido de éstos mismos tratados, cuya síntesis máxima es el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos”. Considerando 15°.

(65) Considerandos 17°, 18 y 19°.

(66) Considerando 20°.

(67) Considerando 27°.

(68) G.291.XLIII, Fallos 332-1769 (2009).

(69) Emma GualtieriRugnone de Prieto, G. 1970. XXXIX.

V.4. La privacidad en las comunicaciones electrónicas

Esta cuestión fue decidida por la Corte Suprema en el conocido caso Halabi c/ Poder Ejecutivo Nacional, ⁽⁷⁰⁾ donde fueron abordados dos temas de gran trascendencia: (a) el conflicto entre la privacidad y la prerrogativa estatal de intervenir las comunicaciones entre particulares y (b) las acciones colectivas. No me ocuparé del segundo pues es ajeno a este trabajo. Interesa, en cambio, el primero, pues se relaciona directamente con la protección del artículo 19 sobre los medios de comunicación que, hoy día, prácticamente han desplazado, en el uso cotidiano y personal, a la antigua correspondencia en papel.

El caso se planteó a raíz de que la ley 25.873 ⁽⁷¹⁾, incorporó a la Ley Nacional de Telecomunicaciones, ⁽⁷²⁾ los artículos 45*bis*, 45*ter* y 45*quáter* —reglamentados por el Decreto 1563/2004— ⁽⁷³⁾ que obligaban a los prestadores de servicios de telecomunicaciones a (i) estar preparados para captar y derivar —a su exclusivo cargo— las comunicaciones que transmiten, para que éstas puedan ser observadas en forma remota, por el Poder Judicial o el Ministerio Público, cuando éstos lo requieran (artículo 45*bis*); y (ii) registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones cursadas por ellos, para que pudieran ser consultados —sin cargo— por el Poder Judicial o el Ministerio Público. Esa información debía ser conservada durante diez años (artículo 45*ter*). ⁽⁷⁴⁾

Esta regulación legal dio pie para que Ernesto Halabi, como abogado en causa propia, promoviera un amparo con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 45*bis* y 45*ter* por considerarlos violatorios de los artículos 18 y 19 de la Constitución:

[...]en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine ‘en qué casos y con qué justificativos’. Alegó —agrega la Corte— que esa intromisión constituye una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confi-

(70) Fallos (2009).

(71) B.O. 09-02-2004.

(72) Ley 19.798; B.O. 23-08-1972.

(73) B.O. 09-11-2004.

(74) El artículo 45*quáter* establecía que el Estado nacional se haría cargo de los daños que el manejo de este sistema pudiera ocasionar a terceros.

dencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes ⁽⁷⁵⁾.

La demanda tuvo éxito en las tres instancias. ⁽⁷⁶⁾ En el aspecto de fondo, esto es, la protección de la privacidad de las comunicaciones por vía electrónica la Corte sostuvo que:

[...]sólo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen ... [por ello] lo resuelto en el sub lite por los jueces de la causa se ajusta a los requisitos que conforman el estándar enunciado y que imponen la aplicación de criterios de interpretación restrictivos en el examen de las interceptaciones de las comunicaciones personales. Tal como ha sido apreciado por los magistrados de los tribunales intervinientes en las instancias anteriores, es evidente que lo que las normas cuestionadas han establecido no es otra cosa que una restricción que afecta una de las facetas del ámbito de la autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad, por cuanto sus previsiones no distinguen ni precisan de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operarán las interceptaciones, toda vez que no especifican el tratamiento del tráfico de información de Internet en cuyo contexto es indiscutible que los datos de navegación anudan a los contenidos. Se añade, a ello, la circunstancia de que las normas tampoco prevén un sistema específico para la protección de las comunicaciones en relación con la acumulación y tratamiento automatizado de los datos personales. En suma, como atinadamente ha sido juzgado en autos, resulta inadmisibles que las restricciones autorizadas por la ley estén desprovistas del imprescindible grado de determinación que excluya la posibilidad de que su ejecución concreta por agentes de la Administración quede en manos de la más libre discreción de estos últimos ⁽⁷⁷⁾.

V.5. El caso del aborto

Cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió *Roe v. Wade*, ⁽⁷⁸⁾ dejó muy en claro que el fundamento constitucional para prac-

(75) Considerando 1°.

(76) Un relato minucioso del desarrollo del caso puede verse en el comentario publicado por Fernando García Pullés. García Pullés, Fernando R.: El fallo "Halabi". las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿el fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿el nacimiento de los procesos de clase?, La Ley, diario del 04-03-2009.

(77) Considerandos 24°, segundo párrafo y 26°.

(78) 410 U.S. 113 (1973).

ticar un aborto radicaba en el derecho a la privacidad. ⁽⁷⁹⁾En la Argentina quienes están a favor del aborto nunca han puesto en tela de juicio este fundamento, por el contrario, es el primero que esgrimen para que una mujer —o una “persona gestante”, como dice la ley 27.610— pueda terminar impunemente con la vida de su propio hijo o hija. De todos modos, hasta ahora, la Corte Suprema argentina no ha desarrollado este fundamento.

A diferencia de la Corte norteamericana, cuyo fundamento ponía cierto límite temporal al aborto fundado en la viabilidad del feto fuera del seno materno, lo que daba al Estado un compelling interest en preservar la vida del por nacer en el tercer trimestre del embarazo, a menos

(79) Dice el fallo: “The Constitution does not explicitly mention any right of privacy. In a line of decisions, however, going back perhaps as far as *Union Pacific R. Co. v. Botsford*, 141 U.S. 250, 251 (1891), the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution. In varying contexts, the Court or individual Justices have, indeed, found at least the roots of that right in the First Amendment, *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 564 (1969); in the Fourth and Fifth Amendments, *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 8-9 (1968), *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 350 (1967), *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886), see *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478 (1928) (Brandeis, J., dissenting); in the penumbras of the Bill of Rights, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. at 484-485; in the Ninth Amendment, *id.* at 486 (Goldberg, J., concurring); or in the concept of liberty guaranteed by the first section of the Fourteenth Amendment, see *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923). These decisions make it clear that only personal rights that can be deemed “fundamental” or “implicit in the concept of ordered liberty,” *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937), are included in this guarantee of personal privacy. They also make it clear that the right has some extension to activities relating to marriage, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967); procreation, *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541-542 (1942); contraception, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. at 453-454; *id.* at 460, 463-465 (WHITE, J., concurring in result); family relationships, *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 166 (1944); and childrearing and education, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 535 (1925), *Meyer v. Nebraska*, *supra*. This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment’s concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment’s reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by childcare. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation”. 410 U.S. en p. 152/153.

que estuviera en peligro la vida o salud de la madre, ⁽⁸⁰⁾nuestro Tribunal todavía no se ha pronunciado específicamente sobre esta cuestión. En lugar de ello, en el caso más relevante resuelto hasta ahora, me refiero a F. A. L. s/ medida autosatisfactiva, ⁽⁸¹⁾la Corte Suprema argentina ha establecido un principio que, no en la teoría, pero sí en la práctica, permite abortar hasta el último día del embarazo.

Para ello fue elegido un caso límite que, en lugar de ser tratado como tal, ha permitido establecer un principio absoluto. Se trataba de una menor de quince años, que había quedado embarazada como consecuencia de haber sido violada por el marido de su madre. Bajo este encuadre fáctico, y luego de sortear el escollo procesal de que el aborto ya se había producido al momento de dictar la sentencia, ⁽⁸²⁾el Tribunal resuelve la antigua la disputa interpretativa suscitada en torno al artículo 86, inciso 2° del Código Penal, es decir, si el aborto está permitido (a) en caso de violación de toda mujer o (b) si, además, se requiere que la víctima sea mentalmente incapaz. Según entiende la Corte, debe optarse por lo primero, de modo tal que basta la mera violación para que la mujer embarazada —como resultado de ella— tenga derecho a solicitar un aborto sin requerir autorización judicial alguna. A juicio del Tribunal, esta es la interpretación

(80) “With respect to the State’s important and legitimate interest in potential life, the “compelling” point is at viability. This is so because the fetus then presumably has the capability of meaningful life outside the mother’s womb. State regulation protective of fetal life after viability thus has both logical and biological justifications. If the State is interested in protecting fetal life after viability, it may go so far as to proscribe abortion during that period, except when it is necessary to preserve the life or health of the mother”. 410 U.S. en pp. 163-164.

(81) Fallos 335-197 (2012).

(82) Muy brevemente descripto, el desarrollo del proceso en sus diferentes instancias provinciales es el siguiente: luego de fracasar en primera y segunda instancia en el intento de obtener autorización judicial para abortar, el Tribunal Superior de Chubut hizo lugar a la medida autosatisfactiva solicitada por la madre de la menor, lo que permitió llevar a cabo el aborto. La decisión del Tribunal Superior fue motivo de un recurso extraordinario federal interpuesto por el Ministerio Público el cual fue concedido, pese a que la cuestión ya era abstracta por entonces. Además del fallo, el relato pormenorizado de estos antecedentes figura en los considerandos 1° a 5° del voto de la jueza Carmen Argibay. La Corte Suprema se hace cargo de esta cuestión pero admite al mismo tiempo que “[...]dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas”. Considerando 5°.

que corresponde de acuerdo con la Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos que la integran.

Fundada la interpretación del artículo 86, inciso 2° del Código Penal, la Corte establece cuales son los requisitos que debe cumplir la mujer embarazada como fruto de una violación, para solicitar que se le practique el aborto. De acuerdo con la sentencia el trámite debe ser muy sencillo:

[...] el respeto a lo establecido en el artículo 19 in fine de la Constitución Nacional se traduce en que el artículo 86, inciso 2°, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación. Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal ⁽⁸³⁾.

Obviamente la sencillez de este trámite puede generar una suerte de “fraude al aborto”, pues cualquiera que desea abortar puede formular falsamente esta declaración. Sin embargo, ante la duda, la Corte prefiere proteger a las víctimas de la violación:

[...]si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de ‘casos fabricados’, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, —que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud ⁽⁸⁴⁾.

Si bien el fallo se refiere varias veces al artículo 19, lo hace en relación con su segunda parte, la que establece el principio de legalidad. La palabra “privacidad” aparece una sola vez en el considerando 30°, donde dice que el tratamiento a las víctimas de violencia sexual “deberá asegurarse, en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática”. No hay referencia expresa alguna a la “intimidad”.

(83) Considerando 27°.

(84) Considerando 28°.

En síntesis, la Corte argentina, hasta el momento, no ha fundado el derecho a abortar en la privacidad de la mujer (o de la “persona gestante”). No dudo que lo hará si el caso se presentara, pero hasta ahora no se le ha planteado. En lugar de ello, valiéndose de un caso límite, ha establecido un principio absoluto según el cual toda mujer que tan sólo declare bajo juramento ante “el profesional tratante” que su embarazo proviene de una violación, tiene derecho a que se le practique un aborto, sin requerir autorización judicial para ello. Puede hacerlo, además, en cualquier momento de su embarazo, pues el fallo no pone límite temporal alguno.

V.6. Algunas distinciones entre la privacidad y otros derechos

Suele confundirse, a veces, la privacidad con otros derechos, tales como la libertad religiosa y de conciencia, el derecho a la imagen y el llamado “derecho al olvido”. Si bien es cierto que los casos relativos a estos derechos rozan de cerca la privacidad, me parece que la distinción apuntada es necesaria.

El caso más típico donde la privacidad y la libertad religiosa van de la mano es el que plantean los testigos de Jehová cuando se niegan a recibir, aun a costa de su propia vida, una transfusión de sangre. Sin perjuicio de precedentes anteriores, la cuestión se planteó hace algunos años en el caso Jorge W. Albarracini Nieves, ⁽⁸⁵⁾ en el cual la Corte hizo prevalecer la decisión del paciente, sobre el intento de los médicos de salvar su vida. ⁽⁸⁶⁾

Los fundamentos del fallo, en los que se cita el voto de los jueces Belluscio y Petracchi en el caso “Bahamondez”, ⁽⁸⁷⁾ son los siguientes:

[...]dado que no existen dudas sobre la validez actual de la expresión de voluntad realizada por Pablo Albarracini, corresponde examinar si

(85) Fallos 335-799 (2012).

(86) Los hechos relevantes del caso son los siguientes. Pablo Albarracini Ottonelli ingresó en una clínica de la ciudad de Buenos Aires con una herida de bala. Dado su estado crítico, los médicos entendieron que debía hacerse una transfusión de sangre, como medio indispensable para salvarle la vida. Si bien la víctima no estaba en ese momento en condiciones de hablar, su esposa se opuso al tratamiento indicado en la medida en que sus convicciones religiosas se lo impedían. Antes esta situación y para evitar la muerte de su hijo, Jorge Washington Nieves, pide el dictado de una medida precautoria a fin de que se ordene en forma judicial la transfusión de sangre. Rechazada esta medida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el caso llega a la Corte Suprema por vía extraordinaria.

(87) Marcelo Bahamondez, Fallos 316-479 (1993).

esta decisión se encuadra dentro de la esfera de libertad personal que establece la Constitución Nacional ... ante un caso de la gravedad del presente corresponde recordar que una de las premisas fundamentales de la libertad individual en la Constitución Nacional se encuentra en el artículo 19 que consagra que 'Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados' ...esta Corte ha dejado claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derecho de terceros ... el art. 19 concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuánto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y, en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la Constitución Nacional ...tales principios resultan de particular aplicación al presente caso, en el que se encuentran comprometidos, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal. Y es con sustento en ellos que es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada.

Coincido con la decisión de la Corte, pero no con su fundamento constitucional. Si bien está fuera de toda discusión que una transfusión de sangre es un tratamiento invasivo, no creo que el fundamento para decidir esta cuestión se encuentre en el artículo 19 de la Constitución sino, en todo caso, en la libertad religiosa que tutela el artículo 14, al permitirnos profesar libremente nuestro culto. En efecto, tengamos en cuenta, que la situación de Pablo Albarracini Ottonelli, dista de ser privada. Su decisión, si bien compartida por su esposa, impactaba en toda su familia, al punto que su padre se opuso a ella y quiso salvarle la vida recurriendo a los tribunales. Es que la decisión de disponer de la propia vida no es totalmente privada. Vivimos en un mundo en el que no estamos solos, donde tenemos derechos y obligaciones propios de la vida en familia y en sociedad. De modo tal que decidir sobre la propia vida no es un acto privado, con efectos únicamente para quien lo comete.

Distinta es la relación entre el derecho a la privacidad y el derecho a la imagen, ya que, según la Corte, el primero abarca al segundo. La cuestión fue analizada por la Corte a raíz de las fotografías e imágenes que aparecen en sitios de internet, sin consentimiento previo de las personas fotografiadas, a las cuales se accede por medio de los motores de búsqueda, que fueron demandados por daños y perjuicios en razón de facilitar el acceso a tales sitios. Los casos relevantes de esta serie son: *Rodriguez c/ Google* ⁽⁸⁸⁾, *Gimbutas c/ Google* ⁽⁸⁹⁾ y *Mazza c/ Yahoo* ⁽⁹⁰⁾.

En todos ellos la Corte exoneró de responsabilidad objetiva a los demandados, ⁽⁹¹⁾pero, al mismo tiempo sostuvo que:

[...] el derecho a la imagen integra el derecho a la privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Al respecto, esta Corte ha dejado claramente establecido que dicha norma otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros ⁽⁹²⁾.

No ocurre lo mismo con el llamado “derecho al olvido”, que la Corte analizó en el caso *Denegri c/ Google*. ⁽⁹³⁾Natalia Denegri pretendía que se “desindexara” de los motores de búsqueda el acceso a ciertos sitios internet en la cual se muestran escenas protagonizadas por ella en programas de televisión, durante su juventud, que hoy día la abochornan. La Corte, revocando las sentencias de primera y segunda instancia y del fuero civil, que habían hecho lugar a la demanda con fundamento en el derecho al honor, la rechazó con fundamento en la libertad de expresión, en tanto los hechos que Denegri pretendía “olvidar”, eran ciertos y estaban reconocidos por la actora.

Si bien poco tiene que ver en el caso la privacidad, pues se trataba de programas de televisión a los cuales Denegri había ido voluntariamente siendo mayor de edad, en el fallo de primera instancia aparece alguna

(88) Fallos 337-1174 (2014).

(89) Fallos 340-1236 (2017).

(90) Fallos 344-1481 (2021).

(91) Según dice la Corte “[...] no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los “motores de búsqueda” de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa. Corresponde hacerlo, en cambio, a la luz de la responsabilidad subjetiva”. Considerando 15° de Rodríguez.

(92) Considerando 27° de “Rodríguez”.

(93) Fallos 345-482 (2022).

mención al artículo 19 que considero equivocada por las razones antedichas. Así lo destacó la Corte diciendo que:

[...] tampoco se advierte que la difusión de la información cuestionada importe una grave afectación de la privacidad [...] la información conformada por programas de audiencias masivas y entrevistas periódicas emitidos en medios de acceso público como lo fueron —y lo son— los canales de televisión, aun cuando revelan aspectos personales e incluso imágenes que exponen episodios que pueden resultar mortificantes para la actora, suscitados en el marco de los referidos programas televisivos, no lesiona su derecho a la intimidad ⁽⁹⁴⁾.

Me parece verdaderamente difícil conciliar el derecho al olvido con la privacidad, pues si lo que se pretende “desindexar” o borrar por algún medio, es un acto o hecho privado, el fundamento de la pretensión será el derecho a la privacidad, lisa y llanamente. Por el contrario, si el hecho fue ejecutado voluntariamente en público, está fuera de la protección de la primera parte del artículo 19.

VI. CONCLUSIONES

La jurisprudencia examinada en los puntos anteriores pone de manifiesto que la Corte Suprema ha puesto un especial cuidado en proteger la privacidad, haciéndola prevalecer sobre muchos de los otros derechos que pueden entrar en colisión con ella. En la mayoría de estos casos estos precedentes merecen mi más amplia adhesión, en la medida en que, como dije al comienzo, la privacidad es un elemento central, absolutamente indispensable, del respeto a la dignidad de la persona humana.

Me atrevo a decir, sin embargo, que no concuerdo con extender tal protección a dos de esas áreas, la del aborto y la tenencia de estupefacientes para uso individual.

En el primer caso, dicha privacidad permite que la mujer (o persona gestante) pueda eliminar libremente la vida de otra persona, su propio hijo, lo que me parece inadmisibile. Tengo para mí que no se aplica aquí la primera parte del artículo 19 de la Constitución, en tanto la interrupción voluntaria del embarazo afecta a un tercero, la persona por nacer, nada menos que en su derecho más elemental, el derecho a la vida. Con ello la mujer no está disponiendo de una parte de su cuerpo, sino de

(94) Considerado 20° párrafos primero y segundo.

la vida de otra persona humana, que está presente en el seno materno desde el mismo momento de la gestación.

Tampoco creo que el consumo individual de estupefacientes es un acto que se agota en la privacidad. Si bien puede ser realizado en un ámbito privado, no podemos negar que el narcotráfico se alimenta del consumo individual. No tiene mucho sentido, por lo tanto, combatir el tráfico de estupefacientes, si se facilita o favorece, al mismo tiempo, la fuente que lo mantiene vivo. Me parece que esta contradicción es insalvable. Esta es una cadena que, como en muchos otros casos, se compone de tres segmentos indispensablemente ligados, la producción, la distribución y el consumo. Por ello, si realmente se desea eliminar la "lacra" de la drogadicción, tal como la califica la propia Corte, no puede dejar de combatirse el tercero de ellos, que mantiene activo a los otros dos.

Con estas dos salvedades, la jurisprudencia analizada me parece sumamente valiosa.

LA PERSONA HUMANA Y SU DERECHO A LA IDENTIDAD

POR LUIS DANIEL CROVI (*)

I. INTRODUCCIÓN

En cuanto a ser libre, el hombre está condenado dentro de su circunstancia y a pesar de sus múltiples condicionamientos, a proyectar su vida, a decidir ser de alguna manera. Por ser libre, el ser humano es proyectivo, lanzado al futuro desde el presente, contando con el pasado ⁽¹⁾. La relación dialéctica existente entre el universo social y el hombre a partir del cumplimiento de roles es determinante, pues legitima su identidad individual, haciéndola cognoscible para sí mismo y para los demás integrantes de la sociedad ⁽²⁾.

Por ello, existe violación a la identidad cuando deforma la representación de uno mismo que se construye a partir del respeto de otros a la propia individualidad, pues cada persona llega a ser única en virtud de una conquista de su autonomía de frente a otros seres humanos ⁽³⁾.

La evolución de ideas en la sociedad y el incesante desarrollo de la tecnología, nos llevan a reflexionar sobre el contenido actual del derecho a la identidad que constituye uno de los derechos fundamentales del ser

(*) Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la Identidad, p.3, Astrea, Bs. As., 1992.

(2) LOVECE, Graciela I., Los derechos personalísimos. La violación a la identidad y la reparación del daño, RDF 2016-VI, 82, Cita on line: AR/DOC/4902/2016.

(3) CROVI, Luis Daniel, El derecho a la identidad y sus alcances, DFyP 2014 (abril), 224, Cita on line: AR/DOC/536/2014.

humano porque permite a la persona humana reconocerse y ser reconocida por el conjunto social.

Lo hacemos en el marco de una obra que tiende a rendir un justo homenaje al Dr. Guillermo Borda, de cuyos libros estudiamos y a quien tuvimos el privilegio de conocer por motivos académicos y por el ejercicio profesional. En el libro que sirve de inspiración a este trabajo colectivo, sentando su posición en cuanto al comienzo de la existencia de la persona humana, el ilustre jurista sostenía: “desde que el espermatozoide fecunda el óvulo, nace un individuo único, irrepetible, diferente de cualquier otro individuo”⁽⁴⁾. En la frase del maestro está el núcleo del problema que intentaremos abordar: la individualidad del ser humano que conlleva a reconocer su derecho a la identidad.

II. ANTECEDENTES

Fue sin duda la doctrina y la jurisprudencia italianas quienes dieron “nacimiento” a la identidad como un derecho personalísimo autónomo. Si bien De Cupis se ocupó de este derecho, lo hizo limitando su estudio preliminar a un aspecto de la identidad personal, los signos de identificación de una persona. Por ello, se suele señalar la gestación pretoriana de este instituto.

El 6 de mayo de 1974 un pronunciamiento judicial, hace referencia a la identidad personal como un nuevo interés del ser humano digno de ser tutelado por el derecho. Correspondió a los jueces descubrir que, con independencia de algunos específicos derechos de la persona, como es el caso del nombre, la imagen, la intimidad o el honor, existe en el ser humano un interés existencial mucho más profundo digno de tutela jurídica que corresponde a la identidad de la persona en su dimensión dinámica⁽⁵⁾.

(4) BORDA, Guillermo A., Principio de la existencia de la persona, en La persona humana, p. 1., La Ley, Bs. As., 2001.

(5) El caso juzgaba la publicación de imágenes de un hombre y de una mujer, los que, no obstante ser notorios partidarios de la ley sobre el divorcio en tanto coautores de dicha norma, se les hacía aparecer pronunciándose, absurdamente, en favor de la abrogación de la citada ley. El juez, encontró que se habían lesionado dos derechos subjetivos de las personas involucradas en la propaganda electoral. La sentencia refería al derecho a la imagen, tipificado en el art. 10 del Cód. Civil italiano, y al derecho a la identidad personal, no regulado en ese ordenamiento jurídico pero sustentado en una “cláusula general” de tutela de la persona, de rango constitucional.

Esa histórica y precursora sentencia del 6 mayo de 1974 fue seguida luego, en años sucesivos, por algunos otros esporádicos pronunciamientos en el foro italiano, aun cuando todos ellos no estaban organizados o vertebrados, como lo hace notar Alpa, dentro de una determinada orientación ⁽⁶⁾.

Los fallos judiciales repercutieron en la doctrina de ese país, que comenzó —de ese modo— a interesarse en el tema; reflejo de ese interés fueron los congresos dedicados al estudio de la cuestión, celebrados en Génova y en Roma en 1980 y en Messina en 1982. Los autores italianos, mayoritariamente, han compartido la autonomía de este derecho personalísimo y con matices, su deslinde conceptual ⁽⁷⁾.

En relación con nuestra doctrina, Saux recuerda las conclusiones de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 1997 en las cuales se destacó que el Derecho a la Identidad encuentra su fundamento en la dignidad del ser humano y comprende la faz estática y la dinámica, estando la primera relacionada a los atributos de identificación y el origen genético-biológico, y la segunda a la proyección histórico-existencial de las personas. El autor no comparte que la identidad estática integre un atributo de la personalidad (como el nombre o el estado civil), sino que representa una faceta, quizás la más prolífica en jurisprudencia, integrada por el derecho a conocer el propio origen biológico ⁽⁸⁾.

III. LOS DOS ENFOQUES DE LA IDENTIDAD PERSONAL

Como lo mencionábamos en el apartado anterior, desde hace mucho tiempo la doctrina extranjera y nuestros autores, distinguieron entre la identidad estática que abarca el nombre, la identificación física, la imagen y la identidad dinámica, que implica una verdad biográfica, una his-

(6) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, El derecho a la identidad personal, LA LEY1990-D, 1248, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2913/2001. Aclara el autor que, en la jurisprudencia italiana, la específica protección jurídica de la identidad se ha efectuado con independencia de la circunstancia que la agresión a la persona haya también, simultáneamente, lesionado el honor, la imagen, la intimidad, la autoría intelectual. Puede ocurrir, en efecto, que se cause agravio, a un mismo tiempo, tanto a la identidad personal, distorsionándosele, como a otro derecho subjetivo que le es afín.

(7) TOBIAS, José W., Tratado de Derecho Civil-Parte General, Tomo II, p. 352, La Ley, Bs. As., 2018.

(8) SAUX, Edgardo Ignacio, Tratado de Derecho Civil Parte General, Tomo II, p. 258, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.

toria, un estilo individual y social del sujeto; es aquello que distingue al individuo, que lo hace diverso ⁽⁹⁾.

La identidad de la persona se asocia, en una primera aproximación, a la noción de la de identidad personal, biológica, registral, física. Es decir, a una mirada estática de la identificación del individuo quien tiene derecho a conocer sus orígenes, sus vínculos biológicos y a ser conocido en la sociedad por el nombre que lo individualiza. A este aspecto se lo suele denominar estático.

Luego existe una visión dinámica de la identidad cuando ella es “compartida socialmente”, de modo que se va construyendo un “patrimonio cultural” con el actuar de cada persona en su vida en relación.

La identidad dinámica implica un continuo proceso auto creativo, mediante una sucesión de haceres en que consiste la existencia, por la adhesión a una determinada concepción del mundo. Todo ello diseña, configura la personalidad. La identidad cultural del ser humano se va logrando, precisando, afinando, pero también cambiando en el cotidiano discurrir de la existencia. Cada persona elabora su proyecto de vida, único, intransferible, cuya realización comporta la definición de una determinada personalidad. Todo ello le confiere al hombre una especial dignidad dentro de los seres de la naturaleza. La dignidad de ser “uno mismo”, una “cierta” persona ⁽¹⁰⁾.

IV. DEFINICIÓN

De Cupis define a la identidad como el ser uno mismo con sus propios caracteres y acciones, pero ese ser uno mismo se completa con serlo en el conocimiento y la opinión de los otros, serlo socialmente. Esto es lo propio de la proyección social de la identidad. La persona aspira a ser considerada, en el ámbito social, como realmente es, con sus propias cualidades y acciones ⁽¹¹⁾.

Otro sector de la doctrina italiana ha caracterizado este derecho como el que tiene cada persona de ser ella misma, de distinguirse y de ser distinta,

(9) LORENZETTI, Ricardo L., Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema, LA LEY1993-D, 673.

(10) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, El derecho a la identidad personal, L.L., cit.

(11) DE CUPIS, Adriano, I diritti della personalità, t. II, p. 3., Giuffrè, Milán, Italia, 1961.

sobre la base de sus propios atributos y de sus propias cualidades personales que hacen a esa determinada persona distinta de todas las otras ⁽¹²⁾.

Se trata del derecho ser uno mismo, entendido como el respeto a la imagen construida por quien participa de una vida social, con sus ideas y experiencias, con sus convicciones ideológicas, religiosas, morales y sociales, que lo diferencian y al mismo tiempo lo califican como individuo ⁽¹³⁾.

Fernández Sessarego entiende como identidad personal el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de rasgos de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto ser humano. La identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos, pero, traspassando el presente existencial, se proyecta al futuro ⁽¹⁴⁾.

Por nuestra parte, hemos dicho que todo sujeto tiene un interés merecedor de tutela jurídica, de ser representado en su vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva. De modo que el sujeto tiene un interés consistente en que en el exterior no se altere, desnaturalice, conteste, su propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etcétera, tal como se había exteriorizado o aparecía, sobre la base de circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social ⁽¹⁵⁾.

V. DISTINCIÓN DE OTROS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

No resulta sencillo marcar fronteras rígidas en la aplicación de aquellos derechos que protegen las manifestaciones físicas y espirituales de la

(12) TAMBURRINO, Giuseppe, *Lineamenti del Nuovo Diritto di Famiglia Italiano*, Utet, Torino, 1978.

(13) PINO, Giorgio, *Il diritto all'identità personale ieri e oggi*. *Informazione, mercato, dati personali*, en PANETTA, R. (dir.), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 257.

(14) FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, p. 113, Astrea, cit.

(15) RIVERA, Julio C- CROVI, Luis D., *Derecho Civil-Parte General*, 2da. Edic., p. 436, Abeledo Perrot, Bs.As., 2019.

personalidad pues, en definitiva, todos ellos tienden a poner al hombre como centro del sistema jurídico y la protección que brindan los derechos fundamentales es como un espiral que va abarcando cada día más situaciones de vulnerabilidad y de respeto a la dignidad humana ⁽¹⁶⁾.

Es común que una lesión a la identidad lleve aparejada también la afectación de otros derechos personalísimos, por ello corresponde deslindar conceptualmente el ámbito de tutela de cada manifestación espiritual de la personalidad.

V.1. Derecho al honor

El honor se identifica con la estima que terceros le profesan a una persona en función de sus virtudes y talentos.

Se puede afectar la identidad sin afectar el honor. Resulta ilustrativo un fallo de la jurisprudencia italiana del año 1979 en donde un juez de Turín resolvió el reclamo referente a un conocido político italiano, el diputado Marco Pannella, entonces líder del Partido Radical italiano quien había sido nombrado como inscripto a una lista eleccionaria del Partido Comunista. El juzgador, ante la demanda interpuesta por el parlamentario radical, sostuvo que la afirmación a que se refería el volante, si bien no constituía una ofensa al honor del político, significaba, en cambio, una desfiguración de su identidad política ⁽¹⁷⁾.

Destacaba Cifuentes que se puede afectar al honor y a la identidad y aun a otros derechos personalísimos al mismo tiempo, como ser una propalación de falsa identidad cultural, que tiene a su vez condición injuriosa o calumniosa. Y aún, esa misma conducta respecto de un dato íntimo, por lo que estarían los tres derechos incluidos en el perjuicio ⁽¹⁸⁾.

V.2. Derecho a la intimidad

Los conceptos de intimidad e identidad están profunda y esencialmente vinculados en la medida que ambos se refieren a dos aspectos indisolubles de la personalidad. Para que el ser humano pueda aprehenderse como "único", exige que la persona rompa momentáneamente los

(16) CROVI, Luis Daniel, *El derecho a la identidad y sus alcances*, cit.

(17) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho a la identidad personal*, L.L., cit.

(18) CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*, 3ra. edición, p. 711., Astrea, Bs. As., 2008.

lazos que la unen a su contorno, a su circunstancia, para volcarse sobre sí misma ⁽¹⁹⁾.

No obstante, como lo ha dicho la Corte de Casación Italiana, el derecho a la identidad personal puede distinguirse del derecho a la intimidad. El primero “asegura la fiel representación de la proyección social” mientras que el derecho a la intimidad tutela “la no representación hacia el exterior de los propios asuntos personales que no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable”.

Por lo demás y sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la identidad (dinámica) no se construye solo a partir de la privacidad sino del interactuar de cada persona en la sociedad, que hoy puede realizarse de manera presencial o de forma virtual.

V.3. Derecho a la imagen

Ambos derechos están relacionados, con la difusión de la imagen de una persona puede lesionarse el derecho a la identidad, pero la imagen a diferencia de la identidad es reproducible por la fotografía o cualquier medio de reproducción que permita ver las características físicas de una persona. La identidad excede el mero reconocimiento físico del ser humano.

El derecho a la imagen se encuentra amparado por normas relativas a la propiedad intelectual, pero existe una tendencia a reconocer la tutela de la identidad de la persona más allá de la difusión de su imagen. Se ha destacado que el derecho estadounidense ha configurado un maduro derecho de propiedad intelectual sobre los elementos identitarios de la persona que no sólo permite la explotación comercial racional de tales elementos —o la exclusión de tal explotación cuando pretende ser llevada a cabo por terceros sin autorización—, sino, además, la gestión de los aspectos morales implicados, permitiendo a los titulares oponerse al uso de su nombre o imagen en causas que le generen repulsa afectiva o espiritual o respecto de las cuales no desearan aportar su respaldo o patrocinio por razones ajenas a la cuestión económica o material ⁽²⁰⁾.

(19) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Derecho a la identidad personal, p. 179, Astrea, cit.

(20) NUÑEZ, Javier F, Explotación comercial de la propia identidad: el “derecho de publicidad”, SJA 02/09/2015, 15 - Cita on line AR/DOC/5080/2015.

VI. RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO

El derecho a la identidad, si bien no está reconocido de manera explícita en la Convención Americana de Derechos Humanos, puede ser traído a colación por vía de la interpretación de los arts. 19 y 29. El Comité Jurídico Interamericano entendió que es “consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y en consecuencia “Es un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana (...) e incluye el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia” ⁽²¹⁾. Varias Constituciones Latinoamericanas reconocen el derecho de identidad en sus textos ⁽²²⁾.

La Convención sobre Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), consagra el derecho de los niños a conocer a sus padres y a preservar su identidad (art. 7º).

Nuestra Constitución Nacional reconoce y ampara la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y establece que el Congreso deberá dictar leyes que protejan esa identidad y pluralidad cultural (art. 75, incs. 17 y 19). Por lo demás, como otros derechos personalísimos, una interpretación histórica y finalista permite concluir que el derecho a la identidad personal se encuentra comprendido en los derechos implícitos a que se refiere el art. 33 ⁽²³⁾. El art. 43, a su vez, que re-

(21) SIVERINO, Paula, “El derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, SJA 17/05/2017, 75, Cita on line: AR/DOC/3642/2017. Agrega la autora que Este criterio ha sido adoptado por la Corte IDH. La misma reconoce este derecho y las obligaciones de tutela del Estado en el “caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana”; “Gelman v. Uruguay”, “Conteras y otros v. El Salvador”; “Fornán e Hija v. Argentina”. Dirá que puede ser conceptualizado “en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”.

(22) La Constitución de Paraguay de 1992 (art. 25): “Toda persona tiene el derecho a la libre expresión de su personalidad, a la creatividad y a la formación de su propia identidad e imagen (...)” La Constitución Peruana de 1993 (art. 2º): “Toda persona tiene derecho a la vida, su identidad, su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”. La Constitución de Ecuador de 2008 (art. 66) “Se reconoce y garantizará a las personas: inc. 28: El derecho a la identidad personal y colectiva que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y escogidos y a fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad... (art. 45) “...Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho... a su identidad, nombre y ciudadanía...”.

(23) La Corte Suprema nacional en el fallo “Muller” (13/11/1990, JA 1990-IV-574. Fallos 313:1113) sostuvo que el derecho a la identidad personal es uno de esos dere-

gula el instituto del *habeas data*, importa aceptar la existencia implícita de este derecho, pues, como otros personalísimos, puede ser afectado por agresiones — “falsedades o discriminaciones”, dice el texto constitucional— de las bases de datos ⁽²⁴⁾.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires (art. 11) reconoce el derecho de todas las personas en la provincia, a conocer su identidad de origen. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 12) establece que la Ciudad asegura el derecho a la identidad de las personas. Asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad. Asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información.

La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece (art. 11): “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia”.

La ley 26.743 consagra en el derecho positivo el llamado derecho a la identidad de género; dicha norma ha sido reglamentada mediante el decreto 1007/2012 y permite a toda persona mayor de edad (y a los menores por medio de sus representantes legales y con conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño) solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida.

En lo relativo a la búsqueda de la identidad del donante en las técnicas de reproducción humana asistida, el art. 564 del Código Civil y Comercial de la Nación establece:

chos fundamentales que comprende en su marco tutelar el art. 33 de la Ley Fundamental (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi). La Corte Suprema santafecina tiene dicho que el derecho a la identidad es un derecho de fundamento constitucional no enumerado (CS Santa Fe, A., M. c. L., C. L., 19/09/1991, LA LEY 1992-D, 536, Cita on line: AR/JUR/1025/1991).

(24) TOBIAS, José W., “Derecho de las Personas”, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 741.

A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

En materia de adopción, el art. 595 Cód. Civ. y Com. sienta como principio general el respeto por el derecho a la identidad y el art. 596 establece: “El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos”.

VII. IDENTIDAD BIOLÓGICA

Nos enseñaba Aida Kemelmajer de Carlucci, hace ya mucho tiempo, que las expresiones “origen genético” y “origen biológico” no son exactamente equivalentes. La primera se refiere a la llamada “herencia genética”, o “patrimonio genético”; el extraordinario progreso de la técnica ha favorecido el acceso al conocimiento de este origen, desde que cuando existe material indubitado, la probabilidad de llegar a la información exacta es hoy muy elevada. La expresión “origen biológico” abarca, además del dato genético, otros aspectos comprensivos de la vida (bio) de una persona, tales como los vínculos afectivos trabados con otras personas (abuelos, hermanos, etc.) que integran su propia historia. El derecho al acceso al conocimiento de la realidad genética es uno de los aspectos del derecho a la identidad, pero, como todo derecho, debe ser ejercido razonablemente ⁽²⁵⁾.

El derecho a la identidad encerraría su autodestrucción si los vínculos familiares nunca quedaran terminantemente definidos y fueran siempre, y por cualquiera, pasibles de controversia ⁽²⁶⁾. La protección constitucional a este derecho está dada por la Convención de los Derechos del Niño que dispone: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a

(25) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Origen biológico. Derecho a conocer, JA 2009-I-1035.

(26) MENDEZ COSTA, María J., Encuadre constitucional del derecho a la identidad, LA LEY 1992-D, 536, Cita on line: AR/DOC/118/2001.

adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”.

La Corte Suprema nacional (con el voto del Dr. Petracchi) sostuvo que la identidad es representada como un “verdadero y propio derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado (...) por tener el sujeto caracteres propios, que lo hacen diverso a los otros e idéntico sólo a sí mismo” ⁽²⁷⁾.

Todo ser humano no nace “hecho” sino que se va construyendo en el curso de toda una vida; va adquiriendo así su propia individualización, sus ideas, su formación profesional, cultural, política, etc. Esta personalidad, que va definiendo en el curso de su proceso existencial, lo lleva a tratar de conocer sus orígenes, tanto sea el biológico como el genético, máxime en la actualidad, en que, el ser humano, puede ser un producto de la actividad científica y médica en su gestación. Las técnicas de reproducción humana asistidas deben ser tenidas en cuenta por el derecho y ello nos pone en la necesidad de saber, por ejemplo, hasta dónde debe llegar el conocimiento respecto de los donantes anónimos ⁽²⁸⁾.

La comparación del derecho a conocer los orígenes en la adopción y en la reproducción humana asistida muestra claramente un mayor peso en la primera porque comprende la identidad estática (quiénes son los padres) y la dinámica (historia de ese niño); en definitiva, son los orígenes biológicos (bio, vida); en la segunda, en cambio, afecta sólo a la identidad estática y está circunscripta a un solo dato, el genético; por eso, con mayor precisión, se habla del “derecho a la información” ⁽²⁹⁾.

(27) CS, Muller, Jorge s/ denuncia, cit.

(28) VENINI, Guillermina - VENINI, Juan Carlos, El derecho a la identidad: algunas de sus facetas, DFyP 2019 (septiembre), 168, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2467/2019.

(29) En otras palabras, en los casos de TRHA, el derecho a conocer se refiere al origen genético, a la información que hace a la identidad genética, a los datos del donante como mero aportante de material y a las circunstancias del nacimiento. Se trata de un derecho a poder acceder a una información que hace a su persona; pero que no es una reivindicación de lo genético, sino la posibilidad de acceder a una información que es parte de su identidad. (HERRERA, Marisa- LAMM, Eleonora, De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga, LA LEY 2014-D, 594, Cita on line: AR/DOC/2545/2014).

VIII. IDENTIDAD DE GÉNERO

El sexo, al decir de los especialistas y como es dable intuir, es una cuestión compleja, es “un dato integral de la personalidad, determinado por un conjunto de factores de los cuales debe facilitarse o buscarse su equilibrio”. El sexo se presenta como un hecho en el cual se integran e interactúan diversos elementos, estrechamente vinculados entre sí, en un complejo mosaico, en un singular engranaje del cual queda mucho por descifrar de parte de los científicos. Uno de los aspectos más debatidos en lo que concierne a la identidad personal está constituido por la identidad sexual. Esta representa un importante aspecto de aquélla en la medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. El sexo se erige, así, en uno de los aspectos primarios de la identidad personal ⁽³⁰⁾.

La jurisprudencia argentina hasta los años 2010-2011 referirá al fenómeno de la “transexualidad”, mientras que las normas posteriores preferían hablar de “transgeneridad”. Y ello no se limita a un mero cambio lingüístico o taxonómico, sino que implicará quitar a las *personas trans* de la esfera de la medicalización y la patología para reubicarlas en un espacio identitario propio e igualmente válido ⁽³¹⁾. El uso de los términos para referirse a las personas transgénero (dentro de las cuales se considera a las personas transexuales) difiere y ha evolucionado durante el transcurso de los años como un indicador de los cambios que actualmente se registran en las concepciones culturales ⁽³²⁾.

La ley 26.743 de identidad de género dispone en su artículo 1º, que toda persona tiene derecho: a) al reconocimiento de su identidad de género, b) al libre desarrollo de su persona conforme su identidad de género, c) a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y en particular a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada. La ley define a la identidad de género como: la vivencia interna e individual de género tal como la persona lo siente, la

(30) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual, TR LALEY 0003/007328.

(31) Se aludía a la transexualidad para indicar aquellas personas que buscaban cambiar sus características sexuales y durante mucho tiempo fue tratada médicamente como una “patología psiquiátrica” o como un trastorno de origen genético o biológico.

(32) SILVERINO BAVIO, Paula, El derecho a la identidad: la ley de identidad de género y sus proyecciones, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015-3, p. 173, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.

cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.

La ley de Identidad de Género fue reglamentada por el decreto 1007 del 12 de julio de 2012 que establece en sus considerandos que el género o sexo de las personas no resulta normativamente un campo obligatorio en materia de identificación documentaria para la ley N.º 17.671, pero sí resulta un dato esencial en materia registral y que la ley N.º 26.413 dispone en su artículo 36, inciso a), que la inscripción del nacimiento deberá contener el nombre, apellido y sexo del recién nacido ⁽³³⁾.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el derecho a la identidad de género se concibe como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento” ⁽³⁴⁾. Por lo demás, en pronunciamientos de naturaleza contenciosa como son los casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012), *Duque vs. Colombia* (2016) y *Flor Freire vs. Ecuador* (2016), ha dejado claro que la orientación sexual y la identidad de género de las personas, son categorías protegidas por Convención.

El derecho a la identidad de género tiene hoy una mirada que escapa a la adecuación binaria del sexo ⁽³⁵⁾. Se sostiene que cada ser humano sólo debe ser idéntico a sí mismo. No habiendo un estereotipo contra el cual comparar un cuerpo transgénero, este se da si mismo sus propias reglas. Las personas transgénero son reconocidas en su identidad sexual

(33) El art. 5º de decreto establece: “El procedimiento registral contemplado en el artículo 4º del presente será reglamentado en el ámbito de sus competencias por las Direcciones Generales, Provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de los Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas, debiendo ajustarse a lo dispuesto en la ley N.º 26.413, la ley N.º 26.743 y en particular a lo establecido en el artículo 13 en cuanto dispone el pleno e integral respeto al derecho humano a la identidad de género de las personas, no pudiendo limitarse o restringirse vía reglamentaria el ejercicio de ese derecho y debiendo interpretarse y aplicarse todas las normativas a favor del acceso al mismo”.

(34) CIDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párr. 94.

(35) Un precedente judicial estableció que la identidad de género como “femineidad travesti” debe aprobarse y, por ello, ordenar al Registro Civil y Capacidad de las Personas que proceda a la rectificación registral; toda vez que, al establecer la ley 26.743 la identidad de género tal como cada persona la vive —absolutamente desligada de cualquier biología—, se están permitiendo otras identidades fuera del binario, es decir, no se limita el cambio registral del sexo de femenino a masculino o viceversa, sino que se admite la inscripción de un sexo distinto. (JNCiv, Nro.7, 01/03/2019, B., L. M. c. EN-M Interior OP y V. s/ información sumaria, LA LEY 2019-B, 217).

trans (hombres trans, mujeres trans, mujer travesti, varón travesti, *cross-dresser*, etc.) sin necesidad de amoldarse a las pautas binarias que eluden y niegan las particularidades y riquezas de la subjetividad trans ⁽³⁶⁾.

Se ha dicho que el derecho al reconocimiento de la diversidad en cualquiera de sus modalidades se aprecia, correlativamente, no solo como una obligación pasiva de no intromisión o respeto por parte del Estado, sino como una obligación positiva, es decir, un deber de favorecer, incentivar y fortalecer el efectivo ejercicio de sustanciales derechos de que gozan las personas. Según esa posición, es el Estado quien deba adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole, que resulten indispensables a los efectos de garantizar la plena satisfacción de los derechos e que gozan las personas trans, tanto desde el punto de vista normativo, como desde la perspectiva de su tutela jurisdiccional ⁽³⁷⁾. En ese sentido, se sancionó la ley 27.936 (24/6/2021) de Promoción del Acceso al Empleo Formal para Personas Travestis, Transexuales y Transgénero.

En la misma tendencia legislativa, el decreto 476/2021 (de fecha 20/07/2021) estableció una tercera opción documental en la categoría “sexo” a ser consignada en los Documentos Nacionales de Identidad y en los Pasaportes emitidos por la República Argentina, con el fin de contemplar el derecho a la identidad de género respecto de aquellas personas que no se reconocen dentro del sistema binario femenino/masculino. Esta elección requiere haber recurrido al régimen de identidad de género previsto en la ley 26.743 y haber obtenido la rectificación de su partida de nacimiento.

Se ha criticado la incorporación de la identificación del sexo como “X”, las cuestiones de salud, las políticas sanitarias, de salubridad, la planificación hospitalaria, las políticas carcelarias, la seguridad social y previsional, obras de infraestructura, cuestiones urbanísticas, y tantos otros aspectos de la gestión de gobierno y de la legislación general y especial —maternidad, filiación y tipos penales entre otras cuestiones—, y hasta las políticas demográficas, tienen que ver con el sexo, y es obligación de los legisladores y del Poder Ejecutivo estar informados sobre ello para poder gobernar adecuada y eficientemente ⁽³⁸⁾.

(36) SILVERINO BAVIO, cit.

(37) GRAFEUILLE, Carolina E., Una sentencia judicial dispone que en el campo reservado al sexo se consigne “femineidad travesti”, DFyP 2019 (septiembre), 215, Cita on line: AR/DOC/2184/2019.

(38) VITOLLO, Daniel, El sexo “X”. Una incógnita que genera más incógnitas, LA LEY 25/08/2021,1, cita online: AR/DOC/2349/2021. Aclara el autor que la decisión de

La adecuación de los registros conforme el sexo auto percibido debe limitarse a aquellos regulados por el Estado. En un reciente precedente, la Corte Suprema nacional ha indicado que la pretendida extensión de los efectos de una ley civil —en el caso, la de identidad de género— a un ámbito diverso como lo es el eclesiástico, luce incompatible con la libertad religiosa constitucionalmente garantizada. El principio de neutralidad del Estado en materia religiosa no solamente impide que el Estado adopte una determinada posición religiosa —o bien la de los no creyentes, que no sustentan ni niegan idea religiosa alguna— sino que también le impone tolerar el ejercicio público y privado de una religión ⁽³⁹⁾.

Es evidente que el respeto a la autonomía y a la libertad de las personas lleva a reconocer su derecho a vivir su sexualidad como les plazca y a exigir que los demás respeten esa elección de vida. El estado no debe imponer una moral determinada, debo procurar que todos los ciudadanos y extranjeros que habitan nuestro país realicen sus propias opciones de vida, entre ellas, la de vivir conforme el género auto percibido por cada uno. Sin embargo, cuestiones de seguridad jurídica, de adecuación de esa elección con las normas de fondo y de forma, llevan a la necesidad de poder identificar adecuadamente a cada individuo para reconocerle sus derechos y para resguardar los derechos de los demás, incluso del propio Estado. De esa forma, el derecho a la identidad de género debe compatibilizarse con la seguridad jurídica, todos podemos ser diversos, pero debemos ser identificados de forma clara para la realización de los diversos actos jurídicos que se celebran en el ámbito del derecho público y privado.

IX. IDENTIDAD CULTURAL

Bidart Campos ha destacado que derecho a la identidad exige que cada ser humano pueda escoger libremente —sin interferencia de terceros (Estado o particulares)— su plan o proyecto de vida autoreferente, es

identificar en los documentos que acreditan identidad y que son instrumentos necesarios para poder desenvolverse en la vida de relación y jurídica, utilizando el sexo “X”, traerá diversas consecuencias que deberían haber sido tomadas en cuenta por el Poder Ejecutivo al momento del dictado del decreto 476/2021, pues los ciento veinte (120) días dispuestos para que entre en vigencia la norma y para que todos los organismos que integran la Administración Pública Nacional procedan a las adecuaciones normativas, tecnológicas y de sistemas que resulten necesarias para su efectiva implementación.

(39) CS, 20/04/2023, Rueda, Alba c. Arzobispado de Salta s/ *habeas data*, LALEY, cita on line: AR/JUR/45013/2023.

decir, tiene derecho a la tolerancia de los demás, respetándose la opción de cada uno de ser reconocido como “el que es” en su singular realidad e identidad consigo mismo ⁽⁴⁰⁾.

El derecho a la identidad se refiere también a los modos de ser culturales de cada uno. Depende del dinamismo de la vida en su apariencia ante los otros. Se autocrea y puede modificarse si se cambian las vivencias personales, las ideas políticas, religiosas y estéticas, hasta las costumbres y hábitos ⁽⁴¹⁾.

En lo relativo al derecho a la identidad cultural se ponen de manifiesto dos grandes enfoques. Por una parte, la perspectiva tradicional o estándar, que es la “versión colectivista” del derecho, la cual lo ha reducido desde siempre a un derecho de los pueblos vulnerables y lo ha configurado en buena medida como un derecho colectivo estricto sensu. Se presenta, así como un derecho de carácter “específico” a favor de ciertos colectivos –que son sujetos activos de este derecho–, aquellos que como tales cumplen unos determinados requisitos: las minorías culturales. Su armazón se ha estructurado como un derecho de autodeterminación colectiva ⁽⁴²⁾.

En nuestra Constitución Nacional el art. 75, inciso 17 dispone que el Congreso Nacional debe “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantizar el respeto a su identidad”, mientras el inciso 19 obliga al legislador a “dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural”. De donde, este derecho no sólo queda encuadrado entre los implícitos del art. 33, sino que hay declaración expresa de su existencia y la necesidad de su protección ⁽⁴³⁾.

El enfoque individual ha sido definido como el derecho a la libre elección de las afinidades culturales en sentido general, a la realización plena del individuo en cada una de sus facetas que integran el patrimonio cultural, o sea, la política, la religión, los valores, las pretensiones intelectuales, sus predilecciones artísticas o sus aspiraciones profesionales, entre tantos otros aspectos que podrían relacionarse. El otro en-

(40) BIDART CAMPOS, Germán José, Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino, Tomo I. p. 380, Ediar, Buenos Aires, 1995.

(41) CIFUENTES, Santos, Derechos Personalísimos, cit., p. 707.

(42) DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, El derecho a la identidad cultural. ¿Derecho de la persona o derecho de los pueblos?, p. 113, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, Pamplona, España.

(43) CIFUENTES, Derechos Personalísimos, cit., p. 706.

foque, el colectivo, implica el derecho de toda persona a ser identificado como perteneciente a un grupo, a una comunidad determinada, que va desde el entorno familiar y cotidiano en el que nace y se desarrolla, hasta la nación a la pertenece ⁽⁴⁴⁾.

La perspectiva actual y novedosa de la identidad cultural es la “versión individualista” del derecho, que lo extiende a todas las personas y lo traduce en una libertad individual (la libertad cultural) que forma parte del contenido de la libertad personal. Este derecho aparece relacionado directamente con la diversidad cultural de la sociedad civil contemporánea, con la noción de “ciudadanía diferenciada” que ha sido propuesta con el fin de articular una “sociedad multicultural” o de “ciudadanía inclusiva”.

El derecho a la identidad cultural se funda en la dignidad personal, es del derecho a poder elegir libremente los bienes culturales que estime oportunos, esto es, aquellos modos de vida, creencias, valores y contextos culturales por los que opta para su desarrollo moral-vital; y esto aun cuando sean bienes sociales minoritarios y pese a las restricciones que pueda imponer el contexto de cultura dominante de la mayoría, o a los obstáculos propios personales, familiares o colectivos a los que tenga que sobreponerse el individuo para poder elegir y actuar con libertad o independencia moral en este campo ⁽⁴⁵⁾.

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse a favor de la identidad cultural en un reciente fallo, en donde se sostuvo que hay eventos históricos y culturales, que hacen a la identidad y tradición local, y tienden a afirmar la pertenencia comunitaria ⁽⁴⁶⁾. Comentando ese fallo se ha sostenido que ese patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad, contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana ⁽⁴⁷⁾.

(44) VALDEZ DIAZ, Caridad del Carmen, Acerca del Derecho a la Identidad y la migración internacional, en *Liber Amicorum*, homenaje al Luis F.P. LEIVA FERNANDEZ, Coordinador Leonardo B. PEREZ GALLARDO, p. 157, La Ley, Buenos Aires, 2020.

(45) DEL REAL ALCALÁ, cit., p. 60.

(46) CSJN, 23/08/22, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c. Dirección General de Escuelas s/acción de amparo, LL cita on line AR/JUR/109735/2022.

(47) CAFFERATTA, Néstor A., Patrimonio cultural e identidad colectiva, LEY 19/10/2022, p. 1, cita on line AR/DOC/3054/2022.

X. IDENTIDAD DIGITAL

En las redes sociales, en las páginas o sitios web las personas construyen “perfiles”, se presentan a los demás, la “sociabilidad” dentro de ese ámbito es hoy más intensa que la generada en las relaciones presenciales, hay personas que sólo se conocen por Twitter, Facebook, Instagram u otras “comunidades digitales”.

En internet, mediante cookies se almacena y recupera información sobre peticiones del usuario que posibilitan establecer datos que le conciernen (preferencias, productos que más le interesan) para su posterior comercialización (convirtiéndose en instrumentos de marketing de las empresas). Las técnicas de *big data*, *data mining*, *machine learning* y *deep learning*, entre otras, receiptan una cantidad inmensa de datos, que se relacionan y procesan y posibilitan la categorización de perfiles de conducta, preferencias, hábitos y otras aristas personalistas, que no se querrían divulgar (de conocerlas) y que exponen a peligros o riesgos difíciles de valorar ⁽⁴⁸⁾.

Así, junto con nuestra identidad real, todos vamos construyendo una identidad digital, que es la expresión de todos aquellos rasgos con los que una persona se individualiza frente a los demás en un contexto digital/electrónico, tanto en lo que se es en realidad y en lo que se quiere o pretende ser ⁽⁴⁹⁾.

Muchas veces, esos perfiles digitales se van generando de manera espontánea por la actividad que cada uno desarrolla en las redes sociales, por ello cuando consultamos por un producto en internet (o a veces simplemente en un comercio), es posible que, al poco tiempo, la pantalla de nuestra computadora, la de nuestro celular o las páginas de las redes sociales que usamos, se llenen de avisos de algo que se supone que es de nuestro gusto y a su turno, nos *identifica*.

Puede acontecer que la identidad digital de una persona en la red resulte asociada a textos, mensajes o imágenes que reproducen contenidos con los cuales —a los fines publicitarios— se induce a los visitantes del sitio a representarse una falsa realidad de los gustos, de las opiniones o de los convencimientos de aquella persona. Ante tal situación, es evi-

(48) TOBÍAS, José W., Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías, Anales de la Academia Nacional de Derecho-Instituto de Derecho Civil, Las Nuevas Tecnologías y el Derecho, TR LALEY AR/DOC/3474/2020.

(49) VANINETTI, Hugo A., “Identidad, reputación y muerte digital”, DFyP 2016 (octubre), 237, TR LALEY AR/DOC/2843/2016.

dente que se lesiona la identidad digital de la persona, quien, si ignora —y no consiente—, sufre la violación no solo de su identidad personal sino también de su intimidad. En esas condiciones, dado que el derecho a la identidad se diferencia del derecho a la intimidad y del derecho a la protección de los datos personales, debe contar con una tutela autónoma para enfrentar dicho tipo de lesiones ⁽⁵⁰⁾.

Si bien la recolección de datos y su intercambio en la red global es un fenómeno inevitable, todos tenemos derecho, en el mundo real y *en el virtual*, a “ser quienes somos”, algo que se presenta como tan sencillo y al mismo tiempo tan importante. Ello nos ha llevado a proclamar y proponer la independencia conceptual de la identidad digital como un derecho personalísimo autónomo, entiendo una vez más, que el elenco de los derechos personalísimos no es un claustro cerrado sino precisamente un ámbito abierto a las nuevas realidades y al impacto de las nuevas tecnologías ⁽⁵¹⁾.

XI. LA VIOLACIÓN A LA IDENTIDAD

El desarrollo y la sistematización de los derechos personalísimos —con el correlato de su constitucionalización e internalización— requieren ser complementados con mecanismos de tutela eficaces y expeditivos. Se afecta el derecho a la identidad cuando hay un desconocimiento de acciones o convicciones que le son propias a la persona, o se la atribuyen acciones o convicciones que no le pertenecen o se omiten rasgos de su persona que por su transcendencia definen su personalidad o cuando se la presenta con cualidades que no son propias de ellas, distorsionándolas ⁽⁵²⁾.

La violación de la “identidad personal”, se da cuando se “desfigura”, se deforma la imagen que uno tiene frente a los demás. En Estados Uni-

(50) PASQUINO, Teresa, Identidad digital de la persona, derecho a la imagen y reputación, TR LALEY AR/DOC/3405/2021.

(51) Esta ha sido nuestra propuesta en la XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mendoza 22 al 24 de septiembre de 2022) destacando que la verdadera identidad de las personas no puede ser distorsionada en las redes sociales por una falsa asociación de sus gustos o preferencias. Dijimos en esa ponencia que, aunque la “identidad virtual” elaborada en base a nuestros comportamientos en internet sea un dato de la realidad, como juristas no debemos resignarnos a sacrificar nuestra dignidad como seres humanos. Las nuevas tecnologías deben servir para mejorar nuestras vidas no para avasallarlas.

(52) TOBIAS, José W., Tratado de Derecho Civil-Parte General, Tomo II, cit. p. 353.

dos se dice, en una traducción aproximada, que se arroja una falsa luz en la mirada del público (*False light in the public eye*). Esto ocurre cuando: a) se presenta al ser humano con atributos que no son propios de su personalidad, distorsionándolos; b) se omiten rasgos que por su trascendencia son importantes, para definir la personalidad de la víctima; c) hay una atribución de paternidad de acciones que no le son propias, d) hay un desconocimiento de acciones propias ⁽⁵³⁾.

El artículo 52 Cód. Civ. y Com. consagra la facultad que tiene cualquier persona que ve menoscabada su dignidad personal a “reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos” a cuyo fin remite a las normas sobre responsabilidad civil del mismo cuerpo normativo. La representación distorsionada y equívoca del patrimonio intelectual y personal del interesado puede generar un daño resarcible aun cuando los contenidos, por sí mismos, no fueran tales como para configurar una lesión a otros derechos personalísimos

Por ello, la lesión a la identidad en cualquiera de sus formas debe ser evitada y eventualmente reparada, con independencia de posibles lesiones a otros derechos personalísimos como la intimidad, la imagen o el honor. Las personas tienen derecho a que sus gustos y preferencias no sean confundidos o distorsionados, aun cuando esa actividad no implique una intromisión, una divulgación o una difamación.

La tutela por excelencia, tratándose de cualquier derecho de la persona y por ende de la identidad personal, es la que reviste el carácter preventivo. La finalidad que debe alcanzarse es prevenir y hacer cesar el agravio y en su caso, otorgar a la víctima del acto lesivo todas las satisfacciones posibles ⁽⁵⁴⁾.

Se ha destacado que el Código Civil y Comercial brinda supuestos especiales de prevención y entre ellos, en el ámbito de la identidad biológica, se prevé que, aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer, acción que puede ser ejercida, además por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo (art. 592) ⁽⁵⁵⁾.

(53) LORENZETTI, Ricardo L., *Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema*, cit.

(54) FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, p. 277, Astrea, cit.

(55) SAGARNA, Fernando A., *La función preventiva de la responsabilidad civil*, 2da. edición, actualizada y ampliada, p. 144, La Ley, Bs. As., 2022.

XII. REFLEXIONES FINALES

La dignidad se presenta como una cualidad inherente o intrínseca al hombre, cuyo reconocimiento exige la igualdad de todos ellos mediante igual reconocimiento de los derechos fundamentales inalienables. La *dignitas* 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⁽⁵⁶⁾.

El derecho a la identidad surge del respeto a la dignidad de la persona humana tal como hoy lo prescribe el artículo 52 del Código Civil y Comercial de la Nación. Como se ha destacado, la referencia a la dignidad expresa la centralidad de la persona, esa inviolabilidad y sacralidad que exige de parte de todos un respeto y una reverencia y que ha de traducirse en normas de derecho positivo que la resguarden, garanticen y promuevan⁽⁵⁷⁾.

La identidad no es solo un elemento más de los que conforman la esencia del ser humano, sino que representa la individualidad de cada uno y la posibilidad de desarrollarnos como personas y como parte de un grupo social, de desplegar nuestra personalidad, así como de gozar y ejercer los derechos y las libertades que el orden nos reconoce y otorga⁽⁵⁸⁾.

Reconocer la identidad como un derecho personalísimo, en todas sus posibles facetas, es la mejor forma de respetar la dignidad e individualidad de la persona humana. Todos con nuestras virtudes y defectos, con nuestros méritos y carencias, somos seres únicos, irrepetibles y diferentes de cualquier otro individuo, con esa advertencia del maestro que motiva este humilde homenaje comenzamos y terminamos este trabajo. El verdadero progreso de la humanidad estará en preservar la identidad del ser humano, allí debe estar la mirada vigilante del jurista.

(56) TOBIAS, Jose W., La dignitas: principio y valor constitucional, en Estudios de los derechos personalísimos, Obra en homenaje a Santos Cifuentes, p. 79, Academias Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Bs. As., 2019.

(57) LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, Bioética y derechos humanos: convergencias y divergencias, p. 46 en Los nuevos horizontes del derecho de las personas y la familia, Liber Amicorum Graciela Medina, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019.

(58) VALDEZ DIAZ, Cit. p. 165.

LA PERSONA HUMANA Y SU DERECHO A LA IDENTIDAD FILIATORIA

POR JORGE A. M. MAZZINGHI (*)

Me complace de verdad poder sumarme al homenaje a uno de los grandes maestros del Derecho Civil, como lo fue Guillermo A. Borda. Lo conocí personalmente a través de la relación de amistad que tenía con mi padre. Cuando yo empezaba a dar mis primeros pasos en el mundo del derecho, él me alentó y me aconsejó con dedicada atención y particular cariño. En varias ocasiones, le hacía llegar mis trabajos de doctrina, y él tenía la paciencia de leerlos, de tomarlos en cuenta, y de impulsarme a seguir escribiendo. Ahora que han pasado tantos años, lo sigo recordando con su invariable entusiasmo y su compromiso con las mejores causas.

El derecho privado existe y se ordena en torno a la persona humana.

Los derechos subjetivos y las obligaciones que conforman el entramado del sistema jurídico tienen su asiento y su razón de ser en relación con la persona humana.

Sin persona humana, no hay derecho ni orden jurídico. ⁽¹⁾

(*) Miembro de la Sección de Derecho de Familia y Bioderecho del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Al respecto, es interesante resaltar que el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de diciembre de 1948, establece: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". Algunos años después, en 1966, se celebraron los Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, en cuyos preámbulos se invoca "el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana". En estos trascendentes documentos se pone de relieve que la dignidad de la persona humana es un valor esencial, inherente a ella, que le compete por el hecho de ser persona humana, y que no depende del reconocimiento expreso de los Estados ni de las otras personas.

Por eso es que el Código Civil y Comercial que nos rige desde el mes de agosto de 2015, después del título preliminar en el que define algunos tópicos vinculados con la ley y el ejercicio de los derechos, trata lo concerniente a la persona humana ⁽²⁾.

Es que la persona es el núcleo y la finalidad última del derecho.

El ordenamiento jurídico también confiere a las personas jurídicas aptitud “para adquirir derechos y contraer obligaciones” en función de su objeto específico, pero la persona humana es por sí misma ⁽³⁾, sin requerir formalidad ni autorización alguna, el centro natural y propio del juego y aplicación de todos los derechos.

Después de proclamar en el artículo 19 que la persona humana comienza a existir con la concepción, el Código Civil y Comercial dedica el capítulo 3 del Título Primero a enunciar y regular los derechos y los actos personalísimos de la persona humana.

Este capítulo, —de importancia crucial—, establece que la persona humana tiene una dignidad que es inviolable, y que, en función de esta dignidad primordial, tiene derecho a pretender que se prevenga o se resarza cualquier afectación de su intimidad, de su honra, de su imagen y de su identidad. ⁽⁴⁾

A lo largo de este trabajo, me ocuparé del derecho de la persona humana a su identidad, y, en particular, de todo lo que guarde relación con la identidad filiatoria.

I. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE ORIGEN O FILIATORIA

El Diccionario de la Real Academia española no nos ayuda mucho en cuanto al contenido del término identidad.

(2) El Código Civil, en cambio, comenzaba regulando las personas jurídicas, y después, en su título segundo, trataba de las personas de existencia visible.

(3) Sobre el tema, enseña Borda, citando a Unamuno: “En otras palabras, la persona no es un producto del Derecho, no nace por obra y gracia del Estado; es el hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere —sobre todo muere— el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere” (BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, La Ley, 2008, tomo I, N.º 223, p. 244, en donde cita a Miguel de Unamuno).

(4) Así lo dispone el artículo 52 del Código Civil y Comercial: “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”.

Comienza indicando que “identidad” proviene del latín y tiene su raíz en “idem” que significa “el mismo” o “lo mismo”. Al indicar el significado del vocablo “idéntico”, refiere que se dice “de lo que en substancia y accidentes es lo mismo que otra cosa con la que se compara”.

En la segunda acepción del término “identidad”, el Diccionario remite a “cédula de identidad”, que supone la permanencia e invariabilidad de la identidad a lo largo del tiempo.

Estas notas que hacen pensar en una esencia inmutable de la persona humana desde su concepción hasta la muerte nos llevan a la idea del hombre como una suerte de realidad intransferible, que se mantiene único e idéntico a sí mismo durante toda su vida.

La identidad del hombre, o el derecho personalísimo a la identidad de la persona humana, evocan el comienzo de la existencia, el origen, y nos conducen de un modo natural al tópico de la filiación.

Por eso es que, al ocuparme del derecho a la identidad, considero que tiene mucho interés ahondar en todo lo que tiene que ver con la identidad filiatoria, el derecho de las personas a conocer e indagar, en su caso, sobre los antecedentes y circunstancias que rodearon la conformación del vínculo filiatorio. ⁽⁵⁾

Es que la identidad tiene una dimensión histórica que nos sitúa en el comienzo de la existencia, y que nos pone delante a la persona de quienes nos transmitieron la vida misma.

II. LA IDENTIDAD EN LA CONSTITUCIÓN, LOS TRATADOS Y CONVENCIONES

La referencia del artículo 52 del Código Civil y Comercial a la identidad de la persona humana tiene su fuente en preceptos de jerarquía constitucional.

(5) Sobre el punto, tiene mucho interés el desarrollo que hace Tobías. Después de ocuparse del derecho a la identidad en su faz dinámica —que las creencias, convicciones e ideas de las personas no sean desfiguradas o deformadas—, aborda también la dimensión estática del concepto: “Un sector importante de la doctrina argentina “extiende” el concepto de identidad personal a una faceta estática de la persona, como lo es la identidad biológica o filiatoria. El derecho a conocer la identidad biológica e, incluso, el de las acciones para establecer vínculos filiatorios se consideran parte de un aspecto de la identidad personal —la faz estática— que se agregaría a la faz dinámica de la que se ha dado cuenta” (TOBIAS, José W., “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, La Ley, 2018, tomo II, p. 354).

El artículo 14 de la Constitución Nacional, en cuanto garantiza la protección integral de la familia, comprende el respeto por la identidad e integridad de los vínculos filiatorios. El artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, al definir las atribuciones del Congreso, lo faculta a “promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato... en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, proclama en su artículo 5-1 la necesidad de resguardar la integridad física, psíquica y moral de las relaciones familiares. El artículo 11-1 del mismo Pacto obliga al respeto de la honra y al reconocimiento de la dignidad de las personas. El artículo 17-5 establece que tendrán que tener iguales derechos los hijos matrimoniales y los nacidos fuera del marco del matrimonio.

La Convención de los Derechos del Niño se refiere específicamente al tema que nos ocupa en el artículo 8: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas”. Y, reafirmando la idea, agrega en el apartado 2 del mismo artículo 8º: “Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

El artículo 7-1 de la misma Convención de los Derechos del Niño consagra el derecho de los niños a ser inscriptos inmediatamente después de su nacimiento y el de conocer a sus padres.

Estas normas de una jerarquía superior a la de las leyes destacan la importancia primordial de la identidad de las personas y subrayan la necesidad de que los vínculos filiatorios se reconozcan y estructuren en torno a la identidad esencial e inmutable que resulta del origen de la persona humana.

En consonancia con estos principios, el artículo 11 de la ley 26.061, promulgada en el año 2005, —diez años antes de que entrara en vigencia el actual Código Civil y Comercial—, establece:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quienes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e

idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres.

La norma destaca en el plano del derecho interno la importancia del principio de la identidad.

Sobre el punto, es interesante recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un controvertido caso sobre adopción de una niña, hizo referencia al principio de la identidad filiatoria en los siguientes términos: “Debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación”.⁽⁶⁾

III. LAS FUENTES DE LA FILIACIÓN Y SUS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

La filiación está tratada en el título V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial.

En su desarrollo, el artículo 558 comienza por establecer de un modo concluyente: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”.

La ley es clara al establecer tres fuentes distintas de las que puede resultar la filiación, las que tienen, a tenor del párrafo segundo del mismo artículo 558, las mismas consecuencias: “La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

Los principios que rigen la filiación excluyen de un modo categórico la pluriparentalidad, pues el tercer párrafo del artículo 558 del Código

(6) Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “S.C. s/ adopción”, Fallos 328-2870, y el comentario de María Angélica Gelli que también hace referencia a la identidad filiatoria, en su obra “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada”, Editorial La Ley, 5ª edición, año 2018, tomo II, p. 294.

Civil y Comercial establece: “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

De conformidad con este precepto fundamental, nuestro ordenamiento jurídico no deja margen ni admite la posibilidad de que una persona pueda tener más de dos vínculos filiales, descartando la hipótesis de la pluriparentalidad basada en la aceptación de la relación socioafectiva como fuente de la filiación.⁽⁷⁾

Los principios filiatorios determinan con toda claridad que la maternidad deriva del hecho del nacimiento, y que es madre la mujer que ha dado a luz al recién nacido. Por ello, nuestro ordenamiento jurídico no deja margen para la maternidad subrogada.⁽⁸⁾

En los tres capítulos siguientes analizaré la cuestión de la identidad filiatoria en los distintos tipos de filiación.

IV. EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA FILIACIÓN POR NATURALEZA

La filiación por naturaleza es la que resulta de la unión entre un hombre y una mujer.

En el supuesto de la filiación extramatrimonial, la maternidad “se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido” –como dice el artículo 565 del Código Civil y Comercial–, y la paternidad se de-

(7) La afectividad no puede ser sustento suficiente de la parentalidad. De acuerdo con el Diccionario, afectividad es el “desarrollo de la propensión a querer”. Propensión es la “inclinación de una persona o cosa a lo que es de su gusto o naturaleza”. La propensión o inclinación es esencialmente mudable, versátil. Versátil, en la segunda acepción del Diccionario, significa de “genio o carácter voluble e inconstante”. La parentalidad y el consiguiente parentesco son estructuras estables que no pueden nacer y depender de inclinaciones afectivas frágiles o mudables. Ver al respecto, MAZZINGHI, Jorge A. M., “Las fuentes y los principios de la filiación en el sistema del Código Civil y Comercial”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Estudios de Derecho Civil, año 2022.

(8) Sobre el punto, es importante e ilustrativa la Declaración de Casablanca suscripta el 3 de marzo de 2023 por cien expertos de setenta y cinco nacionalidades. En esa Declaración, se postula la abolición mundial de la maternidad subrogada. Ver al respecto la colaboración de Jorge Nicolás Laferriere en *El Derecho* del 12 de mayo de 2023.

termina por el reconocimiento expreso, o por la convivencia durante la época de la concepción ⁽⁹⁾.

En la hipótesis del matrimonio, la maternidad resulta igualmente de la prueba del nacimiento, y el vínculo con el otro progenitor es la consecuencia del juego de las presunciones legales. De acuerdo con ellas, y a tenor de lo prescrito por el artículo 566 del Código Civil y Comercial, “se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte”.

En el campo de la filiación por naturaleza, la posibilidad de indagar y cuestionar los vínculos está admitida con amplitud.

La ley tiene especial consideración por la identidad del nacido, y acepta que él mismo o que los terceros interesados demuestren que la filiación no es la declarada o la que resulta de las presunciones legales.

Las acciones que preservan la identidad filiatoria son las siguientes:

a. *Impugnación de la maternidad.*

La maternidad de la mujer que ha dado a luz puede cuestionarse demostrando que ella no es la madre, porque medió una sustitución, o un defecto en la inscripción, o cualquier otra circunstancia que conduzca a acreditar que la mujer reputada como madre no lo es en verdad ⁽¹⁰⁾.

Se trata de una cuestión de hecho y la ley le reconoce la acción de impugnación al hijo, a la madre misma, al cónyuge, y a todo tercero que invoque un interés legítimo.

La razón por la cual se admite, con amplitud, la legitimación activa para impugnar la maternidad es que la sustitución del nacido o las adulteraciones en la inscripción tienen siempre como antecedente un acto ilícito o un fraude registral.

El hijo puede impugnar la maternidad en cualquier tiempo, pero los otros legitimados deben hacerlo, en principio, dentro del año de la inscripción del nacimiento. Sin embargo, si los terceros demuestran que

(9) Es lo que establece el artículo 585 del Código Civil y Comercial.

(10) Así lo dispone el artículo 588 del Código Civil y Comercial: “En los supuestos de determinación de la maternidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565, el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo”.

conocieron los defectos después del primer año contado desde la inscripción, pueden accionar dentro del año siguiente al conocimiento de las circunstancias, lo que flexibiliza considerablemente el juego de la caducidad.

b. *Impugnación de la paternidad extramatrimonial.*

La filiación resultante del reconocimiento también puede cuestionarse con amplitud.

Si el hijo no tiene, en verdad, un vínculo biológico con el autor del reconocimiento puede impugnar la filiación y resguardar su identidad filiatoria.

La prueba para acreditar la falsedad del reconocimiento será, por lo general, la prueba genética.

La acción no sólo le corresponde al reconocido. También pueden impugnar la filiación los terceros y hasta el propio autor del reconocimiento.

En este último caso, como el reconocimiento es irrevocable ⁽¹¹⁾, el accionante tendrá que demostrar que obró bajo los efectos de un engaño o de un error excusable.

c. *Impugnación de las presunciones legales.*

Las presunciones que conducen a establecer la filiación matrimonial no son absolutas y admiten prueba en contrario.

Por lo pronto, la ley dice que él o la cónyuge de la mujer que dio a luz puede negar el vínculo filial con quien nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, lo que se denomina acción negatoria, o acción de negación, como la rotula el artículo 591 del Código Civil y Comercial.

Pero, además, el o la cónyuge pueden impugnar el vínculo con el hijo matrimonial demostrando “no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño”, como dice textualmente el artículo 589 del Código Civil y Comercial.

La fórmula transcrita es equívoca y confunde.

(11) Así lo establece el artículo 573 del Código Civil y Comercial.

En primer lugar, es obvio que, si la cónyuge de la mujer que dio a luz es otra mujer, no podría nunca ser el progenitor. En este caso, el mantenimiento de la filiación matrimonial en el ámbito de la filiación por naturaleza sería una ficción.

En segundo lugar, no se entiende a qué se refiere la norma transcrita cuando dice que la filiación presumida no debe mantenerse razonablemente en el interés del niño.

Tratándose de la filiación por naturaleza, el interés del niño no puede ser otro que el de ser hijo de quienes tienen con él un vínculo biológico y cierto, con lo cual hubiera bastado con la referencia del artículo 589 a las pruebas objetivas ⁽¹²⁾.

En orden al tema que nos ocupa, el interés del niño está estrechamente ligado a la preservación de su identidad filiatoria que, como se ha visto, tiene fundamento en los preceptos de rango constitucional.

La filiación matrimonial no sólo puede ser impugnada por el cónyuge, sino también por el hijo, por la madre, y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

Salvo el caso del hijo, —que puede accionar en cualquier tiempo—, los demás deben hacerlo durante el primer año que sigue a la inscripción del nacimiento, o dentro de un año de haber sabido que el hijo no lo era de quien se presumía su padre.

Esta última estipulación hace que se extienda considerablemente el plazo de caducidad de la acción de impugnación, pues el cónyuge o los terceros pueden aducir y probar que desconocían las circunstancias que imposibilitaban el juego de las presunciones legales.

En relación a este punto, es importante tener en cuenta que, si los legitimados fallecieran antes de que se produjera la caducidad de la acción, sus herederos pueden accionar antes del vencimiento del plazo ⁽¹³⁾.

(12) Los defectos y oscuridades de la norma han sido puesto de relieve por la doctrina: “En primer lugar, en ninguno de los casos de matrimonio entre personas del mismo sexo el otro progenitor tendrá una progenitura biológica. Pero lo verdaderamente novedoso en este caso, es que, para impugnar la paternidad, el cónyuge podría invocar que mantener la filiación se opone al interés del hijo. Es decir, que el progenitor que quiere desentenderse de una filiación podría invocar que es en interés del hijo que él no sea tenido como padre”. (BASSET, Ursula C. en Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético, dirigido por Jorge H. Alterini, La Ley, 2019, tomo III, p. 725).

(13) Así se deduce del último párrafo del artículo 590 del Código Civil y Comercial: “En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad estableci-

d. *La identidad filiatoria en la filiación por naturaleza.*

El análisis de las situaciones tratadas muestra que, en el ámbito de la filiación por naturaleza, la ley tiene un interés marcado por preservar el derecho a la identidad filiatoria ⁽¹⁴⁾.

Así se deduce, con claridad, del conjunto de las acciones para reclamar e impugnar la filiación.

Todas ellas están dirigidas a hacer resplandecer la veracidad de los vínculos biológicos en los que se asienta o de los que deriva la filiación.

La preocupación por la identidad filiatoria también resulta de la amplia aceptación de las pruebas genéticas, que pueden ser decretadas de oficio ⁽¹⁵⁾, y sobre los parientes de los pretendidos progenitores.

En los supuestos en los que sólo está determinada la maternidad, la norma del artículo 583 del Código Civil y Comercial dispone que debe instarse a la madre “a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero”.

do en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado”. La norma permite suponer que, si la acción no había nacido para los legitimados, sus herederos no pueden ponerla en marcha aduciendo que los titulares no habían conocido, en vida, las causas que habrían hecho cesar las presunciones legales.

(14) La doctrina establece una relación directa entre la importancia de las pruebas genéticas y el derecho a la identidad: “Como bien se ha señalado y reiterado en varias oportunidades, el derecho a la identidad como derecho humano y el gran desarrollo que ha tenido en el Derecho argentino ha sido uno de los fundamentos más fuertes para revalorizar ciertas consideraciones en el campo filial como lo es la prueba genética. Sucede que la relevancia de la identidad —la que está integrada por varios elementos, entre ellos la verdad biológica como parte de la identidad en su faz estática— y el aludido desarrollo de la ciencia han tenido una influencia directa para que la prueba genética tenga un lugar con mayor presencia en el texto civil de fondo que su par anterior” (KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida, HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora; “Tratado de Derecho de Familia”, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, año 2014, tomo II, p. 737/8).

(15) Es lo que dispone el artículo 579 del Código Civil y Comercial. Al comentar esta norma, señala la doctrina: “El texto del art. 579, primer párrafo, indica —al igual que el art. 253 del Código Civil derogado—, que las pruebas pueden resultar del pedido de la parte o de la disposición del juez. La preferencia de los principios de oficialidad e inquisitivo por sobre los principios dispositivo y el de aportación de parte se funda en el interés público en la veracidad filiatoria” (BASSET, Ursula C. en “Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético”, dirigido por Jorge H. Alterini, La Ley, año 2019, tomo III, p. 687).

El interés por la averiguación de la verdad no puede ser más claro.

La fuerza y la amplitud de las acciones filiatorias se advierte también en lo referente a los plazos de caducidad. Porque, después de establecer que los reclamos del hijo no están sujetos a ningún plazo, la ley admite que los terceros puedan accionar dentro del primer año de haber conocido los hechos contrarios a las presunciones legales, o los defectos del reconocimiento.

Esta fórmula flexible favorece el resguardo y la protección de la identidad filiatoria.

V. EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

En la filiación resultante de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, la cuestión de la identidad filiatoria tiene un tratamiento absolutamente distinto.

En las filiaciones que reconocen esta fuente, el interés del nacido está subordinado y sometido a los propósitos y deseos de los titulares de la voluntad procreacional.

En las filiaciones de este tipo, los nacidos son hijos de “quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos”, como textualmente expresa el artículo 562 del Código Civil y Comercial.

Como puede verse, lo único relevante es el interés de los que ponen en marcha el proceso que culmina con el nacimiento de una creatura, con independencia de quienes hayan aportado los gametos. ⁽¹⁶⁾

(16) Así lo pone de relieve Sambrizzi: “Contrariamente a la anterior normativa, en los supuestos del nacimiento de una persona por uno de los procedimientos de procreación asistida, el art. 562 deja de lado la aportación genética o biológica para la determinación ya sea de la paternidad o de la comaternidad, apartándose de tal manera de la relación genética como determinante de la filiación, ya que lo único que importa al respecto es el consentimiento previo para ser padre o madre. Por lo que, en los supuestos de procreación asistida, cualquier persona, haya o no aportado los gametos, queda emplazada en el estado de padre del nacido o madre, —aparte de la gestante— con solo prestar en forma previa consentimiento a tal efecto, lo que puede llevar a una clara afectación del derecho a la identidad del hijo” (SAMBRIZZI, Eduardo A., “Tratado de Derecho de Familia”, La Ley, año 2021, tomo III, p. 4/5).

En el campo de las técnicas de reproducción humana asistida, el derecho personalísimo a la identidad y la dignidad de la persona humana quedan relegados a un segundo plano.

Y ello se pone de manifiesto en las siguientes situaciones:

a. *La exclusión absoluta de las acciones de filiación.*

La norma del artículo 577 del Código Civil y Comercial niega la posibilidad de acudir a las acciones de filiación cuando ésta deriva de las técnicas de reproducción asistida.

La exclusión es rotunda: “No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de la acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste”.

El empeño por “blindar” el funcionamiento de estas técnicas es tan grande que la ley prefiere cerrar cualquier camino para la indagación de la verdad y de la identidad filiatoria.

La prohibición del reconocimiento, y de las acciones de reclamación e impugnación de la filiación, es absoluta, y aparece reiterada en los artículos 582 —sobre reclamo de la filiación—, 588 —sobre impugnación de la maternidad—, 589 —sobre impugnación de la filiación matrimonial—, 592, y 593 —sobre impugnación del reconocimiento—, todos del Código Civil y Comercial.

b. *La afectación de la dignidad del embrión.*

De acuerdo con lo que establece el artículo 51 del Código Civil y Comercial, —citado al comienzo del trabajo—, la persona humana es inviolable y tiene derecho a que se reconozca y respete su dignidad.

En lo referente a las técnicas de reproducción humana asistida, hay disposiciones que conculcan groseramente la dignidad del embrión, germen de la persona humana.

La primera de ellas es el artículo 560 del Código Civil y Comercial, que dispone que los titulares de la voluntad procreacional deben renovar su consentimiento con las técnicas “cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”.

La equiparación es inadmisibles porque la referencia a los gametos remite a una etapa anterior a la concepción, y, en cambio, la alusión a los embriones nos sitúa en una instancia posterior, en la que se produjo la concepción y ya existe una persona humana, con toda su potencialidad.

En este sentido, puede entenderse que la ley requiera una renovación expresa del consentimiento con la utilización de las técnicas en el período previo a la concepción, pero es inaceptable, y contradictorio con el principio establecido en la Constitución Nacional, en los Tratados, y en el artículo 19 del Código Civil y Comercial, conforme al cual la vida comienza con la concepción ⁽¹⁷⁾.

A la luz de este reconocimiento primordial, es aberrante que la vida y la dignidad del embrión se subordine al mantenimiento o reiteración del consentimiento expresado por los comitentes al inicio del proceso.

Otra norma que viola la dignidad de la persona humana es el artículo 561 del Código Civil y Comercial que establece que los titulares de la voluntad procreacional pueden echarse atrás y revocar su disposición inicial “mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

La alternativa carece de toda lógica, pues lo que importa es si la persona ya tiene existencia, —y ello ocurre con la concepción—, independientemente de que ésta se produzca en el seno de la mujer o fuera de él ⁽¹⁸⁾.

Si hay concepción hay persona, y, en consecuencia, es absurdo que los impulsores de las técnicas de reproducción puedan revocar un consentimiento que ya se ha completado con la fecundación y la conformación del embrión, aunque todavía no se haya implantado.

En torno a esta norma, se han presentado algunas situaciones en las que los iniciadores del proceso procreativo adoptan después posiciones distintas.

(17) En Italia, la solución es más razonable, pues el artículo 6.3 de la ley 40/2004 de Procreación Medicamente asistida establece que la revocación de la voluntad sólo puede ocurrir hasta el momento de la fecundación del óvulo.

(18) La posibilidad de revocar el consentimiento antes de la implantación del embrión se explica en el contexto del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, en el que se establecía que la existencia de la persona humana comenzaba con la concepción en el seno materno o con la implantación del embrión.

La disyuntiva no pasó al texto del artículo 19 del Código Civil y Comercial sancionado y vigente, por lo que no tiene sentido alguno mantener la posibilidad de la revocación hasta la implantación del embrión.

Son casos en los que la madre aspira a seguir adelante, implantándose el embrión, y el otro comitente, —invocando distintas razones—, se opone, manifestando que ha perdido interés y que revoca su disposición inicial ⁽¹⁹⁾.

Esta revocación de la voluntad procreacional posterior a la fecundación es moral y jurídicamente inadmisibles, pues el progenitor que se echa atrás es el mismo que había prestado su consentimiento para poner en marcha las técnicas de reproducción que ya habían culminado exitosamente con la fecundación.

c. La identidad del donante.

En relación al tema de la identidad filiatoria que nos ocupa, es interesante reparar en la norma del artículo 564 inciso b) del Código Civil y Comercial, en la que se prevé la posibilidad de que la persona nacida por técnicas de reproducción humana asistida solicite conocer la identidad de los donantes del material genético.

A primera vista, parecería que esta posibilidad, —sujeta a evaluación judicial—, ⁽²⁰⁾ podría conducir a afirmar el principio de la identidad filiatoria.

(19) En un fallo dictado en el marco del anterior Código Civil se desestimó la negativa del marido: “Debe autorizarse a una mujer a implantarse los embriones que se encuentran crioconservados en un instituto especializado, pues la negativa de su marido, de quien se encuentra separada de hecho, no puede ser considerada, en tanto éste se sometió en forma voluntaria a las implicancias y posibles consecuencias del contrato firmado al iniciar el tratamiento de fecundación asistida, en el que específicamente se acordó el procedimiento a seguir en caso de disolución del vínculo matrimonial” (C.N.Civ. Sala J, 2011/09/13; “P., A. c/ S., A. C. s/ medidas precautorias”, La Ley 2011-E, página 435, AR/JUR/50081/2011).

En sentido contrario, se resolvió un caso a la luz de las normas del actual Código Civil y Comercial: “La solicitud de la implantación en el seno de la actora de tres embriones crio conservados en un centro de salud formados con material genético suyo y de su cónyuge demandado no debe autorizarse, dado que el accionado decidió revocar su consentimiento y, a pesar que desde el primer instante los progenitores tuvieron el único fin de iniciar un proceso procreativo que desembocará en un hijo, éstos pueden retractar o revocar ese consentimiento hasta el momento de la implantación del embrión en los términos del art. 7° de la ley 26.862 como los arts. 560 y 561 del Cod. Civ. y Com.; a lo que se suma que no se dejaría al desamparo los embriones crio conservados, en tanto las partes ya habían decidido de antemano su destino” (C.N.Civ. Sala K, 01/09/2017, “D. P. R. V. c/ F.A.E. s/ medidas precautorias”, Revista de Derecho de Familia, 2018-II, abril de 2018, página 95, con nota de Vanina A. Torres).

(20) Es difícil de aceptar que el goce pleno de un derecho personalísimo propio de la persona humana quede supeditado al criterio de los jueces. Si las razones invocadas por el nacido por TRHA se refirieran a la preservación de su salud, los jueces única-

Pero esta impresión pierde sustento en razón de que la persona nacida por estas técnicas, aunque pueda llegar a enterarse de quienes son sus padres biológicos, no tiene posibilidad alguna de reclamar la filiación, pues, —como he dicho en el apartado a) de este mismo punto—, las acciones pertinentes le están expresamente vedadas por el ordenamiento jurídico.

Esta situación, —que puede ser dolorosa—, importa convalidar una desigualdad manifiesta entre las filiaciones por naturaleza y por adopción, y las que resultan de las técnicas de reproducción humana asistida ⁽²¹⁾.

Al respecto, es interesante destacar que, en el derecho comparado, el principio del anonimato del donante del material genético se está relativizando, y hay muchos países que lo han dejado de lado. Este giro, —que es saludable—, está inspirado en el respeto por el derecho a la identidad del nacido por técnicas de reproducción humana asistida ⁽²²⁾.

VI. EL DERECHO A LA IDENTIDAD FILIATORIA EN LA ADOPCIÓN

En el presente capítulo me ocuparé de la identidad filiatoria o de origen en el marco de la adopción.

En la filiación adoptiva el reconocimiento del principio de la identidad filiatoria tiene una vigencia relevante.

Muchas de las normas que organizan la filiación adoptiva exhiben un respeto y una consideración marcada por el derecho personalísimo del adoptado a la identidad. ⁽²³⁾ Y esto se advierte tanto en las disposicio-

mente darán lugar a la averiguación de los datos médicos del donante, pero no autorizarán a que se deleve la identidad del aportante de los gametos.

(21) Así lo destaca la doctrina: “La contradicción es palmaria si se contrasta con lo regulado en materia de adopción (art. 595: derecho a la identidad, derecho a conocer los orígenes, art. 596: regula el procedimiento de acceso); y lo dispuesto en materia de filiación por naturaleza (que en el art. 583 obliga a la madre a denunciar quién es el presunto padre, dando toda la información sobre su identidad y posible paradero)”. Bassett, Ursula C. en “Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético”, dirigido por Jorge Horacio Alterini, La Ley, año 2019, tomo III, p. 626). Ninguna de estas preocupaciones por preservar la identidad filiatoria aparece en la filiación por TRHA.

(22) Sobre el punto, puede consultarse FAMÁ, Victoria; “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial”, Libro de Ponencias y Disertaciones, La Ley - Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2012.

(23) Es que la adopción, —otorgada en una sentencia—, se conecta con la realidad y con la vivencia histórica a través de la guarda. Al respecto, es bien elocuente lo que

nes generales que rigen el instituto, como en las que regulan la adopción plena y la adopción simple.

VI.1 Disposiciones generales

Al enunciar las disposiciones generales que organizan la adopción, el artículo 595 inciso b) del Código Civil y Comercial señala como uno de sus principios “el respeto por el derecho a la identidad”.

Aunque la norma no lo dice expresamente, es obvio que se refiere a la identidad del adoptado, al derecho a conocer sus orígenes, la familia en la que ha nacido y ha vivido antes de la adopción.

En esta misma línea, y reafirmando la importancia de la identidad, la norma del artículo 595 del Código Civil y Comercial se refiere, en sus otros incisos, a la necesidad de agotar todos los esfuerzos y las posibilidades para que el niño permanezca en su familia de origen, al derecho del adoptado a conocer sus orígenes⁽²⁴⁾, y a la conveniencia de preservar los vínculos fraternos del adoptado.

Siempre en el ámbito de las disposiciones generales, y al regular lo atinente a la declaración judicial de adoptabilidad, el artículo 607 inciso c) del Código Civil y Comercial requiere que se constate que las “medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca

señala Catalina Elsa ARIAS de RONCHIETTO: “La guarda preadoptiva es el sucedáneo espiritual, psicológico, personal de la concepción y gestación del hijo; durante ella el vínculo se despoja de toda distancia para enraizar la inaugural presencia del hijo en lo más profundo de la vida afectiva, integral de los padres adoptantes. Vía delicada por la que en inefable pero cierta reciprocidad, ese niño o esa niña biogenéticamente ajenos, nacerán a y desde el vínculo de filiación adoptiva, en y desde su propio y personalísimo sentimiento a su “identidad filiatoria” y familiar, surgida y configurada en sus vivencias, con su vida; del mismo modo que sus padres adoptantes, a su maternidad y paternidad y sus hermanos y familia por adopción plena, a su fraternidad y al parentesco”. (ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa, “La filiación por adopción plena y el derecho a la identidad”, La Ley, tomo 2006-B, p. 350). La filiación por técnicas de reproducción humana asistida, en cambio, sólo se vincula con la voluntad de los iniciadores del proceso, y no está ligada a la necesidad y a las experiencias vitales como la filiación adoptiva.

(24) Sobre este punto específico, el artículo 596 del Código Civil y Comercial establece: “Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho de acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada”.

en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días”.

Este plazo, —que tiene una extensión considerable—, da pie a que muchos critiquen la duración de los procesos de adopción. Más allá de las críticas, el plazo se justifica en razón de la importancia de la identidad filiatoria.

Con el mismo propósito, el mismo artículo 607 dispone a continuación: “La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste”.

El interés por respetar el principio de la identidad del adoptado no puede ser más evidente.

Al tratar de la guarda —que sólo puede ser judicial—, el artículo 613 del Código Civil y Comercial establece que, al seleccionar los guardadores, tiene que valorarse “el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente”.

VI.2. La adopción plena

La adopción plena le confiere al adoptado la condición de hijo de los adoptantes “y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen”, como dice el artículo 620 del Código Civil y Comercial.

La adopción plena es irrevocable.

Estas notas que importan una suerte de quiebre definitivo, y de nueva filiación, pueden leerse como una transgresión abierta del derecho a la identidad y a las raíces del adoptado.

Sin embargo, el panorama no es tan rotundo, y hay matices que pueden interpretarse como un esfuerzo de la ley por preservar los fundamentos de la identidad del adoptado.

Por lo pronto, el artículo 621 del Código Civil y Comercial faculta al juez que decida otorgar la adopción plena a mantener el vínculo jurídico del adoptado “con uno o varios parientes de la familia de origen”.⁽²⁵⁾

(25) Daría la impresión de que el mantenimiento del vínculo del adoptado con alguno de los parientes de la familia de origen estaría referido o conduciría a preservar la relación de hecho y la comunicación fluida entre ellos.

La posibilidad, —fundada en el interés del niño—, constituye una limitación al carácter sustitutivo de la adopción plena.

En esta misma línea, —y con un alcance más profundo—, la norma del artículo 624 del Código Civil y Comercial admite que excepcionalmente, y en “resguardo de los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado” ⁽²⁶⁾, pueda sobrevenir el reconocimiento del adoptado o la iniciación de acciones de filiación contra los progenitores de origen.

La situación es un tanto contradictoria, pues, si la adopción plena sustituye a la de origen, no es fácil aceptar que esta última pueda renacer a los efectos sucesorios o alimentarios.

Además, y como las acciones que se admiten no importan dejar sin efecto la adopción conferida, el adoptado podría pretender heredar o recibir alimentos de sus padres biológicos y de los adoptantes. ⁽²⁷⁾

En lo que se refiere al apellido, el adoptado por adopción plena puede requerir que se agregue y hasta que se anteponga su apellido de origen, como lo prevé el artículo 626 inciso c) del Código Civil y Comercial.

VI.3. La adopción simple

En la adopción simple, la identidad de origen del adoptado resulta naturalmente mejor resguardada.

(26) La norma alude únicamente a los derechos alimentarios o sucesorios del adoptado, lo que significaría que, producido el reconocimiento o admitida la filiación biológica, el adoptado podría pretender alimentos de su progenitor de origen, pero éste último no podría reclamárselos a su descendiente. En lo que hace a los derechos sucesorios, el adoptado podría heredar a su padre biológico, pero éste no tendría derecho a suceder a quién ha sido adoptado por adopción plena.

(27) Así lo puntualizó la doctrina inmediatamente después de la sanción del Código: “Parece en principio contradictorio que si se extinguen los vínculos con la familia de origen se permita el reconocimiento del adoptado por su familia de sangre o que el adoptado intente una acción de filiación contra sus progenitores biológicos. Las acciones se limitan a los efectos alimentarios o sucesorios. Podría estar justificada la excepción cuando se trate de alimentos, sin perjuicio que dicha circunstancia es una de las que debe evaluarse de los adoptantes, mas resulta injustificable en términos sucesorios, ya que el adoptado podrá eventualmente suceder como hijo a más de un padre o una madre” (ROVEDA, Eduardo Guillermo y ALONSO REINA, Carla F. en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, La Ley, año 2014, tomo II, p. 464/5). En la edición consultada se menciona erróneamente “podrá eventualmente adoptar como hijo”, pero es evidente que se refiere a “suceder como hijo” y no a adoptar.

Porque este tipo de adopción no extingue los vínculos de sangre, al punto que, después de otorgada, “se admite el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación contra sus progenitores, y el reconocimiento del adoptado”, como dice el artículo 628 del Código Civil y Comercial.

Es que, en rigor, lo único que se traslada a los adoptantes en la adopción simple es la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental. ⁽²⁸⁾

Respecto de la vocación sucesoria del adoptado por adopción simple, la situación no es del todo clara. El adoptado pasa a ser hijo del adoptante, pero, al mismo tiempo, y como regla, “los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción”, tal como lo dispone el artículo 627 inciso a) del Código Civil y Comercial.

Esta norma remite, en materia sucesoria, a lo dispuesto en el Libro Quinto del Código vigente, pero los alcances de la remisión no son del todo claros, pues el artículo 2430 del Código Civil y Comercial se limita a establecer: “El adoptado y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo y sus descendientes por naturaleza y mediante técnicas de reproducción humana asistida”.

La norma no distingue entre adopción plena y simple, pero yo interpreto que el adoptado por adopción simple goza de vocación sucesoria respecto de sus adoptantes y también respecto de sus ascendientes de sangre. ⁽²⁹⁾

En lo que se refiere a la adopción simple, el principio de la identidad filiatoria se conmueve en razón de la revocabilidad de la adopción. Porque, por aplicación de alguna de las causales previstas en el artículo 629 del Código Civil y Comercial, el hijo adoptivo por adopción simple

(28) Así resulta de lo que establece el artículo 627 inciso a) del Código Civil y Comercial, —“los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción”—, y de la revocabilidad de la adopción simple que pone de manifiesto que no se trata de un vínculo filiatorio pleno y permanente.

(29) Es también la opinión de Ferrer, quien critica la amplitud de los derechos hereditarios del adoptado por adopción simple: “Y como los derechos y deberes que resultan del vínculo de sangre no se extinguen por adopción simple, tendría también el adoptado derecho sucesorio en relación con sus progenitores biológicos, como ya lo hemos destacado al comentar el art. 2426, resultado incoherente e injustificado de este régimen legal. En suma, los derechos sucesorios del adoptado simple y sus descendientes no están legislados con claridad” (FERRER, Francisco A. M., en “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”, dirigido por Jorge H. Alterini, La Ley, 3ª. edición, año 2019, tomo XI, p. 569).

puede dejar de serlo, lo que importa una alteración esencial de la identidad filiatoria.

Es cierto que, producida la extinción de la adopción, los vínculos de sangre que no se habían extinguido a causa de la adopción, recuperan toda su virtualidad, pero, con todo, no hay duda de que estas modificaciones sustanciales afectan el derecho a la identidad que, por principio, debería estar al margen de las alternativas derivadas de las decisiones o de los comportamientos de las personas vinculadas.

VII. BALANCE FINAL Y CONCLUSIONES

Al comienzo de este breve trabajo, señalé que, en nuestro ordenamiento jurídico, la filiación puede tener tres fuentes, la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, y la adopción.

Así está establecido en el artículo 558 del Código Civil y Comercial, en el que se proclama que las tres filiaciones son equiparables y “surten los mismos efectos”.

Con el propósito de subrayar la similitud entre las distintas filiaciones, el artículo 559 del Código Civil y Comercial dispone lo siguiente: “El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada”.

La ley se empeña en resaltar la igualdad entre las distintas filiaciones.

Sin embargo, y en lo que se refiere a un tópico de tanta importancia como el de la identidad filiatoria, la persona humana no es tratada con la misma consideración.

Hay personas que pueden ejercer y gozar del derecho personalísimo a la identidad, y hay otras que tienen vedada la posibilidad de indagar acerca de su origen, de averiguar quiénes fueron, en la realidad, sus padres.

Esta discriminación es injusta y afecta la dignidad de las personas que tienen cerrado el camino para remontarse a sus orígenes y conocer acerca de su proveniencia biológica.

En orden al crucial tópico de la identidad filiatoria, las filiaciones no son equiparables.

El artículo 558 del Código Civil y Comercial podrá decir pomposamente que todas las filiaciones producen los mismos efectos, pero en los hechos, esto no es así.

Los que han nacido por las técnicas de reproducción humana asistida no pueden saber quiénes fueron los aportantes de los gametos que le transmitieron la vida⁽³⁰⁾. Y, aunque llegaran a saberlo, no tienen la posibilidad de accionar para que se reconozca y declare la existencia del vínculo de sangre.

El artículo 563 del Código Civil y Comercial establece que “la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento”. Pero esta información sirve de muy poco o de nada si los aportantes de los gametos no pueden reconocer al nacido como hijo, y si éste no puede reclamar ni impugnar la filiación.

La afectación del principio de identidad y de la dignidad de la persona humana se advierte de un modo patente en la redacción del artículo 582 del Código Civil y Comercial. Porque esta norma comienza diciendo que el hijo puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores, que, en caso de que éstos hubieran fallecido, puede reclamar contra sus herederos, que las acciones “pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo”, para terminar lapidariamente: “Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

El derecho a la identidad filiatoria que la ley reconoce y resguarda en el ámbito de las filiaciones por naturaleza y en la adopción, se excluye del modo más rotundo en la filiación por aplicación de las técnicas de reproducción⁽³¹⁾.

(30) Lo pone de relieve NAVARRO FLORIA: “Contradictoriamente con lo legislado en materia de adopción, el derecho a la identidad queda severamente comprometido en el Cód. Civ. y Com. en el caso de hijos concebidos mediante procreación asistida y que recibirían su filiación de la voluntad procreacional de los contratantes de esa técnica (arts. 560 y stes). Las personas así concebidas ven limitado su derecho a conocer su origen (art. 564) y en ningún caso podrán fundar en él un vínculo filiatorio (art. 577)” (NAVARRO FLORIA, Juan G., “Los derechos personalísimos”, Edición para Fundación Universidad Católica Argentina, El Derecho, 2016, p. 115).

(31) Sobre el punto, es muy clara y concluyente la enseñanza de GALLI FIANI: “La regulación de la filiación derivada de las TRHA se asienta sobre la voluntad procrea-

La discriminación importa una violación de la integridad y de la dignidad de la persona humana.

Porque, por más que se quiera preservar la intangibilidad de la voluntad procreacional de los que aspiran a tener descendencia, rodeándola de todas las garantías, es claramente injusto que se lo haga a expensas de los derechos personalísimos de la persona que nace a través de estas técnicas.

El artículo 51 del Código Civil y Comercial, fundándose en preceptos y directivas de jerarquía constitucional, dispone: “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

Es obvio que la norma se refiere a todas las personas humanas, cualquiera sea las circunstancias en las que se encuentren.

La inviolabilidad de la identidad filiatoria también debería alcanzar a las personas nacidas por las técnicas de reproducción, pues la jerarquía del derecho personalísimo, —que es esencial—, y de los valores involucrados, no admite ninguna salvedad.

cional y prescinde del vínculo genético. La opción hecha por el legislador argentino se cobró una víctima: la identidad del hijo. ¿Dónde queda el derecho a la identidad del hijo en esta construcción intelectual? Queda instrumentalizado, amoldado a los deseos y decisiones de quienes quieren ser madres/padres o no serlo; es un retorno de la primacía de la voluntad y la privacidad” (GALLI FIANT, María Magdalena, “Los principios filiatorios y la Constitución Nacional”, en “Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas”, dirigido por Ursula Basset y Alfonso Santiago, La Ley, año 2022, tomo III, p. 242 y 244).

EL DERECHO A LA IMAGEN. SU RECONOCIMIENTO EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO (*)

POR JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ (**)

I. EL DERECHO A LA IMAGEN

I.1. La cuestión en estudio

El reconocimiento de un derecho personalísimo a la imagen ha generado numerosas consideraciones (y también controversias) en la doctrina y la jurisprudencia, nacionales y extranjeras ⁽¹⁾.

Desde de la discusión relativa a su autonomía con respecto a otros derechos subjetivos, la calificación de su naturaleza y la determinación de su contenido, o aspectos relativos a su disponibilidad, protección y explotación económica, este derecho ha sido objeto de un proceso de construcción conceptual, producto de la tarea de los diversos operadores jurídicos ⁽²⁾.

(*) Esta ponencia se elabora en base a nuestro MARQUEZ, José Fernando y CALDERON, Maximiliano, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año V, N.º VI, pág. 22.

(**) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(1) Sobre los orígenes del reconocimiento jurídico de la imagen, y su evolución, v., con sumo provecho, TOBIAS, José W., TRATADO DE DERECHO CIVIL. PARTE GENERAL, T. II, La Ley, CABA, 2018, págs. 358 y ss.

(2) Se ha puntualizado que el derecho a la imagen alcanzaría a las personas jurídicas e inclusive a cosas, semovientes u objetos carentes de personalidad jurídica (AMAT LLARI, Eulalia, "El derecho a la imagen y su valor publicitario", La Ley, Madrid 1993, pág. 14). Estimamos correcta la protección a la identidad comercial de una persona jurídica, integrativa en cuanto bien inmaterial de su hacienda comercial y susceptible de violaciones por uso indebido de terceros. No obstante, el presente examen

En su perspectiva actual pueden apreciarse numerosas notas que lo caracterizan, lo describen y particularizan.

A diferencia de otros derechos personalísimos (definidos por su rigurosa indisponibilidad), el derecho a la imagen ofrece a su titular amplias perspectivas de utilización y aprovechamiento económico, que llegan, inclusive, hasta la enajenación a favor de terceros de las facultades de su explotación comercial.

Este rasgo coloca en crisis la noción del derecho a la imagen como derecho personalísimo, obligando a realizar construcciones teóricas que identifican en él un aspecto o dimensión patrimonial que, no obstante, presenta particularidades derivadas de su vinculación inescindible con la dimensión existencial de la imagen, entendida como expresión o representación externa de la identidad personal.

La decisión del Código Civil y Comercial de reconocer expresamente, y como derecho personalísimo, a la imagen, brinda al intérprete una pauta clara de que prima el aspecto no patrimonial ⁽³⁾.

1.2. Extensión de la noción de imagen a los fines de su protección

Como *prius* conceptual de la caracterización del derecho en cuestión, es necesario delimitar la extensión de la expresión “imagen”, que es, precisamente, la que define su objeto.

No es una cuestión meramente teórica, por cuanto la inclusión de algún aspecto o elemento dentro del bien jurídico protegido extiende su protección correspondiente al derecho. Ello es relevante, por ejemplo, cuando un tercero aprovecha comercialmente aspectos, objetos o particularidades que exceden los rasgos físicos característicos de una persona y podrían considerarse, o no, como identificadoras de ésta, según sea la extensión del concepto de “imagen” adoptado ⁽⁴⁾.

se circunscribe al caso de las personas humanas, en el marco del llamado a este homenaje.

(3) Ello se traduce, por ejemplo, en que aún la cesión con fines comerciales no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable (art. 55 Cód. Civ. y Com.).

(4) Se alude a “un proceso de “personalización” de las cosas, que permitiera recalificarlas como elemento identificador de la persona de un modo tal que “objeto” y “sujeto” resultasen inseparables” (De Vita, citado por VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés, “Aspectos Patrimoniales y Extrapatrimoniales de la Propia Imagen”, <http://www.eldial.com.ar>).

Las normas legales que regulan el derecho, el artículo 31 de la Ley 11723 y el artículo 53 del Código Civil y Comercial, no ayudan para su determinación. La ley de propiedad intelectual se refiere al “retrato fotográfico”, lo que llevaría a considerar solo a la representación de los aspectos físicos de la persona; el Código sólo a la imagen.

El contenido de los aspectos protegidos, bajo este derecho, se construye desde diferentes fuentes.

Considerando a la imagen como la representación externa de una persona, con aptitud de identificarla o caracterizarla en su mismidad, el concepto excede ampliamente su manifestación física, integrada sólo por el conjunto de atributos exteriores visualmente apreciable.

A los fines de la delimitación perseguida es necesario remarcar las conexiones inescindibles entre la identidad personal y la imagen. Ésta es sólo la representación exterior de la primera, pero no agota su contenido ⁽⁵⁾. En este sentido de análisis, cualquier elemento exterior con aptitudes suficiente e inequívocamente representativas de una persona queda comprendido dentro de su imagen, concebida como identidad manifestada *ad externos* ⁽⁶⁾.

En la construcción de la noción de imagen existen aspectos naturales y ajenos a la decisión de su titular (como los rasgos o características físicas), pero también otros derivados de su actividad creativa, pudiendo haber complementado su imagen física con accesorios, vestuario, objetos, etc., susceptibles de ser considerados como una creación genuina, suficientemente original y particular, con aptitud identificadora de su autor. En tales casos, que suelen presentarse fundamentalmente en relación a personajes famosos, la referencia a tales elementos por parte de terceros, en el sentido inequívoco de remitir a la persona que los emplea, puede entenderse como un uso no autorizado de su imagen ⁽⁷⁾.

(5) Para examinar las conexiones y diferencias entre la imagen y la identidad, véase FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, pág. 138 y ss., Astrea, Bs. As. 1992.

(6) Este concepto se acerca a la tercera acepción de la palabra imagen, del diccionario de la Real Academia Española: “3. m. Descripción de la figura o carácter, o sea, de las cualidades físicas o morales de una persona”. <https://dle.rae.es/retrato>

(7) Ello sin perjuicio de que se trataría de una personalidad ficticia, y atento el carácter representativo que la imitación observa respecto a la persona en cuestión, examinado con la amplitud de criterio que debe presidir la protección de este derecho. Esto supone que se deba recabar el consentimiento de la persona a representarse, de no presentarse las excepciones en razón de interés público que prevén las diversas legislaciones.

Desde estas bases, incluimos dentro de la noción de imagen, por su evidente referencia a una persona determinada, a su voz ⁽⁸⁾, los retratos, caricaturas de cualquier género y semblanzas escritas, las representaciones artísticas referidas a una persona real y concreta (en la medida que resulten inequívocas), el denominado “look personal” ⁽⁹⁾, e inclusive frases, estilos, apodos o modos de conducta particulares.

I.3. El derecho a la imagen como derecho autónomo

Una posición doctrinaria considera a la imagen como un bien protegido a través de otros derechos (doctrina no autonomista), en tanto otra postura (doctrina autonomista) defiende su independencia conceptual, calificándola como interés integrante de un derecho distinto, con características propias ⁽¹⁰⁾.

I.3.a. Doctrina no autonomista

Identifica al derecho a la imagen con otros derechos personalísimos, como el derecho al cuerpo ⁽¹¹⁾, al honor ⁽¹²⁾ o a la intimidad ⁽¹³⁾.

Esta posición habilita la protección de la imagen sólo en los casos en que su utilización por terceros se resuelve en una violación de alguno de los otros derechos señalados. Cualquier potencial resarcimiento por violación al derecho a la imagen no tiene fundamento en él, sino en otro interés jurídico lesionado ⁽¹⁴⁾.

(8) El Código Civil y Comercial, al regular en su artículo 53 al derecho a la imagen, refiere a la imagen y a la voz.

(9) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Resarcimiento de daños. Daños a las personas (Integridad espiritual y social, Tomo 2 D, Hammurabi, Bs.As. 1996, pág. 166.

(10) La presente distribución taxonómica se realiza sin perjuicio de criterios diversos o particulares. Puede consultarse un listado exhaustivo al respecto en CIFUENTES, Santos, “Los derechos personalísimos”, Astrea, Bs. As. 1995, pág. 502 y ss.

(11) Determinando la ilicitud de la utilización de la imagen como consecuencia del derecho a la disposición del propio cuerpo, por ser ésta una manifestación o proyección del cuerpo.

(12) Admitiendo la ilicitud de la utilización de la imagen en los casos en que tuviera consecuencias injuriosas, lesivas de la reputación o estima del titular.

(13) Al propugnar la ilicitud de la utilización de la imagen en los casos en que pueda considerarse violatoria de la esfera de reserva de su titular, importando una invasión a su ámbito de intimidad. En ese sentido se pronunció BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Parte General, T. I, 14^a. Ed., Act. por Guillermo Borda (h), La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 315.

(14) A los efectos del presente análisis, y sin perjuicio de otras precisiones iusfilosóficas, consideramos como derecho subjetivo autónomo a aquel que permite por se

Diversa jurisprudencia ha seguido esta tendencia ⁽¹⁵⁾.

I.3.b. Doctrina autonomista

Concibe a la imagen como un interés independiente, protegido por un derecho que faculta a la persona a los fines de utilizar libremente su expresión externa (comprensiva de sus rasgos físicos característicos y los aspectos asimilados), difundiéndola o no, permitiendo o no la utilización y difusión por terceros e, inclusive, explotándola económicamente ⁽¹⁶⁾.

A los fines de acordar protección a la imagen no se requiere la concurrencia de los hechos típicamente lesivos de otros derechos personalísimos ⁽¹⁷⁾. En la jurisprudencia se ha sentado, en forma mayoritaria, esta doctrina ⁽¹⁸⁾.

la articulación de alguna pretensión jurisdiccional concreta. Si permite esa articulación sólo cuando aparece conexo a otro derecho, entendemos que la pretensión tiene fundamento en este último, que es condición de proponibilidad jurisdiccional.

(15) V.g. CNCiv., sala K, 9/12/1999, "Labi, Sergio J. v. Editorial Perfil S.A.," Lexis N.º 0003656: se trató de la publicación de la fotografía de un famoso mago a los fines de ilustrar, mediante un montaje, una nota sobre drogadicción en el fútbol; ídem, CNCiv., Sala G, 13/06/2000, "Sosa, Pablo v. Telecom Argentina S.A. s/daños y perjuicios", Lexis N.º 10/8566.

(16) "El derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo autónomo como emanación de la personalidad, contenido en los límites de la voluntad y de la autonomía privada del sujeto al que pertenece. Por ello, toda persona tiene sobre su imagen un derecho exclusivo que se extiende a su utilización, de modo de poder oponerse a su difusión cuando ésta sea hecha sin su autorización", CNCiv., Sala I, 30/04/1998, "C., J. C. c. Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.-Diario Clarín", LA LEY 1998-D, 632 - DJ 1999-3, 127.

(17) Como la injuria o difamación, respecto al derecho al honor, o la publicación o difusión de hechos o imágenes que pertenecen a la esfera íntima, privada y secreta del afectado. Sobre las importantes consecuencias de adoptar una postura autonomista, v. CIFUENTES, Santos, Autonomía de los derechos personalísimos a la integridad espiritual, L.L. 1998-B, pág. 702.

(18) Al resolverse la procedencia de la indemnización pretendida por una modelo profesional por la utilización no consentida de su imagen, el tribunal actuante dijo: "En este caso no existe intromisión en la vida íntima de la persona, violación de algún aspecto de su privacidad, ni perturbación que hiera los sentimientos, sino aprovechamiento de una imagen ya pública para un fin no consentido, por lo que la cuestión no debe examinarse a la luz del art. 1071 *bis* del Código Civil, ley 21.173, sino de la ley 11.723, arts. 31 y concordantes, en razón de la independencia conceptual que desvincula por principio a la imagen del derecho al honor y del derecho a la intimidad... puesto que no hay en la toma fotográfica ni en la exhibición en si misma, elementos que importen daños a la estima personal o a la fama de la modelo, ni captación y consiguiente difusión de su vida retirada, de su esfera íntima o de su reserva personal", CNCiv., sala C, 02/05/1989, "Seen Gabriela Rosana v. Chami Ramón s/ daños y perjui-

I.3.c. Nuestra posición

Compartimos la doctrina que considera al derecho a la imagen como un derecho autónomo de los demás derechos personalísimos.

La protección de la disponibilidad y aprovechamiento de la propia imagen se realiza conforme a parámetros y criterios de examen diversos a la de otros derechos personalísimos que, aunque próximos conceptualmente, difieren en el objeto de tutela. La difusión no consentida de una imagen pública (por ello no incluida en el ámbito de intimidad), y no ofensiva (por ende, no violatoria del derecho al honor), puede constituir, igualmente, una violación al derecho a la imagen ⁽¹⁹⁾.

El tema fue definido por el Código Civil y Comercial, al reconocer al derecho a la imagen como un derecho autónomo, en su artículo 53, que lo regula.

I.4. Contenido del derecho a la imagen

El derecho a la imagen tiene por objeto, en última instancia, a la libertad negativa y positiva de auto-exhibición que debe reconocerse a cada persona ⁽²⁰⁾, y que puede tener proyecciones patrimoniales en la medida que del empleo de la imagen deriven beneficios económicos directos o indirectos (por caso, publicitarios) al titular o a terceros.

Dicho de otro modo, toda persona puede decidir libremente qué empleo acordar a su propia imagen, pudiendo a tales fines:

a. Sustraerla de su captación, apropiación, utilización y difusión por terceros.

b. Promover por sí, o autorizar gratuitamente a terceros (bajo determinadas condiciones) su captación, utilización y difusión.

c. Promover su difusión, reproducción y utilización publicitaria o comercial, a los fines de obtener beneficios económicos.

cios”; en el mismo sentido, CNCiv., Sala I, 31/08/1995, “Rother, Sergio H. y otro v. Cica S.A. Industrias Alimenticias y otros”, Lexis N.º 1/4081.

(19) En este sentido RIVERA, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, T. II, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000, pág. 114.

(20) Se trata de una manifestación puntual de la libertad metafísica y constitucional (CN. art. 19), expresada en el campo del derecho privado en una potestad genérica de autodeterminación.

d. Ceder a terceros las facultades de difusión, reproducción y utilización publicitaria o comercial a cambio de una contraprestación económica.

Se trata de un derecho con una pluralidad de contenidos, que pueden considerar la mera protección de la imagen (apartados a y b), con lo que se resalta el carácter personalísimo o existencial del derecho, o bien referirse a su utilización comercial (apartados c y d), destacándose el aspecto patrimonial del derecho.

Como se verá luego, aún en aquellos casos en que el titular de la imagen no la ha introducido en el giro comercial, existen razones de peso para acordar igualmente resarcimientos patrimoniales que no se identifican con el daño moral ⁽²¹⁾, cuya determinación y cuanto generan no pocas controversias.

De este modo, las acciones o herramientas tuitivas del derecho a la imagen tendrán una doble finalidad:

a. Evitar el empleo de la imagen por terceros que no se encuentran autorizados, o que lo hacen fuera de los márgenes temporales y espaciales de la autorización, o con un objeto, destino o sentido distinto del considerado por el titular al otorgar la autorización ⁽²²⁾.

b. Acordar una indemnización por el uso indebido al titular de la imagen, aspecto que abordamos en el apartado V de este trabajo.

1.5. Naturaleza del derecho a la imagen

El examen del plexo de facultades que acuerda este derecho a su titular exige reconocer una dimensión patrimonial que excede el marco de los derechos de la personalidad, ingresando a la órbita de los derechos patrimoniales. Así lo previó la ley 11.723.

(21) Debe apuntarse que el daño moral por utilización indebida del derecho a la imagen no coincide con el daño moral por vulneración de la intimidad o el honor, refiriéndose esencialmente a las molestias por la mera observación de un uso no autorizado de la propia imagen, violatorio de la libertad personal de autoexhibición.

(22) Esta protección preventiva se muestra escasamente eficaz, si consideramos que la difusión comercial de la imagen puede haberse realizado por medios masivos (revistas, volantes, etc.) sobre los que se pierde el control una vez lanzados a la consideración general. La prohibición de uso tiene eficacia respecto a futuras utilizaciones, pero en algún sentido “siempre llega tarde”, debiendo complementarse necesariamente con las medidas resarcitorias.

Sin embargo, la regulación del Código Civil y Comercial coloca al derecho dentro de la órbita de los derechos fundamentales de la persona humana, en la vertiente que lo reconoce ya como derecho humano

En nuestra dogmática legal, teniendo, además, como objeto una realidad inmaterial (la imagen) y un doble carácter (espiritual – patrimonial), pareció razonable asimilarlo a los derechos de propiedad intelectual. Así lo ha entendido la doctrina extranjera ⁽²³⁾, al señalar su similitud con la propiedad de patentes, marcas y, fundamentalmente, a los derechos de autor.

Entonces, es necesario destacar ambos aspectos y dependerá su regulación según al ámbito donde se produzca su violación. Pero siempre con la visión de que se trata de un derecho que hace a la inviolabilidad de la persona y a su dignidad.

I.6. Régimen legal argentino del derecho a la imagen

I.6.a. La protección constitucional

El derecho a la imagen no tiene previsión expresa en nuestro régimen constitucional, resultando por ello uno de los derechos implícitos derivados del art. 33 CN, complementado en su aspecto patrimonial con las garantías de los arts. 14 y 17 CN ⁽²⁴⁾.

Nuestro sistema constitucional no establece distinciones entre los derechos fundamentales y los demás, tal como en otros sistemas en los cuales a los primeros se les acuerda una protección calificada mediante acciones constitucionales específicas ⁽²⁵⁾. Ello determina la innecesidad de reeditar las discusiones —formuladas en otros ordenamientos jurídicos— acerca de la extensión de la protección especial del derecho a la imagen como derecho fundamental y su comprensión o no de sus aspectos estrictamente patrimoniales ⁽²⁶⁾.

Correlativamente, la procedencia de acciones constitucionales (como el amparo) o acciones civiles ordinarias a los fines de tutelar el derecho

(23) AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., pág. 31.

(24) En el Derecho Público Provincial argentino existen diversas constituciones locales que receptan al derecho a la imagen y lo protegen con autonomía de otros derechos individuales, diferenciándolo claramente del honor y la intimidad (constituciones de Chaco art. 15 inc.2, Chubut art. 18 inc. 3, Córdoba art. 19 inc. 2, Salta art. 12, Santiago del Estero art. 16 inc. 3, Tierra del Fuego art. 14 inc. 3).

(25) Es el caso de la Constitución de España de 1978, arts. 53 y 55 a contrario sensu.

(26) AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., pág. 33.

a la imagen en cualquiera de sus aspectos, dependerá de los requisitos sustanciales y adjetivos de cada acción, y no de criterios constitucionales de tutela calificada. Tampoco es descartable el recurso a técnicas procesales de tutela anticipatoria, tales como las medidas autosatisfacías, si se encuentran cubiertos sus recaudos de viabilidad.

I.6.b. La protección en la ley de propiedad intelectual

A nivel legal, el art. 31 de la ley 11.723 regula un aspecto del derecho, consistente en el resguardo de utilización comercial de retratos fotográficos sin autorización del titular o sus legitimarios ⁽²⁷⁾. Vigente el Código Civil de 1871, opinamos que a estrechez de la previsión legal no empecía a la aplicación analógica de la tutela a cualquier utilización de la imagen, en la extensión y alcance antes descriptos.

Dicho artículo 31 decía:

El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.

El reconocimiento legal se sitúa como protección de derechos intelectuales:

La protección se materializa dentro del ámbito de los derechos de autor: concebida la fotografía como un procedimiento químico o mecánico que permite la realización de una obra de arte o ingenio, la regulación de la actividad es insertada dentro de las normas que regulan la propiedad intelectual y artística. Se trataba de proteger la obra fotográfica de manera similar a la protección que se otorgaba a la propiedad intelectual o artística ⁽²⁸⁾.

(27) La doctrina ha sido conteste en señalar el desacierto metodológico de incluir una norma tuitiva de la imagen en el marco de una ley protectoria de las creaciones artísticas e intelectuales (ZAVALA DE GONZALEZ, Op. cit., pág. 174). Compartimos la crítica, pero nos parece un feliz desacierto, desde que vino a cubrir (al menos parcialmente) una importante laguna legal de nuestro derecho privado.

(28) TOBÍAS, José W., Op. cit., pág. 359.

La norma establece, como regla, el principio de disponibilidad exclusiva, marcando condiciones y características de su cesibilidad a terceros (mediante consentimiento expreso). La excepción resulta de las hipótesis taxativas de disponibilidad libre. La norma es analizada en este trabajo.

1.6.c. La protección en las normas generales del Derecho Privado, durante la vigencia del Código de 1871

En vigencia del Código de Vélez se indicaba como norma protectoria de la imagen al art. 1071 *bis* del Código Civil, el que regulaba al derecho a la intimidad ⁽²⁹⁾.

Nos parecía claro que esta norma preveía la difusión de retratos desde la perspectiva del derecho a la intimidad, poniendo de manifiesto la posibilidad de vulnerar a través de la utilización de la imagen a otros derechos personalísimos. La conducta ilegítima prevista consistía en entrometerse arbitrariamente en la vida ajena; la publicación de retratos, la difusión de correspondencia, la mortificación a otro en sus costumbres o sentimientos y la perturbación de su intimidad son sólo hipótesis particulares que agreden el mismo bien jurídico tutelado, la intimidad. Pero, pensábamos, que el derecho a la imagen se protege al margen de la afectación de todo otro derecho personalísimo, sin que se requiera ningún resultado ni agravio particular a otro derecho.

1.6.d. La protección de la imagen en el Código Civil y Comercial de 2015

El Código Civil y Comercial argentino refiere a la imagen en el artículo 52, donde expresa que:

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.

Y marca la protección en las normas de la responsabilidad civil.

(29) CNCiv., Sala G, Sosa, "Pablo c. Telecom Argentina S.A.", La Ley 2000-F, pág. 114; D.J. 2000-3, pág. 840. Se trató de un trabajador que fue fotografiado en su ámbito de trabajo, publicándose dicha fotografía en una revista publicitaria de la empresa. El Tribunal reconoció el derecho a la indemnización por daño moral, fundado en la violación del art. 1071 *bis*. del Cód. Civil.

Es el artículo 53 el que regula la protección de la imagen en su artículo 53 (situado en el Capítulo 3: Derechos y actos personalísimos, del Título 1: Persona humana, Libro Primero: Parte General), el que reza:

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.

La introducción de una norma expresa sobre la regulación del derecho a la imagen, dentro de los derechos personalísimos —cuya protección se enmarca en el paradigma de la inviolabilidad de la persona humana y de su dignidad— presenta nuevos horizontes para la interpretación de los conflictos en caso de su lesión.

Bien se ha dicho, que la norma de la ley 11.723 no fue derogada con la sanción del Código, lo que puede generar incoherencias entre ambos textos ⁽³⁰⁾. Entendemos que se deberán coordinar ambas normas, siempre bajo la premisa de la máxima protección posible, atento al principio rector de la inviolabilidad de la persona humana y el reconocimiento y respeto de su dignidad, que preside el Código y su interpretación (artículo 51 Código Civil y Comercial).

Anotamos que la norma del Código amplía la protección a cualquier medio de violación del derecho a la imagen, tanto en su captación, como en su reproducción, alejándose del modelo de reproducción fotográfico y como modo de producción intelectual, para situar la cuestión como uno de los aspectos de la protección de la persona humana y sus derechos personalísimos. Se sitúa, así, en la etapa de reconocimiento de este derecho, que Tobías sitúa a principios del siglo 20, en el que la imagen “va a ser considerada una realidad vinculada a los aspectos más esenciales de la persona humana; de una concepción propietarista de la imagen, comienzan a predominar criterios personalistas” y que encuentra su

(30) RIVERA, Julio César y CROVI, Luis Daniel, Derecho Civil. Parte General, 1ª. Ed., 4ª. Reimpresión, Abeledo-Perrot, CABA, 2017, pág. 416.

cúlmine en el período en que el derecho a la imagen evoluciona hacia el ámbito de los derechos humanos ⁽³¹⁾.

En este trabajo iremos marcando en qué aspectos se diferencian ambas regulaciones y su modo de compatibilización.

II. LA UTILIZACIÓN Y DISPONIBILIDAD DEL DERECHO A LA IMAGEN

II.1. El principio de disponibilidad exclusiva

El derecho a la imagen concede a su titular amplias potestades de utilización y disponibilidad, comprensivas del aprovechamiento económico. La disponibilidad de la imagen de una persona le corresponde en exclusividad, estando vedada a terceros sin su autorización.

De este modo, las aptitudes de una persona sobre su propia imagen no se agotan en su tutela o defensa (como en el caso de la intimidad o del honor), habilitando ampliamente su utilización y difusión, pudiendo introducirla en el comercio como bien inmaterial susceptible de apreciación pecuniaria.

La noción de introducción al comercio debe ser considerada ampliamente, exista o no finalidad de lucro comprometida, teniendo como parámetro la pertenencia al tráfico jurídico.

Incluimos, por razones de analogía y extensión de la tutela, la mera apropiación de la imagen por un tercero, que supone en cierta forma colocar en el tráfico jurídico un bien ajeno ⁽³²⁾. Se trata de recurrir a la tésis normativa, brindando la más amplia protección posible al derecho en cuestión. De este modo, los terceros no podrán aprovechar económicamente la imagen de una persona determinada, pero tampoco podrán apropiarse de ésta mediante captaciones no consentidas por el titular ⁽³³⁾.

(31) TOBIAS, José W., *Op. cit.*, pág. 360. Los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto de Código Civil y Comercial, redactado por la Comisión de Juristas designada por Decreto 191/2011, hace referencia expresa a esta vertiente: "Se incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad, largamente reclamado por la doctrina argentina; a ese fin se ha tomado en consideración la incorporación a la Constitución del Derecho supranacional de Derechos Humanos, cuya reglamentación infra constitucional debe tener lugar en el Código Civil".

(32) Por ello, si bien es acertada técnicamente, nos parece perfectamente salvable la objeción de Cifuentes a la expresión "poner en el comercio" (*Op. cit.*, pág. 523).

(33) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *op. cit.*, pág. 176.

Esta posibilidad de explotación económica o valor potencial de la imagen se actualiza en los hechos cuando el titular resuelve efectivamente reproducirla, exponerla o difundirla por sí o por un tercero con una finalidad de lucro, o bien cuando un tercero la emplea con un objeto comercial beneficiándose de ella y sin autorización del titular.

II.2. Transmisibilidad entre vivos y por causa de muerte

Si bien la explotación personal de la propia imagen no parece plantear inconvenientes, no ocurre lo propio con la cesión a terceros de los derechos de explotación económica de la imagen. Ello responde al aspecto personalísimo del derecho, que en última instancia remite a la identidad de su titular ⁽³⁴⁾.

Las facultades de aprovechamiento económico del derecho a la imagen son cesibles a terceros (artículo 55 Cód. Civ. y Com.), mas se trata de cuestiones íntimamente conexas a la identidad del cedente, circunstancia que establece ciertas limitaciones a la transmisión y ejercicio por terceros. Tales facultades son transmisibles por actos entre vivos o por causa de muerte. Pueden ser objeto de gravámenes y derechos de garantía, en la medida que resulten acordes con la naturaleza inmaterial del objeto ⁽³⁵⁾.

La transmisión por causa de muerte transfiere los beneficios económicos derivados del causante a sus sucesores, en una traslación patrimonial enteramente justificada ⁽³⁶⁾, que sin embargo resulta prudente condicionar a un lapso determinado de duración, cediendo posteriormente en beneficio de la libre disponibilidad, justificada por la libertad de expresión y circulación de las ideas ⁽³⁷⁾.

(34) Sin embargo, estimamos que se trata de una transferencia patrimonial, y no de una mera autorización derivada del carácter personalísimo del derecho comprometido (como lo postula ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 179)

(35) La cesión de derechos en garantía ha sido ampliamente tratada en nuestro derecho, aunque desde la perspectiva de cesiones de derechos y prendas de créditos.

(36) Se ha señalado que la cesibilidad mortis causae motivaría a las personas famosas a promocionar aún más su imagen y recompensa mejor los esfuerzos del titular, transmitiendo los derechos de aprovechamiento a sus herederos antes que liberándolos al uso general (AMAT LLARÍ, op. cit., pág. 42). No obstante, lo que nos parece dirimente es nuestro sistema legal de sucesión en la persona (arg. art. 3417 y cc. del Cód. Civil), cuyo carácter universal y pantónomo atribuye a los sucesores todos los derechos que resulten de suyo transmisibles, alcanzando aquellos relativos a la explotación económica de bienes inmateriales del causante.

(37) Con este argumento se ha proclamado inclusive la extinción del derecho de explotación de la imagen con la muerte de su titular. En el mismo sentido, se alude a la

En nuestro derecho, en la ley de propiedad intelectual la duración del derecho de explotación en cabeza de los sucesores se limita por número de años, establecidos en 20 desde la muerte del causante (art. 35 ley 11.723) ⁽³⁸⁾. Además, se limita en relación al grado de parentesco de los sucesores, acotando la titularidad al cónyuge e hijos del titular, los descendientes directos de los hijos (es decir, sus propios hijos) y, en defecto de aquellos, de sus padres. Habiendo fallecido todos ellos, el derecho de disponibilidad o explotación exclusiva se extingue, y la utilización resulta libre (art. 31 ley 11.723) ⁽³⁹⁾.

El Código Civil y Comercial, con técnica más depurada, determina que el consentimiento para captar o reproducir corresponde al titular de la imagen y, en caso de su fallecimiento, a sus herederos o quien designe el causante por disposición de última voluntad. Entendemos, que corresponde a los herederos en el caso concreto, y no a quien genéricamente tengan el título de herederos posibles; esta interpretación deviene, además, de la solución que da el Código al determinar que el juez interviene ante conflictos entre herederos de un mismo grado, consecuencia lógica de que tendrán el derecho aquellos herederos que, de acuerdo al grado que tengan, reciban los bienes del causante.

Y el Código mantiene el plazo máximo de 20 años para el ejercicio del uso del derecho de imagen de la persona fallecida. Pasado dicho plazo la utilización es libre, salvo uso ofensivo.

Aquí se demuestra claramente el carácter principalmente no patrimonial que le otorga el Código al derecho, pues, pasado el plazo el uso comercial será libre, mas nunca puede ser ofensivo y, en este caso, los herederos podrán oponerse a la utilización.

dificultad de identificar a los sucesores una vez transcurrido largo tiempo y la progresiva disminución del valor e interés de la imagen. En contra, se propusieron soluciones relativas a la conservación del derecho mientras dure su explotación por los herederos, o mientras el recuerdo del titular permanezca vigente, o inclusive a perpetuidad (AMAT LLARI, op. cit., pág. 43 y ss.).

(38) El plazo es considerado excesivo por la doctrina (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 200).

(39) Bien se ha señalado que el transcurso del plazo sólo extingue el derecho de los sucesores en cuanto a la disponibilidad de la imagen, pero no en relación a otros intereses legítimos que pudieran tener sobre el recuerdo de su difunto titular (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 200). De este modo, el transcurso del término mencionado no otorga a terceros una carta de inmunidad para utilizar la imagen de la persona fallecida lesionando legítimos intereses de terceros (en la medida que resulten resarcibles).

El derecho puede también cederse por actos entre vivos, siempre que no sea contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres (artículo 54 Cód. Civ. y Com.).

Se remarca que el valor de los derechos de explotación de la imagen depende en gran medida de su cesibilidad ⁽⁴⁰⁾, de la estabilidad de la transmisión y su carácter irrevocable, que opera como aliciente respecto de terceros inversores dispuestos a adquirirlos con fines comerciales. Sin embargo, el Código Civil y Comercial remarca su libre revocabilidad (la que, entendemos, no obstará a la reparación de los daños que la revocación pudiese provocar, según los términos en que hubiese sido cedido el derecho).

En caso de muerte del cedente, la cesión realizada por actos entre vivos conserva plena vigencia durante el plazo en que hubiera sido realizada, ingresando luego los derechos de explotación al acervo hereditario. Si el cedente era beneficiario de algún derecho económico producto de la cesión, lo seguirán percibiendo los sucesores. Esto no obsta a la posibilidad del cesionario de, bajo determinadas circunstancias, alegar la frustración del fin del contrato ⁽⁴¹⁾.

II.3. Requisitos y condiciones de la transmisión del derecho

Determinada la transmisibilidad del derecho, resta examinar la forma en que se transmite y en qué condiciones puede ser ejercido por el adquirente.

La transmisión *mortis causae* plantea el problema central del ejercicio de la explotación económica de la propia imagen por el titular mientras estaba en vida. Se ha postulado que dicho ejercicio es condición de transmisión a los herederos de las facultades de aprovechamiento, pues la utilización comercial de la imagen sería una decisión personalísima que no puede ser asumida por los herederos en forma personal ⁽⁴²⁾.

Sin dejar de señalar que en el caso de los personajes públicos no puede presumirse un rechazo del titular al uso comercial de la imagen

(40) AMAT LLARI, op. cit., pág. 42.

(41) Piénsese en la cesión de la imagen para promocionar determinados productos comerciales, y en el ulterior fallecimiento del titular de la imagen, que puede redundar en su pérdida de valor promocional e, inclusive, en la inconveniencia comercial de identificar determinado bien con la imagen de una persona muerta.

(42) AMAT LLARI, op. cit., pág. 45 y ss.

por más que tal uso no haya sido encarado en vida ⁽⁴³⁾, nos parece relevante puntualizar que en nuestro sistema legal las facultades de utilización de la imagen (con fines comerciales o no) se traslada a determinados sucesores (cónyuge, hijos y descendientes directos, padres, en la ley de propiedad intelectual, y a los herederos o el designado por el causante, en el Código Civil y Comercial) sin ninguna limitación ⁽⁴⁴⁾, haya sido explotada o no en vida del causante.

En cuanto a la transmisión por actos entre vivos, nuestro derecho vigente exige el consentimiento expreso del titular de la imagen o sus sucesores calificados (art. 31 ley 11.723 y 53 Cód. Civ. y Com.).

Nos parece excesivo exigir el carácter expreso, en aquellos casos en que puede establecerse del mismo modo de una manera inequívoca ⁽⁴⁵⁾. Así surge del texto del artículo 53 del Código, que hace referencia a la necesidad de consentimiento, sin calificación alguna ⁽⁴⁶⁾.

El consentimiento puede prestarse de manera unilateral o contractualmente. Cuando tiene lugar convencionalmente, de ordinario estaremos en presencia de una cesión de derechos.

Si se trata de la cesión de la imagen de personas menores de edad incapaces, compartimos la posición que predica que lo pueden hacer los titulares de la responsabilidad parental, en la medida que se no vulnere la intimidad o integridad moral y espiritual del menor, y se respete su discernimiento en caso de que fuera adulto, atento el aspecto patrimonial del derecho ⁽⁴⁷⁾.

(43) AMAT LLARI, op. cit., pág. 47.

(44) La norma alude a su potestad de otorgar el consentimiento para la utilización de la imagen, analogándolos a su titular. Entendemos que se trata de una atribución, si bien indirecta, amplia, de las facultades de aprovechamiento económico.

(45) Conf. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 179 y ss. Cifuentes, con referencia a fuentes legislativas, avala la admisión de autorizaciones tácitas (CIFUENTES, Santos, op. cit., pág. 524 y ss.).

(46) En este sentido TOBIAS, José W., Op. cit, pág. 373, quien entiende que esta interpretación resulta de una interpretación sistemática del Código Civil y Comercial y, por ende, el consentimiento puede ser expreso o tácito o, incluso, "el silencio podría, en ocasiones, constituir una manifestación de voluntad..."

(47) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 182 y ss. No compartimos la posición negatoria del consentimiento por representantes cuando la persona afectada carece de discernimiento, cuando la falta de discernimiento responda a la minoría de edad.

El ejercicio de las facultades de explotación de la imagen se encuentra circunscripto a los términos de la cesión. No se presume, ni puede interpretarse extensivamente ⁽⁴⁸⁾ (artículo 55 Cód. Civ. y Com.).

La existencia del consentimiento debe aparecer indudable ⁽⁴⁹⁾, debiendo establecerse una razonable relación entre la voluntad del titular de la imagen y el uso que se le acuerda.

Cuando la explotación ha sido autorizada de manera específica, precisando el tiempo, lugar, condiciones, oportunidad, medios y modalidades de la utilización, las convenciones deberán ser respetadas rigurosamente (el consentimiento es de interpretación restrictiva, art. 55 Cód. Civ. y Com.). Cualquier exceso del marco de la autorización determina el deber de cesación de uso y el deber de indemnización del responsable ⁽⁵⁰⁾.

Esto tiene un importante fundamento, que se suma al de la libre determinación del titular de la imagen ⁽⁵¹⁾: el precio de transferencia de la imagen para un acto determinado es radicalmente distinto a su enajenación genérica, siendo que la propia imagen pierde valor por su uso indiscriminado.

Cuando no se hubiera determinado específicamente la extensión de la autorización debe ser examinada restrictivamente, conforme las circunstancias del caso ⁽⁵²⁾.

(48) CNCiv., Sala J, "Mesaglio, Paola K. c. Austral Cielos del Sur S.A.", 01/08/2000, L.L. 2000-F, 117, DJ 2000-3, 954; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., La violación al derecho a la propia imagen y su reparación, L.L: 1996-D, pág. 136.

(49) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 180. Se apuntó que "Si bien el consentimiento del actor para ser filmado y luego salir en un programa de televisión no debe ser expreso, tal como se desprende del art. 31 de la ley 11.723 (Adla, 1920-1940, 443), su sola permanencia en un lugar bailable de moda, y aún su eventual conocimiento de la presencia de medios periodísticos o televisivos, no puede implicar ese consentimiento", CNCiv., Sala A, 10/11/1997, "Battafarano, Alberto L. c. Telearte S.A.", L.L. 1999A, 484 (41.169S), JA, 1998III334.

(50) CNCiv., Sala I, 02/11/1997, "Houssay, María I. v. Industrias Electromecánicas SABA S.A.I.F.C. Wemir Electrodomésticos, Lexis N.º 1/52585.

(51) Reconducida a la facultad de escoger la extensión e intensidad con que la propia imagen es expuesta a terceros y divulgada.

(52) "Los derechos personalísimos son relativamente disponibles por su titular e indisponibles por terceros. Ante las consecuencias que esa disposición implica, la misma es esencialmente revocable. Por tanto, aun cuando el contrato mediante el cual una de las partes cedió y transfirió a la otra los derechos de publicación y reproducción que pudieran corresponderle sobre fotografías de su persona no contenga plazo o bien sea de plazo indeterminado, debe entenderse que éste se agotó en el mismo

Estas reglas hermenéuticas tienden a proteger al titular de la imagen exhibida, respetando acabadamente sus derechos personalísimos implicados, a su vez que restringen el enriquecimiento patrimonial injustificado de terceros que actúen valiéndose de una imagen ajena.

II.4. Revocabilidad de la transmisión convencional del derecho

Resulta discutible si la transferencia a favor de terceros del derecho de explotación económica resulta una mera autorización de uso, revocable libremente por el titular, o comporta una enajenación irrevocable que determina el egreso del derecho en forma definitiva de su patrimonio. La segunda opción resulta más apropiada desde la economía del contrato de cesión, al acordar a los cesionarios un derecho incondicionado por el que estarán dispuestos a pagar un mayor valor ⁽⁵³⁾.

No obstante, la referencia a la identidad personal del cedente ha sido empleada para justificar una eventual revocación posterior de parte del titular de la imagen, que decide no seguir exponiéndola por razones personalísimas. Aquí cobra vigor el aspecto existencial del derecho, su inherencia al titular y las limitaciones a la disponibilidad.

Nuestro derecho se inclina por una postura intermedia. El Código Civil y Comercial determina la libre revocabilidad (art. 55). La ley de propiedad intelectual admite la revocación de la cesión por parte del titular original del derecho, indemnizando daños y perjuicios y sin expresar las razones de la decisión (art. 31 ley 11.723), es decir, sin alegar incumplimiento de la contraparte ni frustración del contrato. Se trata de una solución equilibrada, que respeta ambas dimensiones del derecho, y que si bien es cierto que introduce cierto margen de inestabilidad a las transacciones (al transmitirse una propiedad revocable), no lo es menos que condiciona el ejercicio de la facultad revocatoria al adecuado resarcimiento económico del cesionario.

Lo cierto es que el interés del cesionario es exclusivamente patrimonial, y se vería satisfecho por una indemnización integral y razonable, protegiéndose el interés extrapatrimonial del cedente, en la medida en que no sea ejercido abusivamente.

Se plantean dudas acerca de la validez de una renuncia contractual a esta potestad de revocar la cesión. Nos inclinamos a considerarla in-

momento en que se produjo la primera emisión”, CNCiv., Sala D, 17/07/1996, “A., C. c. Editorial Perfil S. A.”, LA LEY 1997-D, 161 - DJ 1998-1, 422.

(53) AMAT LLARI, op. cit., pág. 42.

válida, pues la solución legal se establece en clara defensa de los intereses extrapatrimoniales de la persona en cuestión, vinculados a su propia identidad, de una manera congruente con el sistema axiológico constitucional, impregnado de un claro personalismo solidarista ⁽⁵⁴⁾.

Esta cuestión fue zanjada por el artículo 54 del Código. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es irrevocable.

Sí nos parecen válidas las cláusulas penales o indemnizaciones pre-determinadas que se establezcan para el caso de revocación del contrato, pues no la vedan jurídicamente ⁽⁵⁵⁾.

En vigencia sólo de la ley 11.723, entendimos que el pago de la indemnización opera como recaudo necesario para la revocación de la autorización de uso, y no como una consecuencia aleatoria dependiente de la solvencia del titular de la imagen que, primero, revoca la cesión, y luego, paga si es que puede ⁽⁵⁶⁾. La ley no aclara si la indemnización debe pagarse antes de revocar el contrato (como condición previa) o después, aunque en el segundo caso nos inclinamos a pensar que la validez de la revocación se encuentra condicionada al pago del resarcimiento, por lo dicho.

En el marco otorgado por el Código Civil y Comercial, nuestro parecer es distinto. La irrevocabilidad no puede ser condicionada por el pago de la indemnización, pues la mirada se revierte al considerarse a la imagen un derecho humano. La cancelación de la autorización de uso operará, aunque no se abone el resarcimiento, sin perjuicio, por supuesto, de la subsistencia del crédito a favor de quien tenía derecho a la reproducción.

II.5. Las hipótesis de libre disponibilidad y sus límites

Sin perjuicio de la regla de disponibilidad exclusiva, es materia común el establecimiento de hipótesis de libre disponibilidad de la imagen ajena, fundadas en exigencias de carácter social.

(54) Conf. SANTIAGO (h), Alfonso, "El concepto de bien común en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina", ED 07/06/01; CALDERON, Maximiliano - ELLERMAN, Ilse, "La ideología y la axiología de la Constitución Nacional Argentina", Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N.º 6, <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero6/axiologia.htm>.

(55) Aunque, por su quantum elevado, estas cláusulas podrían implicar de hecho la imposibilidad de ejercer la facultad revocatoria, frustrando el propósito legal. Existe un deber de buena fe de articular la revocación sólo cuando se está en condiciones de cubrir la indemnización (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 185).

(56) Conf. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 185.

II.5.a. El fundamento

Estas exigencias, concebidas como limitaciones constitucionales del ejercicio del derecho ⁽⁵⁷⁾, se justifican en intereses generales relativos a la libertad de expresión (prevista por nuestra constitución en sus arts. 14, 32 y 43 *in fine*), direccionada a profundizar el desarrollo comunitario del conocimiento, la difusión de la información y la cultura y el libre mercado de ideas.

El conflicto se plantea en aquellos casos en que, invocándose un interés comunitario, se pretende hacer utilización de la imagen de una persona sin su consentimiento, y ésta rechaza la utilización o (una vez producida) reclama su cesación o resarcimiento.

La tensión dinámica entre la libertad de expresión y la protección del individuo (en este caso, titular de la imagen) recrea las consideraciones generales realizadas en torno a este derecho, susceptible de lesionar derechos individuales (como el honor o la intimidad) cuando es ejercido de una manera abusiva o disfuncional.

II.5.b. Criterios de admisión de la libre utilización de la imagen ajena

En el caso particular del derecho a la imagen, se han propuesto diversos criterios (de utilización conjunta y complementaria), para determinar en qué casos la libertad de expresión debe prevalecer sobre el uso a la imagen y en qué casos debe ceder ante éste ⁽⁵⁸⁾:

- *Criterio relativo al fin*: La imagen de un tercero puede utilizarse libremente con fines informativos y con fines culturales, que justifique el uso de una imagen ajena ⁽⁵⁹⁾. No puede utilizarse con fines comerciales o publicitarios, sin autorización previa.

(57) AMAT LLARI, op. cit., pág. 33; “Esta disposición que permite el uso de la imagen cuando otros hechos posteriores de interés público lo requieran, permite afirmar que se ha buscado contemplar tanto el derecho individual del habitante (art. 19 CN.), como el derecho general del público a estar informado y el paralelo derecho de los medios de difusión masiva de informar, de acuerdo con la libertad de prensa que reconoce el art. 14 de la Carta Magna”, CNCiv., Sala L, 19/07/2002, “S., A. v. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.”, Lexis N.º 2002341.

(58) En lo sustancial, se toman estos criterios de AMAT LLARI, op. cit., pág. 35 y ss., aunque con modificaciones introducidas por los autores de estas líneas.

(59) En estos casos, por la naturaleza de la actividad, se presume la existencia de un interés colectivo prioritario.

La utilización no autorizada con fines comerciales destaca el valor económico de la imagen con independencia de su uso precedente por el titular, habilitando reclamos indemnizatorios fundados en el provecho obtenido por el tercero que la empleó con esos fines.

- *Criterio relativo al objeto de protección*: La imagen se encuentra protegida cuando resulta directamente atribuible a una persona. Cuando la identificación es dudosa, o se refiere a objetos o accesorios complementarios que no son claramente integrativos de la imagen de la persona en cuestión, la utilización es libre.

- *Criterio relativo a la entidad del daño*: Cuando el daño potencial derivado del uso resulta significativo o grave, la utilización se encuentra vedada. Las razones de interés social obligarían al titular de la imagen a respetar molestias o daños de menor entidad.

Cuando el titular de la imagen la estaba explotando activamente o, por ser un personaje público o famoso estaba en condiciones razonables de explotarla obteniendo una ganancia, el daño generado por el uso in-consentido resulta más fácilmente cuantificable, pues puede referirse a la privación cierta o presunta de ganancias generada al titular.

Estos criterios deben emplearse acumulativamente y no de una manera alternativa, de tal suerte que sólo se autorice el uso libre de la imagen ajena, claramente identificada como tal, cuando se emplea con una finalidad informativa o cultural, sin causar un grave daño a su titular.

II.5.c. Régimen legal

En la legislación argentina (art. 31 ley 11.723 y 53 Cód. Civ. y Com.), considerándose el interés social, se han instrumentado hipótesis de libre utilización de la imagen ajena, que deben a nuestro juicio considerarse taxativamente e interpretarse teniendo siempre en consideración el fin que persiguen. Entendemos que la dogmática legal adopta esencialmente el criterio relativo al fin, aunque pensamos que los demás pueden emplearse como correctivos y complemento de la fórmula legal.

Examinamos tales hipótesis:

- Muerte del titular de la imagen y sus sucesores calificados o transcurso del plazo legal máximo de 20 años desde la muerte (arts. 35 ley 11.723 y 53 Cód. Civ. y Com.): esta alternativa ya fue examinada. Comporta una limitación a la transmisión *mortis causae* de los derechos de utilización, fundada en razones de interés general, tales como la libre circulación de la información.

- Empleo relacionado con fines científicos, didácticos y en general culturales (arts. 35 ley 11.723 y 53 lit. b) Cód. Civ. y Com.): el elemento legitimante de la libre utilización deriva del interés social en la difusión, teniendo carácter axiológico. Lo relevante es la finalidad que se acuerda al uso de la imagen, que debe en su caso ser valorada judicialmente.

Los fines culturales deben ser apreciados ampliamente, alcanzando aspectos informativos, artísticos, científicos, o similares. No creemos correcto habilitar juicios relativos a la calidad del producto ⁽⁶⁰⁾, sino exclusivamente a su razonable encuadramiento como bien cultural, pues la ley no establece un sistema de censura y calificación estética, sino sólo de comprobación de los fines. El uso cultural debe ser interpretado restrictivamente, a los fines de no desnaturalizar el sistema ⁽⁶¹⁾.

Los fines mencionados deben hallarse invariablemente presentes en la utilización de la imagen, que debe satisfacer intereses de conocimiento o información general o del desarrollo cultural del medio social. No se habilita la utilización con fines estrictamente comerciales o promocionales, pues en tal caso se acordarían beneficios al responsable del uso inconsulto, sin ninguna justificación de base comunitaria ⁽⁶²⁾.

La confluencia de intereses comerciales y culturales no deslegitima el uso, en la medida que tenga razonable prevalencia el carácter formativo o informativo. Vale la salvedad en la medida que el desarrollo de la industria de la información haría virtualmente estéril esta hipótesis si se la excluyera ante la mínima expresión de un ánimo de lucro involucrado ⁽⁶³⁾.

Aún en los casos en que el uso se encuentra autorizado por el fin, subsisten recaudos generales relativos al empleo no lesivo del titular de la imagen, relacionados con otros derechos como la identidad, el honor y

(60) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 191.

(61) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 192.

(62) CSJN, "Lambrechi, Norma B. y o. v. Wilton Palace Hotel y o.," 28/06/1988, Fallos T. 311, P. 1171. En "Mesaglio, Paola K. c. Austral Cielos del Sur S.A.," la CNCiv., Sala J, 01/08/2000, L.L. 2000-F, 117, DJ 2000-3, 954, resolvió la demanda de una ex aeromoza de avión quien había sido fotografiada mientras cumplía sus tareas laborales, incluyendo la empresa luego la imagen en la revista que se reparte a los pasajeros. La defensa se basó en la excepción del art. 31, ley 11.723, tesis refutada por el tribunal al advertir, con sólidos fundamentos, que dicha publicación tiene fines publicitarios y promocionales.

(63) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 187; VILLALBA, Carlos y LIPZYC, Delia, "Protección a la propia imagen," L.L. 1980-C-815.

la intimidad. De allí que se imponga un empleo “inofensivo” ⁽⁶⁴⁾, sin segundas intenciones, sin tergiversaciones, y adoptando las precauciones necesarias para evitar la identificación de la persona, si fuera necesario según el caso ⁽⁶⁵⁾.

En esta línea, el Código Civil y Comercial limita la utilización a “que se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario”. Tobías interpreta la limitación ⁽⁶⁶⁾:

El interés general que el inciso resguarda puede, en ocasiones, ser satisfecho sin necesidad de la identificación de la persona de que se trata, como el supuesto de una publicación médica que busca ilustrar acerca de ciertas enfermedades o terapias: si el interés científico queda satisfecho sin necesidad de la visualización de la imagen del paciente, la identificación desborda ese interés y afecta el derecho a la imagen.

(64) En un caso de difusión en una revista de corte sensacionalista de dos fotografías del cuerpo desnudo y sin vida de una persona, ante el reclamo de los padres a la editorial de la indemnización por el daño moral causado, el tribunal desvirtuó la defensa de los accionados basada en el supuesto interés cultural perseguido a través de la difusión —fines didácticos— y en que se trataba de hechos o acontecimientos públicos (CNCiv., sala F, 14/10/1999, “Valdez, José v. Editorial Perfil”, con nota de Luis D. Crovi, Lexis N.º 20003160). Para rebatir la aplicabilidad de la primera excepción dijo “...en la especie, no advierto cuál ha sido la posible finalidad “cultural” que pueda haber tenido la publicación de las fotografías del cuerpo desnudo de la fallecida, las que ni siquiera fueron obtenidas en el lugar de los hechos, sino que fueron extraídas —presumiblemente— en el centro de asistencial donde fuera atendida o en la morgue judicial. Se trata de fotografías que —totalmente fuera de contexto e innecesarias para la información— han sido adosadas a la crónica policial con la única finalidad —como ya lo señalé— de impresionar e impactar al público en general, de manera totalmente sensacionalista...”. La valoración del decisorio sobre el interés público como justificación de la publicación no consentida de la imagen resulta de un valor relevante: “...se exige también que la cuestión debe provocar un notable interés. Si no hay un verdadero acontecimiento peculiar, que representa un interés informativo, serio, importante y útil para la sociedad, debe prevalecer el bien individual, pues, caso contrario, y con diversos motivos simulados o aparentes, se vería fácilmente violado. Y, en el caso de autos, ya se ha destacado que las fotografías resultaron absolutamente innecesarias a los fines de la información que se brindaba y, por tanto, las reproducciones no tuvieron el fin teleológico previsto por la ley. Aquí las fotografías se emplearon con un fin netamente comercial y sensacionalista”.

(65) RIVERA, Julio César, “Hacia una protección absoluta de la imagen”, en Revista de la Asociación de Magistrados y funcionarios de la Justicia Nacional, N.º 1, pág. 33; CNCiv., Sala D, 30/11/1993, “P. de B., A.N. v. J.J. y otro”, Lexis N.º 943150: se trató de la difusión en una revista científica de fotografías del rostro de un paciente a quien se le había realizado una cirugía estética, sin tomar los recaudos necesarios a fin de preservar la identidad del retratado.

(66) TOBIAS, José W., Op. cit., pág. 378.

El supuesto de utilización de imágenes de figuras públicas, conocidas o famosas no presenta particularidad alguna en la especie; su imagen sólo podrá ser utilizada sin consentimiento cuando se tienda a satisfacer uno de los fines legales ⁽⁶⁷⁾. Debe apreciarse que las figuras públicas son quienes podrían sufrir mayores perjuicios económicos por la utilización no consentida de su imagen, al tener ésta un valor real o potencial concreto; en estos supuestos el uso inconsciente de la imagen debe acotarse contextual y ambientalmente, de suerte que resulte claro que su empleo es en carácter informativo y no publicitario ⁽⁶⁸⁾.

- Empleo relacionado con hechos o acontecimientos que se hubieran desarrollado en público [art. 31 ley 11.723 y 53 lit a) Cód. Civ. y Com.].

Comprende los hechos o acontecimientos desarrollados en público. En este caso, el elemento que legitima la libre utilización deriva del lugar y circunstancias en que se desarrolla un hecho que incluye al titular de la imagen. Lo definitorio en este punto es la intervención en hechos sociológicos realizados en público, a la vista indiscriminada de terceros, formando parte de un conglomerado de personas; de este modo, la imagen personal se diluye y despersonaliza, de modo que no existe un aprovechamiento específico que requiera consentimiento ⁽⁶⁹⁾.

(67) En un fallo, la CNCiv., Sala K, 30/09/2003, "Piazzolla, Daniel H. c. Telefónica Argentina S.A. s/ daños y perjuicios", <http://www.eldial.com.ar/nuevodial/031009-a.asp>, rechazó la demanda entablada por el heredero del célebre músico Astor Piazzolla en contra de Telefónica Argentina S.A., la que utilizó un dibujo del músico realizado por el también famoso dibujante Hermenegildo Sabat en una serie de tarjetas de llamadas internacionales desde el exterior. En el caso el tribunal receptó la postura de la telefónica, la que alegó que la inclusión de dicha imagen pretendía llevar la cultura y el ser nacional hacia el mundo. El tribunal dijo que la inclusión de la imagen está autorizada por cumplir objetivos que hacen a la divulgación del ámbito cultural de nuestra nación.

(68) Así lo resolvió la CNCiv., Sala K, "Santos de Heller, María v. Editorial Perfil S.A., s/ daños y perjuicios", Lexis N.º 10/4147: Cuando la reproducción de la imagen de la persona se relaciona con hechos, acontecimientos o ceremonias de carácter público o desarrolladas en público, se halla por completo justificada la limitación del derecho subjetivo a la imagen, habida cuenta de que la figura del retratado es simple elemento del hecho, acontecimiento o ceremonia de interés público o desarrollado en público, y puede incluso admitirse la existencia de un consentimiento tácito para la reproducción de la imagen encuadrada en aquel acontecimiento... Tal criterio rector es evidentemente el que ha recepcionado el art. 31 de la ley 11.723 cuando en su parte final alude a la libertad de publicación del retrato cuando se relaciona "...con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público...".

(69) "Cualquiera sea la índole del lugar público de la filmación, la difusión directa y personalizada de un sujeto en particular divulgando su imagen, no como alguien más que participa del acontecimiento o asunto de interés general, sino para utilizarla

Lo relevante es el conjunto, integrado por numerosos individuos cuya presencia resulta casual y anónima. Lo que se muestra es el hecho y el conjunto, y no el individuo particular.

Se trata de una hipótesis autónoma, que sólo requiere esta presentación colectiva para su funcionamiento ⁽⁷⁰⁾. No nos parece correcto adicionar el requisito de interés público ⁽⁷¹⁾, por cuanto la mostración de los acontecimientos realizados en público, como hecho sociológico, sólo resulta posible comprendiendo la imagen de las distintas personas que integran los conjuntos humanos respectivos, sin que sea materialmente posible recabar el consentimiento de todos los sujetos intervinientes.

Es requisito necesario de funcionamiento de esta hipótesis la exhibición de la imagen de las personas en forma anónima, diluida en la colectividad. Cuando se individualiza una persona determinada dentro del grupo, personalizando y enfatizando la mostración, recupera plena vigencia el principio de disponibilidad exclusiva y la necesidad de recabar autorización.

Corresponde aclarar que las hipótesis referidas autorizan el uso libre de la imagen, pero no conceden una carta de indemnidad a quienes la empleen, acotando las facultades de ejercicio en razón de otros derechos personalísimos, que podrían aparecer implicados (intimidad, honor, etc.).

- Empleo en el ejercicio regular del derecho a informar sobre acontecimientos de interés general.

Abarca la difusión, ejercida regularmente en ejercicio del derecho a informar, de hechos o acontecimientos de interés público. Aquí el elemento que autoriza la libre utilización deriva del interés social en la difusión, teniendo carácter axiológico. Se trata de una alternativa que requiere una valoración (a realizarse de ordinario en sede judicial) acerca de la existencia de un razonable interés comunitario.

con un puro interés de lucro y explotarla comercialmente para dar contenido a una parte del programa televisivo, requiere el previo e inequívoco consentimiento del individuo", CNCiv., Sala A, 10/11/1997, "Battafarano, Alberto L. c. Telearte S.A.", L.L. 1999A, 484 (41.169S), JA, 1998III334.

(70) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 193/194.

(71) CIFUENTES, Santos, op. cit., pág. 535, recurriendo al concepto de "eventos de notable interés".

Si bien el examen deberá practicarse en cada caso concreto, existen ciertas materias que a priori pueden entenderse comprendidas en el interés público (gobierno, seguridad, administración de justicia) ⁽⁷²⁾.

Se ha señalado la necesidad de un “sano interés público”. Compar-timos la posición, en cuanto sólo legitima el uso no autorizado de la imagen cuando, en función de parámetros objetivos, su difusión satisface intereses colectivos. No basta referirse a los apetitos y orientacio-nes de consumo del público, sino que se requiere una real trascendencia colectiva.

Tobías ⁽⁷³⁾ marca que en esta hipótesis se sitúan la difusión de imáge-nes de personajes públicos, pero esa sola característica “no permite por sí sola la difusión de ‘cualquier imagen’, como aquellas privadas notoria-mente ajenas a la exposición del público”.

Son aplicables a esta hipótesis las reflexiones realizadas en relación al empleo con fines científicos, didácticos y culturales.

V. DETERMINACIÓN DEL VALOR ECONÓMICO DE LA IMAGEN

V.1. Casos de cuantificación económica

Conforme lo examinado antes, la imagen de una persona es cuantifi-cada principalmente en dos circunstancias ⁽⁷⁴⁾:

- a. Cuando el titular de la imagen resuelve aprovecharla económica-mente, introduciéndola al giro comercial.
- b. Cuando la imagen es utilizada sin consentimiento y con fines co-merciales por un tercero, autorizando un reclamo de parte del titular.

(72) BORDA, Guillermo, Op. cit. Pág. 317, expresa que “[c]abe preguntarse si la reproducción en un periódico de la fotografía de un criminal es ilícita. El art. 31, ley 11.723, en su último apartado, permite la reproducción en caso de que se trate de hechos de interés público. Ello autorizaría, a nuestro entender, la publicación de la fotografía del autor de un delito de acción pública, tanto más cuanto que ella puede facilitar la identificación del delincuente y es un medio de defensa social. En cambio, creemos que es ilícita la publicación de un retrato del autor de un delito de acción pri-vada, y mucho más, por cierto, la fotografía de la víctima”.

(73) TOBIAS, José W, Op. cit., pág. 379.

(74) No se trata de que la imagen se patrimonialice, sino tan sólo de la determina-ción numérica del valor patrimonial preexistente.

Entonces, tenemos que la imagen posee por sí y en todos los casos un valor económico potencial, que se actualiza cuando se emplea efectivamente con una finalidad comercial o publicitaria.

El valor comercial se observa más claramente en el caso de personas famosas, cuya imagen tiene un valor de mercado indiscutible, hayan instrumentado o no la forma de obtener provechos pecuniarios concretos.

En el caso de las personas no famosas, debe reconocerse igualmente un valor publicitario, que puede materializarse en caso de contrataciones originarias ⁽⁷⁵⁾ y de utilizaciones no consentidas. En este segundo caso, se intenta evitar el enriquecimiento injusto de quienes se apropian de la imagen ajena para incrementar sus beneficios comerciales ⁽⁷⁶⁾.

En relación al daño por uso no autorizado de la imagen, debe destacarse que presenta una dimensión patrimonial y otra extrapatrimonial. Sólo la primera presenta relaciones con el valor económico de la imagen, quedando la segunda atrapada en la esfera del daño moral ⁽⁷⁷⁾. Es llamativo que la mayoría de las resoluciones judiciales publicadas, relacionadas al tema, concluyen en el otorgamiento de indemnizaciones por daño moral ⁽⁷⁸⁾.

V.2. Formas de cuantificación de la imagen

Lo dicho permite establecer distintas maneras en que se cuantifica la imagen, según el caso:

a. Cesión contractual del uso: en este caso el valor de la imagen se determina convencionalmente, según su valor de mercado, teniendo en cuenta los probables réditos derivados de su utilización (conforme la fama, prestigio y proyección publicitaria del titular), la importancia de la empresa cesionaria, el uso que se pretende darle (específico, temporario

(75) Es el caso de una persona no famosa que, por medio de un casting, es elegida con fines publicitarios.

(76) AMAT LLARI, op. cit., pág. 13.

(77) El daño moral por violación del derecho a la imagen se produce por su sola utilización, sin necesidad de que se vulneren otros derechos personalísimos (conf. CNCiv., Sala D, 30/11/93, LL 1994-D-147; CNCiv., Sala C, 06/05/82, ED 99-714, entre otros).

(78) CNCiv., Sala D, 30/11/1993, "P. de B., A.N. v. J.J. y otro", Lexis N.º 943150; ídem, Sala I, 02/11/1997, "Houssay, María I. v. Industrias Electromecánicas SABA S.A.I.F.C. Wemir Electrodomésticos", Lexis N.º 1/52585; íd., Sala L, 19/07/2002, "S., A. v. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.", Lexis N.º 2002341.

o permanente; como “imagen oficial” o no; para uno o varios productos; etc.), la exclusividad de la transferencia, etc.

b. Utilización no autorizada que genera daños económicos fácilmente cuantificables al titular: en este caso, la determinación del valor de uso de la imagen se establece en relación al daño o pérdida patrimonial causados, siguiendo la dogmática tradicional en materia resarcitoria, sin perjuicio de lo que el grado de enriquecimiento del infractor pueda resultar relevante.

Se trata de circunstancias en que el uso por un tercero tiene un valor real o aproximado en el mercado ⁽⁷⁹⁾.

La cuantía del perjuicio comprenderá, de ordinario, el valor de uso que no fue pagado por quien empleo la imagen, de fácil determinación cuando el titular de la imagen se encuentra explotándola por una cierta cifra ⁽⁸⁰⁾. Puede, según los casos, incluir montos por ganancia porcentual esperada o por resarcimientos a terceros derivados de violaciones de cláusulas de exclusividad.

c. Utilización no consentida, que no genera daños económicos fácilmente cuantificables: en este caso, se plantea un serio problema en cuanto a la cuantificación de los perjuicios por uso no consentido.

Aquí no hay una explotación patrimonial de la imagen que preceda su uso no autorizado, ni un valor de mercado apreciable, por lo que se ha propuesto mensurar el daño en función de los beneficios percibidos por quien utiliza la imagen.

(79) En el caso fallado por CNCiv., Sala D, 17/07/1996, “A., C. c. Editorial Perfil S. A.,” LA LEY 1997-D, 161 - DJ 1998-1, 422, se determinó el resarcimiento patrimonial en relación al monto máximo pagado en relación a contratos similares al que motivó el juicio. Igual tesis siguió la CNCiv., Sala I, 31/08/1995, “Rother, Sergio H. y otro c. Cica S.A. Industrias Alimenticias y otros,” L.L. 1998-B, 722, se tuvo en cuenta el monto del contrato violado y sus sucesivas prórrogas.

(80) CNCiv., Sala G, 04/10/2000, “Urzi, Daniela A. c. System Action S.R.L.,” L.L. 2001-A, 8, DJ 2001-1, 481; RCyS 2001-I, 144: se trató de un supuesto de continuación de la utilización de la imagen después de la finalización del contrato que lo permitía, y la indemnización se fijó en base al precio pactado. En este sentido GREGORINI CLUSSELLAS, Eduardo L., op.cit., loc.cit., enseña que el daño material se cuantificará “según el lucro cesante derivado de la frustrada posibilidad de obtener una retribución para otorgar la autorización. En el caso de artistas, deportistas o modelos publicitarios se fijará en base al cachet estimado y no percibido para casos similares, y en el caso de personas no dedicadas a publicitar su imagen, el monto será fijado a criterio razonable del Tribunal, pudiendo el criterio de una relativa analogía servir...”

Un criterio de cuantificación podría atender al enriquecimiento injusto del usurpador de la imagen. Es el caso característico de las personas no famosas, cuya imagen no tiene valor de mercado ⁽⁸¹⁾.

Sin embargo, esta vía resulta ajena al principio de indemnización integral, imperante en nuestro sistema resarcitorio.

Tampoco parece satisfactorio el recurso al enriquecimiento sin causa, limitado objetivamente por el empobrecimiento del damnificado ⁽⁸²⁾.

Lo cierto es que, si no se exige la prueba del empobrecimiento y se considera sólo el enriquecimiento que obtuvo el responsable, estaríamos utilizando técnicas sancionatorias, ajenas a la estructura resarcitoria del sistema de daños argentino.

El respeto al sistema indemnizatorio vigente obligaría a demostrar un perjuicio real, que podría precisarse tomando como referencia el precio que efectivamente hubiera cobrado la persona no famosa por el uso de su imagen. Como dicho precio, según valores de mercado, puede ser ínfimo, el resultado práctico sería el enriquecimiento injusto del apropiador de la imagen, el incentivo de conductas de apropiación ilegítima (económicamente rentable) y la insuficiencia de la tutela de la autodeterminación de las personas individuales, que quedarían constantemente expuestas a sustracciones de imagen.

El déficit axiológico de esta alternativa importa la enérgica propuesta de un sistema mixto, resarcitorio —sancionatorio—, recurriendo a instrumentos punitivos, aceptados por la más moderna doctrina dentro de nuestro sistema jurídico ⁽⁸³⁾. La función correctiva y disuasoria de tales

(81) En el citado "Mesaglio, Paola K. c. Austral Cielos del Sur S.A.", la actora, quien no era una persona famosa, reclamó una suma de dinero en concepto de enriquecimiento sin causa por parte de los demandados. El Tribunal rechazó la demanda en este rubro, al considerar que el perjuicio causado se limitaba al daño moral. Igual suerte, el rechazo, corrió el reclamo formulado en contra del diario Clarín por quien fue fotografiado y cuya imagen fue publicada en primera plana vinculada, en forma errónea, a un delito. En este caso el Tribunal concluyó en que no procedía la indemnización por daño patrimonial pues la publicación errónea de la imagen se indemnizaba a través del daño moral y no se habían probado las mayores ventas que la publicación habría generado (CNCiv., Sala I, 31/08/1999, "P., F. A. c. Diario Clarín y otro", LA LEY 2000-B, 21, con nota de Gerardo Ancarola.

(82) En estos casos el lesionado debería probar que en casos similares quien cede su imagen participa en las ganancias de quien la utiliza.

(83) Entre numerosas publicaciones, remitimos a KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "¿Conviene la introducción de los llamados 'daños punitivos' en el Derecho Argentino?", anticipo de "Anales", año XXXVIII, N.º 31, Academia Nacional de Derecho y

técnicas parece el único mecanismo idóneo a los fines de evitar ilegítimos enriquecimientos en el sentido que venimos comentando ⁽⁸⁴⁾.

Ciencias Sociales de Buenos Aires, y a PIZARRO, Ramón Daniel, "Daños Punitivos", en "Derecho de Daños", Segunda Parte, libro en homenaje al profesor Félix Trigo Represas, La Rocca, Buenos Aires 1993).

(84) La incorporación de técnicas de disuasión económica que obliguen a las empresas a internalizar en su estructura de costos montos significativos por operar conductas contrarias a la ley resulta fundamental en la estrategia preventiva de ilícitos y daños por los días que corren. En la actividad empresarial, tanto el valor de una indemnización como el de una sanción representan costos, y el cálculo riesgo - beneficio se realiza considerando el impacto económico que aquellos suponen, sin ningún examen axiológico o ético complementario.

PERSONA HUMANA Y DERECHOS SUBJETIVOS

POR MARIANO GAGLIARDO (*)

I. PRELIMINAR

Integrar la nómina de colaboradores en un merecido homenaje al insigne jurista Guillermo A. Borda y el auspicio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que el mismo también integrara, es una notable distinción que me halaga. La mención en un ambiente, de gente de derecho al doctor Borda es de por suficiente, pues su personalidad y trayectoria es por demás conocida. Su tesis doctoral sobre “Error de hecho y derecho”, obra profunda, lúcida y destacada es una valiosa y única contribución en un tema arduo y plagado de dificultades. Ni que hablar de su libro “La retroactividad de la ley y los derechos adquiridos” exponiendo conceptos novedosos en una materia sumamente delicada. Su renombrado Tratado de Derecho Civil, editado en varias ediciones, resultó la única obra orgánica y completa en la disciplina civil, donde siempre el lector encuentra soluciones claras a cuestiones simples o complejas. Su excelente trayectoria judicial y docente son significativos lauros. Integró, asimismo la Comisión de Reformas al Código Civil, redactado por Vélez Sarsfield, que proyectó la ley 17.711 de 1968, publicando un utilísimo comentario en el libro La reforma del Código Civil en donde analizó y rebatió las críticas que se hicieran con motivo de su sanción.

II. OBJETO

Un libro señero del ilustre Borda, quizás el último de su autoría lleva el título “Persona humana” y hemos optado por el enunciado que ilustran

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

estas líneas, aunado al de “derechos subjetivos”, connatural con aquélla, como manera de rendir nuestro homenaje a quien fuera nuestro primer y recordado profesor universitario de Derecho Civil, Parte General.

III. PRELIMINAR

El estudio, análisis y consideración relativo a la persona humana (o bien persona física o individual) ha sido objeto de profundos e interesantes obras y estudios jurídicos que se remontan a la antigüedad y subsisten en nuestros días.

La bibliografía sobre el particular es abundante y todos los trabajos realizados han contribuido a clarificar aspectos del tema ⁽¹⁾.

Traemos a colación dos opiniones autorales que nos parecen relevantes en nuestro análisis.

En primer término, citamos a la doctora Kemelmajer de Carlucci quien dice: que el Derecho y su progreso suponen siempre, como valor esencial, el respeto por la persona humana. El hombre es el centro del mundo y, por ende, del mundo del Derecho. Por eso en nuestros días, es indudable una creciente atención del derecho por la persona humana en su realidad global y en todos sus valores ⁽²⁾. Ha dicho que, en tanto el hombre, como individuo, lo es con jerarquía espiritual, es portador de valores, religiosos, éticos y de cultura en general, y construye su vida (que sólo le ha sido dada en lo biológico) sobre esos valores. En segundo lugar, Alfredo Orgaz ha dicho “es la persona, y no el individuo, quien está en el centro del problema. Con este otro nombre, el problema adquiere una súbita lucidez: el Estado se encuentra obligado a tratar a los hombres como personas y, por consiguiente, a respetar los valores y los derechos esenciales inherentes a su esencia espiritual: profesar libremente su culto, enseñar y aprender, publicar sus ideas, entrar y salir del territorio que habitan, trabajan, y demás derechos que enumera, no limitativamente, nuestra Constitución” ⁽³⁾.

(1) Entre otros: Busso Eduardo B., Código Civil Anotado, Ediar, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 242 y s.s.; Tobias, J. W., Derecho de las Personas, La Ley, Buenos Aires, 2009, p.i. y s.s.; Borda, G. A., Tratado de Derecho Civil, Parte General, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t.I. p. 229 y s.s.; Llambias, J.J, Tratado de Derecho Civil, Parte General. Lexis Nexis, 20 ed. t.I. p. 217 y s.s. Orgaz, Alfredo, Persona humana, Depalma, Buenos Aires, 1946.

(2) El daño a la persona, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N.º 1, Santa Fe, 1995, p. 69 y s.s.

(3) Las personas humanas, Esencia y existencia, trabajos recopilados por Matilde Zavala de González, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 37 y s.s.

El vocablo *persona*, del latín *personae*, era la máscara o disfraz del actor en la representación teatral clásica y luego por un proceso de traslación, designó al individuo y como estas máscaras representaban a los héroes cuyo papel utilizaban los actores, se dio en llamar personas a todos los hombres que difieren unos de otros no por la máscara sino por una fisonomía bien típica, y que obran como personajes sobre la escena del mundo. Ampliando lo expuesto en el lenguaje teatral, se usaban las expresiones de desempeñar, actuar o sostener la persona en el sentido de actuar en el drama alguno de los papeles de éste. Dicho en lenguaje escénico el vocábulo se introdujo en la vida. En razón de que el actor en el drama tenía un papel, también de quien en la vida representaba alguna función, se decía que estaba funcionando como una persona. Persona, entonces, denotaba: posición, función, cualidad. Por un ulterior desarrollo lingüístico, la palabra *persona* pasó luego a nominar al hombre. Y finalmente, se llegó a ver en la palabra *persona* la indicación del individuo humano ⁽⁴⁾.

Otra corriente autoral, se referían con tal expresión a los personajes que eran por ellos interpretados, mientras que no estaban ausentes quienes aludieran con dicho nombre a la “cualidad” o “función” desempeñada en la vida corriente o al hombre, en general. Conserva la condición de una de las nociones básicas en el mundo de lo jurídico.

Asimismo, existen otras disciplinas que con sentidos diversos emplean la palabra *persona*: Filosofía, la Ética, la Psicología y la Sociología.

IV. PERSONA, INDIVIDUO, Y HOMBRE

Cada una de estas nociones, tienen su acepción e inclusive, en el lenguaje vulgar, pueden asimilarse o bien resultar sinonimias. Por lo demás, en estas consideraciones no puede soslayarse a Maritain, ilustre pensador, quien advertía que el distingo entre individuo y persona no es cosa nueva, sino que “pertenece al patrimonio intelectual de la humanidad” ⁽⁵⁾.

Dice el autor citado que la individualidad y la personalidad son dos líneas metafísicas que se cruzan en la unidad de cada hombre y, en cuanto

(4) Recasens Siches, Luis. Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 2006, 15° ed., p. 153.

(5) Para una filosofía de la persona humana, Club de Lectores, Buenos Aires, 1984, p. 141.

a la última, es un misterio más hondo todavía y cuya significación es aún más difícil de escrutar.

La voz persona en su significado jurídico representa la unión de un contenido y una forma cualitativa. La sustancia está dada por el hombre; la cualidad por la personalidad que el derecho le atribuye: implica la vida del hombre en el ordenamiento jurídico ⁽⁶⁾.

En épocas recientes, señala Recasens Siches ⁽⁷⁾ un factor histórico que ha contribuido a complicar el tema relativo a la persona ha sido el haber confundido diversos problemas en torno de la persona, apareciendo este tema rodeado de equívocos y vacilaciones.

A raíz de que la persona concreta contiene variados ingredientes sociales o imitaciones, a la hora de las consideraciones en las distintas disciplinas que tratan el asunto, surgen parecidos o similares rasgos conceptuales.

Precisando vocablos, individuo es un uso común respecto de un determinado ser humano; es decir una persona natural que es el hombre. No está demás señalar que la utilización de la palabra individuo con relación a un ser humano, suele tener un sentido peyorativo o bien despectivo. Es decir, inclusive hasta se podría sostener que el signado individuo carece de la calidad que bien utilizada es una persona o de algunas de sus características positivas.

En un análisis riguroso, los términos persona e individuo responden a un giro clásico y antiguo y no conllevan oposición terminológica. Se atribuyen a la persona, al ser humano, y conforman categorías que han sido introducidas por el existencialismo filosófico. Debe señalarse que en rigor el hombre es también un individuo y ambos confluyen en una persona humana, en un mismo hombre. Empero, esa reunión, no resultan como dos entidades distintas sino como dos calificaciones, como dos fuerzas. El hombre-individuo vive aislado, preocupado por se; mientras que el hombre-persona es el mismo hombre-individuo que se inserta en lo social, busca un destino trascendente y procura descubrir el universo.

Es el mismo hombre que el precedente y es el hombre individual, una realidad frente a la cual se encuentra el Derecho quien hace de éste, al concederle personalidad, contenido de deberes y derechos subjetivos.

(6) Cifuentes, Santos Derechos personalísimos, Astrea, Bs As, 2008, 3° ed., p. 120.

(7) Tratado General de Filosofía del Derecho, Porrúa, México, 23° ed., p. 244 y s.s.

La situación individuo-persona es axiológica; la persona es una categoría ética; mientras que el individuo es un sí mismo.

En esta breve exposición, surge un concepto medular: ser humano que tiene un rasgo notable que resulta estar dotado de razón: el ser humano, está condicionado por la naturaleza y las demás circunstancias que provienen del clima, geografía y pautas susceptibles de incidir en una persona humana ⁽⁸⁾.

El ser humano, el ser del individuo, consiste en un “ser por sí” y “para sí mismo”, en un modo autónomo e independiente.

En una concepción filosófica ⁽⁹⁾ el hombre es persona, por su naturaleza, y no por el reconocimiento del derecho objetivo. La noción de persona es relevante pues todo el derecho ha sido creado en atención a los intereses de las personas humanas. No es producto del derecho, no nace por merced del Estado y el derecho no puede desconocerle. Persona es el hombre integral, aunque el derecho sólo se ocupe de él en tanto sujeto de derecho y deberes jurídicos. El derecho se ocupa de uno de los aspectos del hombre, sin desatender su destino, y no lo trata como una entidad abstracta y puramente formal.

Para la posición jusnaturalista, que compartimos, la personalidad es un atributo esencial del ser humano e inseparable de éste, pues como ser racional y libre le corresponde la capacidad de querer y obrar para cumplir sus fines, entre otros, el jurídico.

V. PERSONA HUMANA Y PERSONALIDAD JURÍDICA

Desde el punto de vista jurídico y de manera genérica, se denomina persona a todo ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones o bien en otro enfoque, el ser apto de resultar sujeto pasivo o activo de relaciones jurídicas. Inclusive de manera impropia suelen utilizarse y confundirse los vocablos “persona” y “personalidad”. Así, se afirma, si persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, por personalidad debe entenderse la aptitud de resultar sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Se es persona, luego se tiene personalidad. Esta última, es la exigencia del orden jurídico que requiere y otorga para integrar el

(8) Mounier E. El personalismo, Eudeba, Buenos Aires, 1962, p. 12 y s.s.

(9) Arezo Piriz, E. Comienzo de la personalidad, comunidad y Estado, Anales Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, N.º 32, Buenos Aires, 1994.

sistema legal. La persona es una noción metajurídica; es anterior, precede al derecho que recepta tal concepto y lo valora jurídicamente. Es que persona natural es el hombre: ser racional y libre y la persona es colocada en el centro de las reflexiones y experiencias jurídicas y resulta el sustento de teorías éticas y jurídicas.

La noción de personalidad no puede reemplazar ni al concepto de “persona” ni al de “capacidad”: persona es el “ente que cada uno es”, mientras que “personalidad” es la exteriorización del ente que cada uno es hacia la realidad. Al decir de Cifuentes ⁽¹⁰⁾, personalidad, es la abstracta posibilidad de que esté investida la persona.

Al decir de Recasens y Siches ⁽¹¹⁾:

El individuo como personalidad no es la persona humana total, entrañable, profunda, auténtica que cada ser humano es, antes bien, es tan sólo un conjunto de funciones preconfiguradas por el Derecho, consistentes en la serie de todos los deberes jurídicos y de los derechos subjetivos de un ser humano.

Agrega dicho autor, que lo que en el derecho funciona como personalidad jurídica individual no es el individuo entrañable e irreductible, el hombre de carne y hueso, el sujeto auténtico, único e incanjeable, antes bien, es un repertorio de funciones (deberes y facultades) establecidos o reconocidos por el derecho.

Es que el derecho, como ordenamiento jurídico de la civilización, no puede prescindir de admitir la personalidad jurídica del hombre. Porque, la personalidad no es una cualidad natural sino jurídica y es algo que el derecho elabora para fines particulares.

VI. PERSONA HUMANA: FORMULACIÓN LEGAL

En el abrogado Código Civil, en el Título I al enunciar “De las personas jurídicas”, en la nota a dicho enunciado, decía “Se usa la expresión persona jurídica, como opuesta a la persona natural, es decir, al individuo, para mostrar que ellas no existen sino como un fin jurídico”.

Y en la redacción del art. 31, se lee “Las personas son de una existencia ideal...” y, en el art. 51, se dice “todos los entes que presentasen signos

(10) Derechos personalísimos, Astrea, Buenos Aires, 2008, 3° ed., p. 129.

(11) Introducción, cit. p. 153.

característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”.

Lo cierto es que la terminología de “persona física”, “personas de existencia visible”, individuales”, “personas naturales”, todas indistintamente, resultan sinónimos de “persona natural”.

En el actual Código Civil y Comercial se optó por una redacción sencilla, aludiendo al comienzo de existencia de la persona (humana), “la que comienza con su concepción” (art. 19) y se refiere a la misma en otras disposiciones (art 52, 62, etc.).

No obstante, lo expuesto, existen un resabio de la “persona física” al contemplar la “franquicia” (art. 1513 inc. a).

VII. PERSONA HUMANA Y DERECHO SUBJETIVO

Toda persona humana por existir como tal tiene una esfera de libre actividad y así lo demás sujetos de la comunidad tienen el deber jurídico de respetarla y no vulnerarla. Es que el derecho subjetivo de la persona humana es la formulación a la vida ésta, de los alcances de deberes jurídicos que corresponden a otros sujetos y configura el denominado reverso material de los deberes jurídicos de otros sujetos ⁽¹²⁾.

De manera que, para el autor citado, el derecho subjetivo como reverso material de un deber jurídico de los demás, consiste en el margen de conducta libre y respetada de que dispone el sujeto, por virtud del deber que los demás tienen de abstenerse de todo comportamiento que perturbe o haga imposible o haga imposible dicha esfera de la holgura en tal sujeto. En palabras del referido tratadista, se trata de deberes jurídicos de otras personas y suelen ser derechos contratados (ob. cit. p. 142).

Cifuentes ⁽¹³⁾ desarrolla las distintas posiciones respecto de los derechos subjetivos y se en columna en la teoría voluntarista: derecho a exigir un especial comportamiento, hecho u omisión, de una persona determinada o de las personas en general que se encuentran frente al titular.

El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil ⁽¹⁴⁾ recomendó incorporar en una revisión del Código Civil, una legislación orgánica sobre los

(12) Recasens Siches, ob. cit. p. 14

(13) Ob. Cit. p. 115 y S.S.

(14) Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, t. I, p. 182.

derechos de la personalidad, en cuanto *derechos subjetivos de carácter especial* (resaltado nuestro).

El art. 51 Código Civil y Comercial, incorpora los derechos personalísimos al Código (*inviolabilidad de la persona humana - la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*) que reconocen y garantizan a la persona humana el goce de su propia entidad e interioridad en todas sus manifestaciones físicas y espirituales ⁽¹⁵⁾.

Son derechos subjetivos que le pertenecen por su condición humana, aun cuando las referencias resulten en diversas, si bien reconocen tutela constitucional ⁽¹⁶⁾.

Estos derechos de la personalidad —o personalísimos— resultan derechos subjetivos privados que garantizan al titular la tutela y disfrute de sus alcances físicos y espirituales en la esfera del derecho privado y respecto de sus pares.

Por último, se dirá que el derecho subjetivo es inherente a la subjetividad autónoma, con facultad creadora de situaciones jurídicas: es poder de voluntad que decide sus posibilidades y las concreta en la creación; modificación o extinción de relaciones jurídicas.

VIII. FINAL

En las líneas que anteceden y a propósito de un justiciero homenaje, hemos delineado algunas pautas de nociones fundamentales en el ámbito del derecho.

Es que es el hombre como persona es el que desarrolla su vida y es, además el que, al coexistir con los demás hombres, crea las relaciones jurídicas, siendo el verdadero sujeto del derecho, el titular del derecho subjetivo.

(15) Tobias, José N. en Alterini, J.H. y otros, Código Civil y Comercial Comentado, Tratado de Exegético, La Ley, Buenos Aires, 2015, 1°ed., t. I, p. 422.

(16) Trigo Represas, Felix A., Los derechos personalísimos en la Constitución Nacional y el Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Separata, Julio, 2003.

LÍMITES A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO (*)

POR IGNACIO E. ALTERINI (**)

I. APROXIMACIONES AL CUERPO HUMANO

Con anterioridad a ingresar en la temática objeto de este trabajo, es menester realizar ciertas aproximaciones a la noción de cuerpo humano, ya que —en última instancia— será el que experimentará la disposición que someteré a análisis.

Ante todo, quiero compartir una convicción: el cuerpo no es algo distinto que la persona misma. La persona humana es cuerpo y espíritu ⁽¹⁾. Enfatizo en esta unidad, pues los avances tecnológicos, en ocasiones, lle-

(*) El Dr. Guillermo A. Borda es, para todo jurista, sinónimo de Derecho civil. Su labor como magistrado, publicista y en la innovación legislativa lo transformaron en uno de los civilistas más importantes de la rica historia del Derecho argentino. Profundidad de pensamiento y sencillez en su transmisión fueron sus signos distintivos. Las implicancias del factor tiempo no me permitieron nutrirme con la autoridad de su voz, pero no fueron un obstáculo para que lo haga a través de su extensa obra, la que fuera continuada talentosamente por sus hijos Alejandro, Delfina y Guillermo. En este marco, destaco enérgicamente los perfiles axiológicos del homenajeado, quien al hacer tema con los derechos personalísimos afirmó: “Quizá nunca como en este caso sea más plena de verdad y de dignidad la palabra ‘derecho’” (BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Parte general, 13ª edición, actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, tomo I, §310, p. 303).

(**) Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Véase el interesante estudio de ALES URÍA, Mercedes, “La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo. Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada”, *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, vol. 29, N.º 1, 2020, enero-junio, pp. 39-65. La autora presenta al libre desarrollo de la personalidad como el cauce de la dignidad humana y afirma que el cuerpo de la persona es la “materia que habita y que constituye el sostén sobre el cual desarrolla su personalidad. En definitiva, toda persona alcanza su mode-

van a presentar al cuerpo como algo escindido de la persona en sí, como un mero material biológico disponible, susceptible de sistematización y operable sin más límites que los provistos por la biotecnología ⁽²⁾.

Sobre la relación entre el cuerpo y el espíritu en el seno de la persona humana, existen dos corrientes de pensamiento. El criterio de la “dualidad”, sin negar que en la persona humana coexisten el cuerpo y el espíritu, escinde esos elementos a punto tal que postula que el espíritu gobierna al cuerpo y que aquél puede ser el titular de este último. En cambio, la concepción “unitaria” defiende la integración del cuerpo con el espíritu para conformar a la persona humana, lo que desecha la posibilidad de separación ⁽³⁾.

Ese disímil punto de partida despliega consecuencias relevantes en el ámbito que nos ocupa. En primer lugar, es evidente que los alcances de la disposición del propio cuerpo serán más o menos amplios según se adopte la tesis de la dualidad o de la unidad, respectivamente. Por otra parte, la tesis de la dualidad guarda mayor consistencia con las vertientes patrimonialistas, en tanto que la postura de la unidad armoniza con las ideas que encasillan la cuestión en el ámbito de los derechos personalísimos ⁽⁴⁾.

lo de ser humano o ideal de vida en los confines de su cuerpo” (la transcripción consta en la p. 52).

(2) Véase LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “El cuerpo humano a debate: reflexiones jurídicas”, *Prudentia Juris*, N.º 83, 2017, pp. 367-395.

(3) Véase GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “¿Es mío mi cuerpo? Sobre la propiedad privada del cuerpo humano”, en CASADO, María (Coordinadora), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2017, pp. 116 y 117: “¿Tengo un cuerpo o más bien soy un cuerpo? Afirmar la dualidad entre el yo y el cuerpo requiere identificar el yo con algo distinto del cuerpo, ya sea con el alma, el espíritu o la mente y, por tanto, requiere adherirse a alguna variante de la doctrina del ‘fantasma en la máquina’, tal como Gilbert Ryle denominó en 1949 a la doctrina que suele asociarse con Descartes (...), según la cual mi cuerpo es una realidad material (res extensa) manejada por una mente inmaterial (res cogitans)”. Remata su parecer con las siguientes reflexiones: “...parece sensato dar por buena la superación del dualismo cuerpo-mente y, por tanto, asumir que no podemos establecer una distinción entre el sujeto ‘yo’ y el objeto ‘cuerpo’, porque no tenemos un cuerpo, sino que somos un cuerpo. Si esto es así, entonces resulta que no tiene sentido la idea de que poseemos un cuerpo; y si esta idea no tiene sentido, tampoco la tiene la pretensión de formular un derecho de propiedad sobre un objeto llamado cuerpo, por muy nuestro que sea”.

(4) Véase CORRAL TALCIANI, Hernán, “Actos de disposición sobre el propio cuerpo y directivas anticipadas. Reflexiones desde el derecho chileno”, *ADLA* 2017-11, 119. También es provechosa la exposición de enfoques sobre las partes separadas del cuer-

Entonces, ¿se dispone de algo o de alguien?

Si el cuerpo es la persona humana, es evidente que no es un “objeto”, sino un aspecto del “sujeto”. No hay persona humana sin cuerpo.

Sin embargo, la realidad muestra que el intérprete debe afrontar múltiples aristas que pueden matizar notablemente esa idea inicial. Es que el cuerpo humano puede ser analizado como un complejo de partes que lo conforman y éstas pueden estar “unidas” o “separadas”. Además, las partes del cuerpo pueden exhibir la calidad de “renovables” —leche de la madre, cabello, uñas, etc.— o carecer de ella.

II. ¿CUÁNDO “ALGUIEN” PASA A SER “ALGO”?

En tiempos de Vélez Sarsfield, un sector de la doctrina postuló que las “partes separadas” del cuerpo debían ser consideradas como cosas, es decir, como objetos susceptibles de valor económico ⁽⁵⁾. Sin embargo, no había uniformidad acerca de quién era el titular de la parte separada ⁽⁶⁾, puesto que para algunos se trataba de un objeto sin dueño que era susceptible de apropiación, mientras que otros aseveraron que el dominio sobre la parte separada lo adquiriría de un modo originario la persona de cuyo cuerpo se separó ⁽⁷⁾.

Incluso, no faltaron quienes —aun reconociendo el carácter de objeto de la parte separada del cuerpo humano— pusieron en tela de juicio su calificación como cosa cuando la parte no era renovable. A lo que otros contestaron que quedan comprendidos dentro del concepto de cosa aquellos objetos que tienen valor social, aunque carezcan de valor económico ⁽⁸⁾.

po humano que realiza BERGEL, Salvador D., “Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo”, *La Ley* 2011-D, 844 - DFyP 2011 (agosto), 199.

(5) Así ORGAZ, Alfredo, *Derecho civil argentino. Personas individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 143; BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 65.

(6) Véase un estado de la cuestión en CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1995, §72, pp. 394-395.

(7) Esa última posición fue defendida por Bueres: “...las partes separadas del organismo, se transforman, automáticamente, desde el instante del fraccionamiento, en el sustrato del derecho de propiedad de la persona, por un modo de adquisición originario similar al que existe con referencia a las obras del intelecto o del ingenio” (BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Ábaco, Buenos Aires, 1979, §58, p. 289).

(8) BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, cit., p. 66.

También se debatió si las partes renovables podían ser objeto de actos jurídicos mientras estaban unidas al cuerpo. Para Orgaz⁽⁹⁾ y Llambías⁽¹⁰⁾ el acto era nulo en razón de su objeto; en cambio, para Bueres el acto era eficaz por cuanto su objeto sería determinable y una vez separada la parte se alumbraría a la cosa⁽¹¹⁾.

Para formular mi opinión sobre el tema, partiré de un ejemplo disparador. Es sabido que en ciertas intervenciones quirúrgicas es menester extraer un órgano para poder reparar el daño que este experimenta. Por ejemplo, si el órgano extraído fuese el corazón, la persona se conectaría temporariamente a una máquina que reemplazaría las funciones que le son propias hasta que el órgano esté en condiciones de ser implantado nuevamente en el cuerpo.

La cuestión es la siguiente: ¿la parte del cuerpo humano perdió su calidad de tal al tiempo de la separación y luego la recuperó con la reimplantación?

Pienso que no sería adecuado afirmar que la separación de la parte determinó la variación de su naturaleza jurídica. Esa parte circunstancialmente separada del cuerpo humano sigue participando de su naturaleza, ya que la separación se concretó con el claro designio de unirla *a posteriori*. Existe, pues, una separación meramente “provisional”.

A la misma conclusión debe arribarse en la hipótesis de separación “definitiva” de la parte si el desprendimiento se efectúa para que sea unida a otro cuerpo humano. Es decir, la parte nunca perdió la naturaleza de cuerpo humano, aunque varió de cuerpo humano⁽¹²⁾.

De esas reflexiones, se infiere que una parte separada del cuerpo humano no pierde la naturaleza de tal si se mantiene la posibilidad de ser incorporada en el cuerpo de origen o bien en el de otra persona⁽¹³⁾.

(9) ORGAZ, Alfredo, ob. cit., pp. 142-143: “El cuerpo de una persona viva no es, ni en el todo ni en cualquiera de sus partes, una ‘cosa’ en sentido jurídico. Son nulos, por tanto, todos los actos jurídicos que tengan por objeto partes del cuerpo antes de estar separadas de éste, aunque se trate de partes susceptibles de natural renovación o reconstitución (sangre, leche de madre, cabellos, etc.)”.

(10) LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general, 16ª edición, actualizada por Patricio Raffo Benegas, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995, tomo I, §381, p. 280.

(11) BUERES, Alberto J., Objeto del negocio jurídico, cit., pp. 65 y 66.

(12) Al variar de cuerpo humano, en última instancia, varió de persona humana.

(13) TOBÍAS, José W., TOBÍAS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado

Stefano Rodotà aprecia al cuerpo como una “unidad funcional” que puede abarcar a “entes situados en lugares físicamente distintos”. Como derivación de esa presentación, sostiene que “la existencia de este vínculo funcional hace que la violación de uno solo de estos entes deba ser interpretada como una violación del cuerpo en su totalidad...”⁽¹⁴⁾.

En sentido contrario, las partes separadas del cuerpo que no tienen la aptitud de ser incorporadas en el cuerpo de origen o en otro cuerpo, varían su naturaleza y pasan a ser “algo”.

Párrafo aparte merece la cuestión del cadáver, o sea el cuerpo del muerto.

El tema excede los alcances de esta comunicación. Sin embargo, no quiero dejar de expresar que no coincido con su calificación como “cosa”. No solo porque no tiene valor económico, sino porque las partes del cadáver pueden pasar a integrar el cuerpo de otras personas. En efecto, si las partes separadas del cuerpo de una persona viva que mantienen la posibilidad de unirse a otra persona conservan la naturaleza del cuerpo, ¿por qué habrán de convertirse en “cosas” las partes del cuerpo del muerto? Parece haber sido también el criterio que inspiró Código Civil y Comercial, pues en los Fundamentos de Anteproyecto —al hacer tema con “el cuerpo humano”— se apreció: “...con los adelantos de la ciencia y de la técnica, el cadáver o algunas de sus partes son utilizadas para investigación, curación, producción, etc.; así se convierten en objetos que quedan en este mundo de los vivos”.

Acaso estas ideas encuentren sustento en la reflexión del Prof. Leiva Fernández acerca de que “no es lo mismo estar muerto que no haber vivido”⁽¹⁵⁾.

exegético, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo I, p. 149.

(14) Rodotà, Stefano, *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, traducción a cargo de Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2010, p. 100. El autor sigue reflexionando: “Nos encontramos ante un cuerpo ‘disperso’ en el espacio, una condición que, por ejemplo, le ha permitido a un preso obtener la autorización para tener un hijo de una esposa lejana gracias a las técnicas de la procreación asistida (...) el cuerpo ya no se dispersa sólo en el espacio, sino que también en el tiempo, y puede seguir cumpliendo algunas de sus funciones incluso cuando su existencia completa ha terminado”.

(15) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La personalidad pretérita. No es lo mismo estar muerto que no haber vivido”, *La Ley* 2018-E, 1114.

III. ¿CUÁNDO “ALGO” DEVIENE EN “ALGUIEN”?

Es sabido que la persona humana no solo usa, goza y dispone de cosas, sino que también que hay cosas que pasan a adherirse a la persona o, sin hacerlo, a mantener una vinculación funcional con el cuerpo humano. La pregunta que subyace es si esos objetos materiales que se incorporan al cuerpo humano mantienen su naturaleza de cosas o adquieren otro carácter.

Piénsese, por ejemplo, en una “prótesis”, que de acuerdo con la primera acepción para la medicina provista por el Diccionario de la Real Academia Española apunta a la “pieza o aparato empleados para sustituir un órgano o un miembro del cuerpo”; la “pieza”, a su turno, supone una “parte de una cosa”, en tanto que el aparato es el “conjunto organizado de piezas que cumple una función determinada”. Es decir, quedarían bajo su cobertura objetos que van desde las prótesis dentales o brazos y piernas ortopédicas, hasta marcapasos, corazones artificiales, implantes cocleares, etc.

Para Orgaz esos objetos mantendrían su naturaleza de cosas a pesar de la incorporación al cuerpo humano. Sin embargo, en su pensar estarían exentas del poder de agresión de los acreedores del dueño de ellas por cuanto se trataría de cosas de uso indispensable del deudor, conforme lo preceptuaba el art. 3878 del Código Civil derogado ⁽¹⁶⁾, y ahora lo hace el inc. a) del art. 744 del Código Civil y Comercial.

Coincido con De Lorenzo, quien en un interesante trabajo titulado “El cuerpo humano que se vuelve cosa, cosas que se vuelven cuerpo humano”, apunta que esa explicación en la actualidad “no satisface la sensibilidad del jurista” ⁽¹⁷⁾.

Cifuentes propuso una pauta de distinción, al sostener que: “...en caso de que la separación fuera mecánica y sencilla, es aceptable el criterio de su carácter objetivo y de cosa en el comercio. En cambio, cuando frente a la asimilación y necesidad orgánica, separar el objeto implicará intervenir quirúrgicamente a la persona, debe considerarse que la cosa se ha convertido, por su destino y función, en parte del cuerpo mismo...” ⁽¹⁸⁾.

(16) ORGAZ, Alfredo, ob. cit., p. 142, en nota 11.

(17) DE LORENZO, Miguel F., “El cuerpo humano que se vuelve cosa, cosas que se vuelven cuerpo humano”, La Ley 2010-B, 807.

(18) CIFUENTES, Santos, ob. cit., §73, p. 397.

El argumento de ese distingo es obvio: si la separación implicara una intervención quirúrgica se lesionaría la integridad física de la persona humana; supondría una suerte de mutilación⁽¹⁹⁾. Ahora bien, pienso que —en ocasiones— también se provocaría una mutilación si se cercenaran —es decir, disminuyeran— las funciones vitales de la persona con la separación, aunque no requiera de intervención quirúrgica para hacerla efectiva; es lo que acontece —verbigracia— con una pierna ortopédica.

De Lorenzo, durante la vigencia del Código Civil derogado, sostuvo que si existían cosas que una vez adheridas a otras pasaban a tener la naturaleza de estas últimas (arts. 2315 y 2328), y cosas que por la vinculación económica con otras adquirirían la naturaleza de estas últimas (arts. 2316), con mayor razón debía considerarse que “...las cosas implantadas se vuelven cuerpo humano...”⁽²⁰⁾. Apuntaba a las categorías de los inmuebles por accesión física, a las cosas accesorias por adhesión a otra principal y a los llamados inmuebles por accesión moral o destinación.

Abstrayéndome del carácter patrimonial de las cosas y considerándolas únicamente como objetos materiales, considero que es posible aplicar *mutatis mutandis* las directivas previstas para ellas a los objetos implantados en el cuerpo humano.

El argumento de la adhesión física es interesante, pero podrá cuestionarse el necesario rasgo de la perdurabilidad (art. 225, Código Civil y Comercial). La categoría de los inmuebles por accesión moral o destinación fue expresamente excluida por el Código Civil y Comercial (art. 226), aunque subsiste —al menos desde la literalidad— en distintos ordenamientos especiales (art. 12, Código de Minería; art. 3°, ley 9644; art. 10, decreto-ley 15.348/1946; art. 154, ley 20.094; art. 5°, ley 22.423).

Acaso, la accesoriedad es la pauta más elástica, porque la naturaleza del objeto accesorio —piénsese, en la cosa implantada— está determinada por otro objeto —imagínese, el cuerpo humano— del cual depende o al cual está adherido (art. 230, Código Civil y Comercial).

Sin embargo, creo que estas ideas deben tener un límite: la cosa implantada para dejar de ser tal debe estar en línea con la “unidad funcional” que es el cuerpo humano. Debe suplir una carencia en el organismo destinada al mejoramiento de la salud.

(19) La Real Academia Española proporciona la siguiente significación para la palabra “mutilar”: “Cortar o cercenar una parte del cuerpo, y más particularmente del cuerpo viviente”.

(20) DE LORENZO, Miguel F., ob. y loc. citis.

En ese sentido, prevengo de que la corriente transhumanista procura a través de la tecnología mejorar la condición humana hasta el punto de buscar la inmortalidad. Si la asimilación de las cosas al cuerpo humano está dada por la teleología humana de esos objetos, pienso que los objetos que no estén alineados funcionalmente con lo que es natural del cuerpo humano no deben compartir su naturaleza ⁽²¹⁾.

IV. ALCANCES DE LA DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO Y DE SUS PARTES

IV.1. Precisión inicial

Bajo la voz “disposición” pueden cobijarse distintas manifestaciones. Aunque no es habitual que se efectúe esta presentación, es factible distinguir entre una suerte de disposición “material” (arts. 56 y 26, Código Civil y Comercial), y una “jurídica” (arts. 17 y 1004, Código Civil y Comercial).

Por un lado, el ordenamiento le reconoce a la persona humana facultades materiales con relación a su cuerpo, incluso en ocasiones tolera la concreción de menoscabos, parangonables con los deterioros que pueden experimentar las cosas.

Por el otro, la disposición puede implicar que una parte del cuerpo de una persona pase a componer el cuerpo de otra persona. Esa variación además de importar una alteración material supone una verdadera transmisión; tanto es así que será la persona del cuerpo receptor quien podrá desde entonces realizar actos de disposición sobre la parte incorporada.

IV.2. Fundamento

Se polemiza acerca de cuál es el fundamento que habilita a una persona a disponer de su propio cuerpo.

Para un sector de la doctrina la facultad de disponer supondría un derecho personalísimo de carácter autónomo, independiente de los de-

(21) Véase MELCHIORI, Franco A., “El transhumanismo, las nuevas tecnologías y el derecho a la integridad física”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 13, N.º 1, 2023, pp. 17 y ss.; “Transhumanismo e integridad física: el juego entre la disponibilidad del cuerpo y la dignidad humana protegida por el derecho”, ponencia presentada en la Comisión N.º 1 “Derechos personalísimos y nuevas tecnologías” de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2022, celebradas en Mendoza.

más ⁽²²⁾. Otros piensan que sería un corolario del derecho personalísimo a la integridad física, pues a la “faz negativa” consistente en la tutela frente a amenazas y ataques de terceros debería adicionársele el “perfil positivo” que abarcaría la facultad de disponer del cuerpo humano e, incluso, del propio cadáver ⁽²³⁾. Para Tobías, en cambio, se trataría de una manifestación del ejercicio del derecho a la libertad o a la autodeterminación, que puede proyectarse no solo mediante actos “positivos” que impliquen la disposición en la esfera corporal, sino también a través de actos “negativos” que revelen la oposición a determinada intervención de un tercero ⁽²⁴⁾.

Manuel Atienza aprecia: “El marco del derecho sobre el propio cuerpo y las consecuencias del mismo vienen fijados por la idea de la dignidad humana”. Explica que el núcleo de la dignidad está dado por el derecho-deber “...que tiene cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona...” y que ese desarrollo “...admite obviamente una pluralidad de formas, de maneras de vivir; pero de ahí no se sigue que cualquier forma de vida sea aceptable...” ⁽²⁵⁾.

Por esas razones, coincido en que el fundamento de la facultad de disposición del propio cuerpo emerge de la libertad o autodeterminación, y que la tutela de la integridad física no es más que un límite a ese derecho. Hace las veces de contenido negativo del derecho a la autodeterminación en este ámbito, lo que armoniza con el art. 56 *in principium* del Código Civil y Comercial, que regla: “Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad...”.

(22) Así MALICKI, Anahí, en BUERES, Alberto J. (director) y Highton, Elena I. (Coordinadora), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, tomo 1, p. 166: “...este derecho de disposición corporal, por contenido positivo, dado por los poderes y facultades que le permiten a la persona disponer de su cuerpo, se diferencia del derecho a la integridad física, que (...) tiene un contenido de ‘oposición’ o negativo. De tal modo, debe ser reconocido (...) como auténtico y autónomo derecho personalísimo”.

(23) Véase en el sentido señalado a RIVERA, Julio C. y CROVI, Luis D., “Parte General”, en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (directores), Derecho civil y comercial, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 380.

(24) TOBÍAS, José W., ob. cit., p. 693.

(25) ATIENZA, Manuel, “El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias”, en CASADO, María (Coordinadora), De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2017, p. 61

También esa es nuestra lectura del art. 26 del Código Civil y Comercial cuando hace tema con la “aptitud” de los menores de entre 13 y 16 años “para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”, y con la directiva de que “a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

IV.3. Límites de la disposición

La regla es que la persona humana puede decidir libremente respecto de su cuerpo. Pero este derecho a la autodeterminación es relativo, pues encuentra cortapisas que lo alejan de la noción de absoluta.

Del art. 56 del Código Civil y Comercial, que tiene como fuente inmediata al art. 108 del Proyecto de 1998 ⁽²⁶⁾, se extrae que la disposición del cuerpo no puede ocasionar “una disminución permanente de su integridad”, ni los actos resultar “contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres”, como ya había preceptuado con carácter general la norma inmediatamente anterior, es decir, el art. 55.

¿Qué significa la expresión “disminución permanente de su integridad”? El vocablo “disminución” refiere a una merma o menoscabo; la palabra “permanente” apunta a una cuestión temporal; y la “integridad” debe entenderse en el sentido de la salud. Es decir, hay disminución permanente de la integridad cuando como resultado de la disposición del propio cuerpo se provoca un menoscabo en la salud de la persona humana que tiene vocación de perdurar.

Ello significaría, como afirma Saux, que no estarían incluidos en el límite las partes del cuerpo humano que sean renovables dado que la eventual disminución de la salud, si pudiere predicarse, no sería per-

(26) Art. 110 del Proyecto de 1998: “Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resultan contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, salvo que sean requeridos para la curación o el mejoramiento de la salud de la persona. La dación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo, no puede ser suplido y su revocación no causa responsabilidad alguna”. Esa norma encuentra como antecedente relevante al art. 5° del Código Civil italiano: “Los actos de disposición del propio cuerpo son prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean de otro modo contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres”.

manente ⁽²⁷⁾. La situación permite trazar un símil entre las matizaciones existentes entre productos y frutos naturales. Los frutos naturales y los productos forman un todo con la cosa si no son separados —al igual que todas las partes del cuerpo humano—, pero mientras que los frutos son los objetos que una cosa produce de manera renovable, los productos carecen de ese rasgo y una vez separados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia (art. 233, Código Civil y Comercial).

Obviamente, sí ingresarían en el límite, por ejemplo, las disposiciones de partes renovables que por su intensidad puedan implicar una disminución permanente de la salud; v.gr. la extracción de sangre en cantidad superior a la recomendada por la ciencia médica ⁽²⁸⁾.

Tampoco se incluyen en el límite las disposiciones del cuerpo que —a pesar de implicar disminuciones permanentes— sean requeridas para el mejoramiento de la salud de la propia persona o de terceros que se benefician con ellas.

Con respecto al mejoramiento de la salud de la propia persona ⁽²⁹⁾, lo que se busca es evitar una disminución permanente más profunda. Por ello, no se trata técnicamente de una excepción a la directiva general, sino antes bien de una confirmación del criterio legislativo. Es más: si nada se hubiese dicho al respecto, la solución debería ser la misma. ¿O no es preferible la amputación de una parte del cuerpo que el indeseable resultado de la muerte?

En cambio, sí supone una verdadera excepción a la pauta general, la disposición que provoca la disminución permanente cuando es en favor de otras personas. De allí la necesidad de que esté prevista por el “ordenamiento jurídico”, tal como regla el art. 56 del Código Civil y Comercial. Es el caso de los trasplantes de órganos regulados por la ley 27.447 ⁽³⁰⁾.

(27) SAUX, Edgardo, en LORENZETTI, Ricardo L. (director), y LORENZETTI, Pablo y DE LORENZO, Miguel F. (Coordinadores), Código Civil y Comercial Comentado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, tomo I, p. 297.

(28) Véase LÓPEZ BERENGUER, José, “Naturaleza y contenido del derecho sobre el cuerpo humano”, *Anales de la Universidad de Murcia*, 1951, p. 203.

(29) CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto, *Commentario breve al Codice Civile*, II edizione, CEDAM, Padova, 1984, p. 62: “El consentimiento de tratamientos médico-quirúrgicos, en beneficio propio, con fines curativos o incluso estéticos, que produzcan una disminución de la integridad física, se considerará válido si se suscita un peligro, incluso eventual, de considerable perjuicio a la salud (o si existe un verdadero y propio estado de necesidad)”.

(30) Art. 21, ley 27.447: “Condición habilitante. La extracción de órganos, tejidos y células con fines de trasplante entre personas relacionadas conforme a las previsiones

El derecho a la autodeterminación no solo debe ajustarse a los demás límites legales, sino que también debe ejercerse de un modo que no afecte la moral y las buenas costumbres. Más allá de lo censurable que puede resultar un acto de autolesión, si queda en la esfera privada de la persona y no implica un riesgo grave a su salud, podría encuadrarse dentro del derecho a la autodeterminación (arg. art. 19, Constitución Nacional).

Por último, el art. 56 del Código Civil y Comercial prevé que el “consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición (...) no puede ser suplido, y es libremente revocable”.

El postulado acerca de que el consentimiento “no puede ser suplido”, es una verdad a medias. Es que en el caso de los incapaces la facultad de disposición la ejerce el representante legal y, hay supuestos, como las directivas anticipadas (art. 60, Código Civil y Comercial), en los que se admite la representación voluntaria.

La libre revocación supone un verdadero derecho ilimitado a la revocación. Y, a pesar de que el Código Civil y Comercial no lo diga, su actuación “no causa responsabilidad alguna”, tal como se propuso en el art. 110 del Proyecto de 1998.

Este panorama es el descrito por el Código Civil y Comercial, pero no debe omitirse señalar que ciertas normas especiales implican una verdadera habilitación legal para concretar disminuciones permanentes en la salud.

Me estoy refiriendo, especialmente, a las leyes N.º 26.130 y 26.743.

La primera de ellas tiene por objeto la generación de un “derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas ‘ligadura de trompas de Falopio’ y ‘ligadura de conductos deferentes o vasectomía’ en los servicios del sistema de salud (art. 1º), las que implican la pérdida de la aptitud reproductiva de la persona.

de los artículos siguientes, está permitida sólo cuando se estime que, razonablemente no cause un grave perjuicio a la salud del donante y existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor”. Art. 22, ley 27.447: “Limitación. Sólo estará permitida la ablación de órganos y tejidos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años, quien puede autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona con quien mantiene una unión convivencial, conforme la normativa vigente. En todos los casos es indispensable el dictamen favorable de los profesionales a cargo de la realización del trasplante”.

La segunda consagra el “derecho a la identidad de género” y es el soporte de las “cirugías de reasignación de sexo”; en el primer párrafo del art. 11 de la ley 26.743, se prevé:

Derecho al libre desarrollo personal. Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

V. LA DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO ANTE LA MINORIDAD ⁽³¹⁾

V.1. La filosofía que motiva al Código

En el art. 26 del Código Civil y Comercial, al impulso de la llamada autonomía progresiva, triunfó el denominado criterio de la “mayoría anticipada para el acto médico”, que se sustenta en que la conciencia del propio cuerpo sería anterior a la mayoría de edad ⁽³²⁾. Se aprecia que “la anticipación” que estuvo inicialmente diagramada para las decisiones sobre anticonceptivos, fue generalizada por el Código “...de forma desordenada al resto de los tratamientos médicos, de manera inexplicada, dejando como resultado una regulación fragmentada, contradictoria y ambigua” ⁽³³⁾.

(31) El tema fue objeto de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2001. Dicho simposio concluyó por mayoría que: “El asentimiento para la realización de actos de disposición del propio cuerpo sobre menores adultos, requiere la integración del asentimiento de los representantes legales con el del incapaz”. A ese despacho mayoritario, se le adicionaron otros dos minoritarios: “Posición b) La facultad de los representantes legales de los incapaces para prestar el asentimiento para el acto médico proyectado, que implique disposición del propio cuerpo, es suficiente para su validez. Constituyen excepciones a la regla indicada, los supuestos en que el acto médico se realiza para beneficiar a un tercero, o sin beneficio para la salud del menor, en cuyo caso la voluntad de los representantes legales debe ser integrada con la del menor con discernimiento. (minoría) Posición C: A partir de los catorce años el menor tiene competencia suficiente para disponer de su propio cuerpo y en lo relativo a su salud reproductiva (segunda minoría)”.

(32) Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en BORDA, Guillermo A. (director), *La persona humana, La Ley*, Buenos Aires, 2001, pp. 256 y ss.

(33) LAFFERIERE, Jorge Nicolás, “¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, 2da época, Año 13, N.º 16 (dic. 2017), p. 97. En efecto, el origen de la llamada mayoría anticipada

La cuestión no es menor y plantea el siguiente interrogante: ¿el menor adquiere la aptitud para decidir sobre su salud con anterioridad a la necesaria para resolver problemáticas patrimoniales? ⁽³⁴⁾ Desde la ponderación de los intereses en juego entre la salud y los actos de contenido patrimonial, no es compartible la solución legal.

Sin perjuicio de la valoración global del precepto, lo cierto es que el Código distingue la situación del menor de entre trece y dieciséis años, de la del menor desde la edad de dieciséis años.

V.2. Menor de edad de entre trece y dieciséis años

El art. 26 del Código Civil y Comercial, en sus párrafos cuarto y quinto, prevé: “Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está 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”.

Ante todo, la norma “presume” la madurez del menor para actuar, lo que significa que puede demostrarse la falta de madurez del menor para obstar el acto. Wierzba —en criterio compartible— aprecia que la presunción debe ser aplicada con cautela ⁽³⁵⁾.

se encuentra en un caso de la jurisprudencia inglesa “Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and DHSS”. A partir de una resolución de la autoridad de salud en la cual se permitía el tratamiento anticonceptivo a menores de edad desde los dieciséis años, la accionante —una madre de cinco mujeres— solicitó que las autoridades le aseguraran que sus hijas no recibirían anticonceptivos sin su aprobación. La Corte de los Lores rechazó la petición y habilitó el tratamiento para menores de edad desde los dieciséis años. Véase un análisis en BASSET, Ursula C., “Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-competence”, DFyP 2010 (octubre), 228.

(34) En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se dice: “El anteproyecto regula expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo, siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la Bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de ‘competencia’ diferenciándola de la capacidad civil tradicional”.

(35) WIERZBA, Sandra M., “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el derecho actual”, RDF 62, p. 73.

La mención a los “tratamientos” debe entenderse en el sentido de médicos, pues ese es el mensaje lingüístico ⁽³⁶⁾ y el espíritu del precepto ⁽³⁷⁾. Por esa razón, no quedarían comprendidas actividades que no sean médicas, tales como las prácticas del tatuaje o el piercing, como lo sostuvo el Académico Tobías en una reciente comunicación sobre la temática ⁽³⁸⁾.

La referencia a la presunción de aptitud rige en tratamientos que no sean invasivos por lo que restringe los alcances de la habilitación legal, pues lo “invasivo” para la medicina —según la rectora de la lengua castellana— apunta a “...un procedimiento diagnóstico o terapéutico: Que obliga a penetrar en el cuerpo mediante una incisión en la piel o a introducir en él un instrumento o material extraño al organismo”. Me pregunto: ¿la ingesta de un medicamento supone un tratamiento invasivo?

A todo evento, sea el tratamiento invasivo o no, siempre que exista un compromiso del estado de salud o se ponga en riesgo la integridad o la vida, “el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores”; en rigor, la mentada “asistencia” impone que los progenitores —o sus otros representantes legales— otorguen su asentimiento con el tratamiento.

¿Y si el representante legal no está de acuerdo con la decisión del menor? El art. 26 prevé que “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”. Pero ¿quién lo resuelve? ¿el juez o pueden existir instancias previas como una junta médica? La norma nada indica.

V.3. Menor de edad mayor a dieciséis años

Luego, el art. 26 del Código Civil y Comercial dispone en su sexto párrafo que “a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

Ante todo, es observable la terminología de “adulto” que emplea el art. 26, pues ella apunta idiomáticamente a una persona con plenitud de

(36) La 3ª aceptación del vocablo “tratamiento” provista por el Diccionario de la Real Academia Española significa: “Conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad”.

(37) En el 5º párrafo del art. 26 del Código Civil y Comercial se hace mérito de la “opinión médica”, mientras que los párrafos 4º y 5º apuntan a la “salud”.

(38) TOBIAS, José W., “Tatuajes y ‘piercings’: entre la autodeterminación y la salud”, La Ley 2022-F, 558.

desarrollo, cultivada, experimentada. Es evidente que se quiso referir a la mayoría de edad. Ahora bien, ¿a los dieciocho años la persona cuenta con plenitud de desarrollo, está cultivada, es experimentada?

Tampoco arrima demasiada claridad la expresión “decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. ¿A qué cuidado se apunta? Pienso que debe acotarse a lo referido a la salud; a todos los tratamientos médicos, en los que las normas especiales no prevean requisitos más exigentes.

Así, el art. 44 de la ley 22.990 denominada como “ley de sangre”, prevé que para que una persona pueda ser donante debe tener una edad de entre dieciséis y sesenta y cinco años (inc. a)], pero los menores de dieciocho años deberán contar con la autorización de sus representantes legales (inc. b)]; la ley 26.130 que establece el “régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica” exige que la persona sea “mayor de edad” (art. 1°); la 26.743 sobre “Identidad de género” prevé la exigencia de la mayoría de edad para “acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida” (art. 11); la ley 26.862 que regula la reproducción médicamente asistida exige que el beneficiario del sistema sea una “persona mayor de edad”; la ley 27.447 de “trasplante de órganos, tejidos y celular” habilita solamente a la “persona capaz mayor de dieciocho (18) años” para llevar a cabo “la ablación de órganos y tejidos en vida con fines de trasplante” (art. 22) ⁽³⁹⁾.

No creo que pueda predicarse que el Código Civil y Comercial prima por sobre las previsiones de ciertos actos médicos especialmente legislados. Toda norma referida a la aptitud necesaria de la persona para afrontar un acto médico es de carácter indisponible, pero en el “choque” de una especial con una general —como la del art. 26 del Código— debe prevalecer aquélla (arg. arts. 150, 963, 1709, Código Civil y Comercial) ⁽⁴⁰⁾.

(39) A su turno, el art. 26 de la ley 27.447 dispone: “Donante de Células Progenitoras Hematopoyéticas (CPH). En los supuestos de implantación de CPH, cualquier persona capaz mayor de dieciocho (18) años puede disponer ser donante sin las limitaciones de parentesco establecidas en el artículo 22 de la presente ley. Los menores de dieciocho (18) años previa autorización de su representante legal, pueden ser donantes sólo cuando los vincule al receptor un parentesco de los mencionados en el citado precepto”.

(40) Conf. LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “¿Solos con su cuerpo?”, cit., p. 91.

VI. ALGUNAS REFLEXIONES RESPECTO DE LA DISPONIBILIDAD JURÍDICA DEL PROPIO CUERPO

VI.1. ¿Derechos “sobre” el cuerpo humano o sus partes?

De acuerdo con el art. 17 del Código Civil y Comercial:

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 ⁽⁴¹⁾.

La expresión “derechos sobre el cuerpo humano o sus partes” revela cierta dosis de dualismo, pues el titular de esos derechos sería la persona y el objeto del derecho su propio cuerpo. Además, no se olvide que la idea de “derecho sobre” un objeto es propia del poder jurídico que hace a la esencia del derecho real (arg. art. 1882, Código Civil y Comercial), arquetipo de derecho patrimonial.

VI.2. Por regla, no tienen valor económico

La característica explicitada en el art. 17 acerca de que el cuerpo humano y sus partes “no tienen un valor comercial” debe entenderse en el sentido de que carecen de “valor económico”, tal como se preveía en la redacción originaria del art. 17 elaborada por los miembros de la comisión redactora ⁽⁴²⁾.

Podría pensarse que habría bienes con valor económico que carecerían de valor comercial. Se trataría de los bienes que están fuera del comercio porque su transmisibilidad está expresamente prohibida por la ley o por acto jurídico (art. 234, Código Civil y Comercial). Sin embargo, esa ambivalencia no incide sobre la comprensión del art. 17, pues en prin-

(41) En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, se lee: “Entendemos que puede admitirse la categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto, a una enunciación negativa (‘bienes que no tienen un valor económico’ o ‘extrapatrimoniales’). El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la humanidad), social (tiene valor para el conjunto de la sociedad)”.

(42) A la manera de la fuente de la norma, el art. 16.1 in fine del Código Civil francés: “El cuerpo humano, sus partes y sus productos no pueden ser objeto de derecho patrimonial”.

cipio los bienes allí mentados son disponibles por su titular, según lo prevé la propia norma ⁽⁴³⁾.

La idea de la “no patrimonialidad” no es exclusiva del Código Civil y Comercial. Así, en la ley 27.447 se establece el principio de la “extrapatrimonialidad del cuerpo humano, sus órganos, tejidos y células”; en la ley 22.990 se prohíbe “el lucro” en los actos vinculados con la sangre ⁽⁴⁴⁾, específicamente en la llamada “donación” de sangre ⁽⁴⁵⁾, con excepciones de ciertas hipótesis singulares ⁽⁴⁶⁾; etc.

Digo que el cuerpo humano y sus partes “por regla” no tienen valor económico, pues puede pensarse en supuestos —como el del cabello— en los que no sería razonable excluirlos del ámbito de las transmisiones económicas. Acaso, las partes del cuerpo que tengan la aptitud de la renovabilidad y que su separación no implique riesgo alguno a la integridad física de la persona deban encuadrarse —lisa y llanamente— como cosas.

VI.3. Criterio metodológico observable

Al valor no económico del cuerpo humano y de sus partes se enfrenta el art. 1004 *in fine* del Código Civil y Comercial, que trata a los “objetos prohibidos” de los contratos. Esta norma regla que cuando los contratos “tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56” ⁽⁴⁷⁾.

(43) Véase la opinión a la 2ª edición (2016) de ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo I, p. 159.

(44) Art. 4º, ley 22.990: “Prohíbese la intermediación comercial y el lucro en la obtención, clasificación, preparación, fraccionamiento, producción, almacenamiento, conservación, distribución, suministro, transporte, actos transfusionales, importación y exportación y toda forma de aprovechamiento de la sangre humana, sus componentes y derivados, con las excepciones que se contemplan en la presente ley...”

(45) Art. 43, ley 22.990: “La donación de sangre o sus componentes es un acto de disposición voluntaria, solidaria o altruista, mediante el cual una persona acepta su extracción para fines exclusivamente médicos no estando sujeta a remuneración o comercialización posterior, ni cobro alguno”.

(46) Véase, por el ejemplo, el precepto del art. 50, ley 22.990: “Cuando ante situaciones de grave emergencia la autoridad de aplicación acredite en forma debidamente fundada que existe necesidad de sangre para destino transfusional de grupos raros o escasos o para la obtención de sus componentes, derivados y reactivos el Poder Ejecutivo Nacional podrá autorizar a que, con carácter excepcional para cada caso particular y por un período no mayor de TRES (3) días corridos, los donadores especiales de grupos raros puedan ser remunerados por ese período...”

(47) El art. 16.5 del Código Civil francés lisa y llanamente prevé: “Los contratos que tengan por objeto dar valor patrimonial al cuerpo humano, a sus partes o productos, son nulos”.

El precepto desorienta al intérprete ⁽⁴⁸⁾ porque al ocuparse de los “objetos prohibidos” de los contratos parecería permitir que ellos “tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano”. Y, de ser así, estaría desacompañado con la noción misma de contrato (art. 957, Código Civil y Comercial) y las exigencias del objeto de él que están íntimamente ligadas a lo patrimonial (art. 1003, Código Civil y Comercial), aspecto que el art. 17 del Código descarta para los derechos respecto del cuerpo humano y sus partes.

Con ese basamento, podría presentarse al art. 1004 *in fine* como endeerezando la mirada a las partes separadas del cuerpo que son renovables, respecto de las cuales la doctrina clásicamente habilitó la contratación ⁽⁴⁹⁾. También podría presentarse como una excepción a la directiva general de la patrimonialidad de los contratos, pero se tropezaría con que —como dice Tobías— la mayor parte de los casos “...se ubican en el esquema unilateral del asentimiento autorizativo...” ⁽⁵⁰⁾.

A todo evento, y para concluir, es evidente que hubiera sido mejor que esa directiva se encasille metodológicamente en la órbita del objeto del acto jurídico en general y no en su versión bilateral —o plurilateral— patrimonial que configura el contrato.

VII. REFLEXIONES FINALES

A modo de una síntesis conclusiva de las ideas vertidas en este aporte, efectúo las siguientes reflexiones finales:

(48) Leiva Fernández, Tratado de los contratos. Parte General, La Ley, Buenos Aires, 2017, tomo I, 276: “Resulta difícil compatibilizar al Código que requiere que el contrato reúna como requisito indispensable el ‘valor económico’, y por otro lado se refiere a los actos sobre el cuerpo humano. Los contratos cuyo objeto sea el cuerpo humano solamente pueden tener valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Es decir, en orden a su objeto, el contrato del cuerpo humano es una excepción al principio general contractual, o es un contrato regulado por su propia normativa como la ley de ablación e implante (...) o mejor expresado aún, será una convención jurídica —como género del contrato— ya que carece de contenido económico, como acto jurídico bilateral ‘extrapatrimonial’ no contractual y revocable. La paradoja consiste en que ese ‘contrato’ si tuviese valor comercial o económico, tendría un objeto prohibido, conforme el art. 17”.

(49) Se aprecia que “...la postura del Cód. Civ. y Com. sobre la materia no queda clara. A nuestro juicio debería concluirse que pueden ser objeto de actos jurídicos —incluso contratos en el sentido estricto del término— las partes renovables del cuerpo humano una vez separadas de él: leche” (RIVERA, Julio C. y CROVI, Daniel L., ob. cit., p. 626).

(50) TOBIÁS, José W., Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, cit., p. 163.

a) La persona humana está integrada de manera indisoluble por cuerpo y espíritu, por lo que no debe abordarse la temática de la disposición del propio cuerpo tal como si éste fuese un “objeto”, pues se trata de un aspecto del “sujeto”.

b) La parte separada del cuerpo humano no pierde su naturaleza de tal si se conserva la posibilidad de ser incorporada en el cuerpo de origen o en el de otra persona humana. Por el contrario, si la parte separada del cuerpo humano no tiene —o pierde— su aptitud de ser incorporada en el cuerpo de origen o en otro, ella varía su naturaleza y pasa a ser un objeto.

c) Las cosas dejan de ser tales cuando son incorporadas a un cuerpo humano para suplir una carencia en el organismo con el objetivo de mejorar la salud de la persona humana. La idea *mutatis mutandis* puede fundarse en la categoría de cosas accesorias y principales (arg. art. 230, Código Civil y Comercial).

d) Las cosas que se incorporan a un cuerpo con objetivos distintos a los que son connaturales de la persona humana no comparten su naturaleza y se mantienen como tales.

e) La disposición del propio cuerpo puede captarse tanto desde un plano estrictamente material, como desde uno jurídico, y su fundamento debe encontrarse en la libertad o autodeterminación de la persona humana a decidir cómo desea desarrollarse.

f) La libertad o autodeterminación conforma un derecho relativo, ya que es limitado. La disposición no puede importar un menoscabo en la salud de la persona humana con vocación a perdurar, con excepción de los casos especiales previstos en el ordenamiento jurídico. Tampoco puede afectar la moral y las buenas costumbres, lo que se concretaría —por ejemplo— a través de la realización de “autolesiones” que no comprometan con carácter perdurable la salud de la persona, pero que trasciendan de su fuero privado.

g) La presunción que establece el art. 26 del Código Civil y Comercial para los menores de entre trece y dieciséis años es rebatible por aportación en contrario y debe entenderse dirigida a los tratamientos médicos no invasivos. Siempre que exista un riesgo a la salud el adolescente no puede decidir por sí, sino que debe contar con el asentimiento de sus representantes legales.

h) La equiparación que efectúa el art. 26 del Código Civil y Comercial entre el menor de edad mayor a dieciséis años y el adulto —además de cuestionable— debe leerse en el sentido de que al menor se lo considera

como un mayor de edad para los tratamientos médicos, con excepción de las hipótesis especiales previstas en el ordenamiento jurídico.

i) Es inconveniente la expresión “derechos sobre el cuerpo humano” que emplea el art. 17 del Código Civil y Comercial porque presenta al cuerpo tal como si fuera un objeto. La referencia al “valor comercial” debe leerse como “valor económico”.

j) Dado que los derechos con relación al cuerpo humano no pueden tener valor económico es incorrecta su regulación en el ámbito de los contratos y debió ser afrontada en la órbita del objeto del acto jurídico en general.

CAPACIDAD PROGRESIVA

POR MANUEL CORNET (*)

I. INTRODUCCIÓN

Agradezco a la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires la invitación a participar del justo homenaje a Guillermo Antonio Borda, de quien tengo un gratisimo recuerdo como jurista, hombre sencillo y autentico señor.

Tuve pocas oportunidades de tratarlo personalmente a este maestro del Derecho que tanto había consultado en la vida universitaria y mucho más como abogado litigante, pero cuando cené con él en oportunidad de un curso organizado por el Colegio de Abogados de Córdoba en la década del 90 del siglo pasado, constaté que además de ser un jurista completo, docente, magistrado, abogado litigante y verdadero maestro era de una persona muy sencilla y cálida.

Por lo dicho, reitero, es un enorme honor participar de este libro homenaje y he elegido examinar la cuestión de la capacidad progresiva, ya que se cumplen veinte años de la publicación del libro “La Persona Humana” en donde el homenajeado fue el director de la obra ⁽¹⁾.

Hasta fines del siglo XX las distintas legislaciones regulaban la menoridad y mayoría de edad, estableciendo que los menores de cierta edad (22 años en el Código de Vélez, luego 21 y finalmente 18 años) eran incapaces hasta el día en que cumplían la edad que los convertía en personas capaces.

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(1) En dicho libro encontramos varios capítulos sobre este tema: “La capacidad” por Alejandro BORDA; “Los inhabilitados” por Marta del Rosario MATTERA y Gustavo Eduardo NOYA y “El Derecho del Menor a su Propio Cuerdo” por Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI.

Nuestro Código Civil fue sancionado por ley 340, el 25 de septiembre de 1869, para regir a partir del 1º de enero de 1871.

“Vélez Sarsfield siguió el sistema romanista de la clasificación de los menores por edades” ⁽²⁾.

Establecía en el artículo 126 que “[s]on menores los individuos de uno y otro sexo, que no tuviesen la edad de veintidós años cumplidos”. Posteriormente la ley 17.711 del año 1968 redujo a 21 años, la ley 26.579 del año 2009 a 18 años y el Código Civil y Comercial vigente desde el 1º de Agosto de 2015 mantiene la edad de 18 años.

Cesaba la incapacidad de los menores, disponía el artículo 128, el día que cumplieren los veintidós años, y por su emancipación antes que fueren mayores.

A partir de ese momento, con la mayoría de edad (art. 129), la persona estaba habilitada para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de formalidad alguna o autorización de los padres, tutores, o jueces.

Los menores eran menores impúberes hasta los 14 años y a partir de esa edad hasta la mayoría menores adultos.

Las personas por nacer y los menores impúberes tenían incapacidad absoluta (art. 54 Cód. Civil), en cambio los menores adultos tenían capacidad para los actos que las leyes les autorizaban otorgar.

La clasificación no era tan rígida, por cuanto el propio Código Civil se encargaba de desvirtuarla, admitiendo que a partir de los diez años el menor podía tomar por sí la posesión (art. 2392 Cód. Civil) y tenía discernimiento para los actos ilícitos a partir de los diez años y catorce años para los lícitos.

Sin perjuicio de lo precedente, el menor de 14 años que según la ley era absolutamente incapaz, en los hechos se le reconocía capacidad para ciertos actos como viajar en transporte público, ir a espectáculos públicos como cine o fútbol, realizar pequeñas compras en el almacén, etc.

Nos expresaba Borda que “es fácil de advertir que estas incapacidades de hecho han sido establecidas en interés mismo del incapaz o de su familia; la ley ha procedido con un criterio tutelar” ⁽³⁾.

(2) RIVERA, Julio Cesar; “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1997, Tomo I, pág.393

(3) BORDA G.A.; Tratado de Derecho Civil. Parte General”, tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 420.

Por otra parte, para nuestro codificador, el niño siempre fue persona ya que tenía una regulación de las personas por nacer muy superior al actual Código Civil y Comercial.

El art. 63 disponía: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”, aclarando en la nota que “[l]as personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar”.

Respecto a la existencia de las personas antes del nacimiento establecía el art. 70:

Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Tanto se trataba de una persona que la jurisprudencia de nuestros tribunales admitían la indemnización por fallecimiento del daño patrimonial por pérdida de chance y del daño moral ya que la muerte implica el fallecimiento, sin otro matriz diferencial con el homicidio que el que la víctima es un ser humano no nacido.

No cabe duda alguna que si la persona por nacer, que estaba en el seno materno era para nuestro codificador persona, con mayor razón lo eran los menores impúberes y menores adultos.

Por lo anterior no estamos de acuerdo con quienes expresan “que el actual paradigma sobre el derecho de la niñez y la adolescencia sostiene la concepción de los niños como sujetos de derecho, y no meros objetos de protección”⁽⁴⁾.

Pensemos la sociedad de mediados del siglo XIX, en donde había muy pocas escuelas y el grueso de la población eran analfabetos, por lo que el régimen tutelar era totalmente protectorio y frente a esa realidad era entendible que el menor de 14 años fuera absolutamente incapaz ya que tenía muy reducidas posibilidades de haber ido madurando y adquiriendo autonomía.

(4) OTHAR, Adriana; “Doctrina Capacidad progresiva en adolescentes sin cuidados parentales”, trabajo publicado en MICROJURIS MJD16899

Sin perjuicio de lo precedente, el propio ordenamiento ampliaba paulatinamente la capacidad de los menores a medida que avanzan en edad, facultándolos a realizar ciertos actos por si solos o con la asistencia de sus padres o tutor.

Eran los casos de posesión de cosas, celebración del matrimonio, contrato de mandato, contratación de suministros indispensables, reconocimiento de hijos extramatrimoniales, capacidad procesal y criminal, capacidad para testar, capacidad para trabajar y la imputabilidad de los menores ⁽⁵⁾.

II. INFLUENCIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Previo a la Convención en el Derecho Internacional se venía trabajando sobre los Derechos Humanos, así tenemos numerosos antecedentes:

“Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños” aprobada por la Sociedad de las Naciones el 26 de Diciembre de 1924.

“Declaración Universal de Derechos Humanos” de las Naciones Unidas aprobada el 10 de diciembre de 1948.

“Declaración sobre los Derechos de los Niños y de las Niñas” proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

“Convención Americana sobre Derechos Humanos” suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

“Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” aprobada el 18 de diciembre de 1979.

En todos los casos se trataba de declaraciones protectorias de los Derechos Humanos en el mundo.

Con la Convención sobre los Derechos del niño del año 1989 se ha pasado de un régimen eminentemente tutelar, que caracterizaba a las

(5) Conforme Rivera, obra citada, pág. 394 y ss.

normas internas dictadas con anterioridad a dicha Convención, a un régimen de reconocimiento de derechos y garantías del niño, no obstante su condición de incapaz.

Aparece en los arts. 5° y 12 de la Convención la denominada *capacidad progresiva* del niño que le va a permitir ir adquiriendo autonomía en el ejercicio de ciertos derechos ⁽⁶⁾.

En efecto, en América Latina la protección de los derechos de la infancia y adolescencia está hoy regida principalmente por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que ha dado origen a la construcción de marcos jurídicos específicos para garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Como se expresa en el documento de trabajo citado, en la mayor parte de los códigos y legislaciones, se identifican también los deberes de los niños, niñas y adolescentes; es el caso de Nicaragua, Ecuador, Paraguay, Bolivia, Costa Rica, Venezuela, México, Perú, Guatemala, Uruguay, El Salvador y Colombia. Constituyen la excepción Argentina y Brasil.

Se indica en este trabajo que en la mayor parte de las legislaciones y códigos de infancia de América Latina y el Caribe, se establece explícitamente que los Niños, Niñas y Adolescentes son a la vez sujetos de derechos y de deberes y responsabilidades con excepción de Argentina, lo cual hemos visto que no es correcto porque ya en el Código de Vélez Sarsfield se consideraba a la persona por nacer como persona con sus derechos como tal.

Asimismo las regulaciones latinoamericanas nos hablan de las niñas, niños y adolescentes, caso de Brasil, Uruguay, Costa Rica, Venezuela y Perú.

Afirman los comentaristas del Código Civil y Comercial que:

[L]a incorporación de la categoría diferenciada de “adolescente” no es una mera cuestión nominal, sino que provoca concretos efectos jurídicos. En efecto, ubicarse en la franja adolescente genera una presunción de madurez para determinados actos que habilita su ejercicio por la persona menor de edad, a pesar de su condición de minoridad.

Por nuestra parte, padre de seis hijos, profesor universitario de primer año de la carrera de abogacía y abogado de una Clínica Universita-

(6) SOLARI, Néstor E.; “La capacidad progresiva en la nueva ley de mayoría de edad”, trabajo publicado en LL 2011-C-1000.

ria, no estamos tan convencidos de la afirmación precedente y se debe ser muy cuidadoso respecto a la presunción de madurez.

Coincidimos con Crovi que:

[L]os menores de edad no eran protagonistas en la relación médica, la forma de protegerlos era excluirlos de cualquier decisión relativa a su salud. La capacidad progresiva, consagrada como principio en materia del ejercicio de derechos extrapatrimoniales, ha sacado a los menores de su estado de “minusvalía”, permitiéndoles decidir sobre aspectos que hacen al cuidado de su propio cuerpo y de su salud. El riesgo al que nos enfrentamos ahora es que con la implantación y el desarrollo del nuevo paradigma no estemos cometiendo similares errores a los que se incurría cuando al menos se lo excluía absolutamente de la toma de decisiones. Respetar los deseos de los adolescentes, sin advertir que su falta de madurez no es una forma de honrar su autonomía, sino un olvido a su vulnerabilidad ⁽⁷⁾.

Por ello más adelante en este trabajo nos dice Crovi que “No obstante, se ha destacado que en materia de derecho a la salud y del otorgamiento consentimiento informado, deberán apreciarse las nuevas competencias de los menores con mucha prudencia” ⁽⁸⁾.

En América Latina la Legislación y en su caso Códigos de infancia de los diversos países, es la siguiente:

Legislación

Argentina: ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y Código Civil y Comercial.

Bolivia (Estado Plurinacional de): Código del Niño, Niña y Adolescente. Ley 2026 (octubre 1999).

Brasil: Estatuto del Niño y el Adolescente ley 8069 (1990).

Chile: ley de Menores 16.618. Ley de Tribunales de Familia 19.968 y ley de Responsabilidad Penal Adolescente 20.084.

Colombia: ley 1098 Código de la Infancia y la Adolescencia (2006).

(7) CROVI, Luis D.; “Nuevas perspectivas del consentimiento informado”, artículo del libro “Liber Amicorum. Homenaje a Luis F.P.LEIVA FERNANDEZ”, Editorial La Ley, Buenos Aires, pág. 189.

(8) Trabajo citado en nota anterior, pág. 203.

Costa Rica: ley 7739 Código de la Niñez y la Adolescencia (1998).

Cuba: Código de la Familia de 1975 y Código de la Niñez y la Juventud de 1978.

Ecuador: Código de la Niñez y Adolescencia, ley 100 (2003).

El Salvador: Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (marzo 2009).

Guatemala: Decreto Numero 27/2003. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (PINA - 2003).

Honduras: Código de la Niñez y la Adolescencia (1996).

México: Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2000).

Nicaragua: ley 287, Código de la Niñez y la Adolescencia (1998) (CONAPINA).

Panamá: Código de la Familia.

Paraguay: ley 1680/01, Código de la Niñez y la Adolescencia (2001).

Perú: Código de los Niños y Adolescentes (2000).

República Dominicana: ley 136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Uruguay: ley N.º 17.823, Código de Niñez y Adolescencia (2004).

Venezuela (República Bolivariana de): Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) (2000).

El detalle precedente corresponde al documento citado y ha sido confeccionado siguiendo el trabajo de A. Morlachetti "Sistemas Nacionales de Protección de la Infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación de América Latina y el Caribe. CEPAL-UNICEF".

En la República Argentina la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, fue ratificada por ley 23.849 del 16 de octubre de 1990 con reservas y declaraciones.

Con relación al artículo 1º de la Convención, nuestro país declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo

ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

Expresa el artículo 1º de la Convención:

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Afirma Ana C. Ahargo:

[A] partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y su incorporación al bloque de constitucionalidad operada por la reforma constitucional del año 1994 (art. 75 inc. 22 CN) el enfoque y el tratamiento de la cuestión de la infancia y la adolescencia se transformaron completamente ⁽⁹⁾.

No coincidimos también con Ahargo que, a partir de la Convención, el niño deja de ser objeto para convertirse en sujeto de derechos, ya que hemos visto que para el Código Civil de Vélez Sarsfield el niño desde que estaba en el seno materno era persona con sus atributos y derechos.

En el caso de Perú el Código de los Niños y Adolescentes (ley 37.337) del año 2000 dispone en su artículo primero:

Definición. Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.

Asimismo, en el artículo segundo dispone el Código del Perú: "Sujeto de derechos. El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma".

III. REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA DE 1994

La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 le dio rango supralegal a varios Tratados al establecer en el artículo 75 inc. 22:

(9) AHARGO, Ana C.; "Capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes. Derechos personalísimos. El cuidado del propio cuerpo", trabajo publicado en *Microjuris* MJD6804.

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

En base al texto constitucional, la jurisprudencia de nuestros tribunales dejó de lado los textos legales cuando se oponían a la norma suprallegal, así tenemos:

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) (del voto de la Dra. Ana María Conde, por sus fundamentos).

Más adelante, en el mismo voto se dijo:

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 incapa-

ces absolutos y relativos (del voto de la Dra. Ana María Conde, por sus fundamentos) ⁽¹⁰⁾.

IV. CAPACIDAD PROGRESIVA

La Convención sobre los Derechos del niño del año 1989 consagró un mayor espacio de autonomía para los niños, respetando su “interés superior”.

La Convención significó un cambio de paradigmas acerca de la protección de los niños, niñas y adolescentes a partir de la autonomía progresiva y el ejercicio de sus derechos, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de ellos.

Se establece en la primera parte del artículo tercero:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En el artículo 5° de la Convención se prescribe:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Por su parte en el artículo 12 se establece:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un ór-

(10) “Ligas de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14 de octubre de 2003, fallo publicado en MICROJURIS MJJ73408.

gano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

Asimismo, el artículo 28 prescribe:

1. Los Estados Partes, reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular...

Nos dice Aldana Othar que:

La norma de la capacidad progresiva implica el respeto por la autonomía de la voluntad de niños y adolescentes, con aumento progresivo a medida que los niños crecen y adquieren mayor madurez para comprender sus actos, propendiendo siempre al interés superior de los niños, y sin que conlleve a su desprotección. Para ello, debe asegurarse que los niños cuenten con apoyo y asistencia en el ejercicio de sus derechos, siendo informados, guiados y acompañados por los adultos que ejercen su cuidado ⁽¹¹⁾.

V. LEGISLACIÓN NACIONAL Y PROVINCIAL

A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño se dictó la ley nacional 26.061 publicada el 26 de octubre de 2005 “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, la que en los artículos pertinentes establece:

Art. 3.- Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

(11) OTHAR, Aldana; “Doctrina Capacidad progresiva en adolescentes sin cuidados parentales.” Trabajo citado publicado en MICROJURIS MJD16899.

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Art. 24.- Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Art. 27.- Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Cada provincia ha ido dictando su propia normativa, en la ciudad de Buenos Aires rige la ley 114, en la Provincia de Buenos Aires la ley 13.298, Catamarca la ley 5292, Chaco 5681, Chubut 4347, Corrientes 5773, La Pampa 2703, Mendoza 6354, Neuquén 2301, Río Negro 4109, San Juan 7338, Santa Fe 12.987 y Tierra del Fuego 521.

Por su parte en la Provincia de Córdoba el 20 de mayo de 2011 se aprueba la ley 9944 la que establece en sus artículos 3º y 27:

Artículo 3º.- Interés superior. A los efectos de la presente Ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente a la máxima satisfacción —integral y simultánea— de los derechos y garantías reconocidos en esta Ley y los que en el futuro pudieren reconocérsele. La determinación del interés superior debe respetar:

- a) Su condición de sujeto activo y portador de derechos;
- b) Su derecho a ser oído cualquiera sea la forma en que se manifieste, y a que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El pleno desarrollo personal, armónico e integral de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común, y
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida de la niña, niño y el adolescente a la residencia o lugar donde ellos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustará el ejercicio de la misma, filiación, restitución de la niña, el niño o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Artículo 27.- Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés, y

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Ya antes de la sanción del Código Civil y Comercial, nos decían nuestros jueces:

Toda la conformación del régimen legal de los menores está vertebrada por su carácter tutelar y protectorio y la finalidad de esta conformación 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 (del voto de la Dra. Ana María Conde, por sus fundamentos).

Más adelante expresa la Vocal:

27.- Analizado el tema desde la óptica del Código Civil, no cabe sostener la necesidad de que, cual si fuera un acto jurídico, la persona deba tener 21 años cumplidos para poder acceder a la prescripción de un método anticonceptivo sin la anuencia paterna, tal afirmación no superaría el test de la razonabilidad por la sencilla razón de que no tiene base cierta en la realidad, además, debe admitirse que la ley civil de fondo constituye un ordenamiento legal de jerarquía inferior a la Convención de los Derechos del Niño, que tiene rango constitucional, por lo que evidentemente corresponde estar a lo dispuesto en el tratado internacional, que no fija una edad determinada para el ejercicio de los derechos que enuncia (del voto de la Dra. Ana María Conde, por sus fundamentos) ⁽¹²⁾.

Coincidente con lo precedente es el Código de los Niños y Adolescentes de Perú que consagra en su artículo noveno:

Interés superior del niño y del adolescente. En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos Regionales, Gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en

(12) “Ligas de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14 de octubre de 2002, fallo publicado en MICROJURIS MJJ73408

la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

VI. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El 1º de Agosto de 2015 comenzó a regir el Código Civil y Comercial que claramente adopta el criterio de la Convención y las leyes que ya se habían dictado tanto en el orden nacional como provincial.

Se aparta del criterio de considerar la capacidad de las personas en base solamente a la edad, por el criterio de la autonomía progresiva en base a la edad y el grado de madurez suficiente.

Si bien la edad del niño es un indicador a tener en cuenta para determinar su grado de madurez, ya no es el único a considerar ya que se debe tener en cuenta además la familia, educación, lugar en que vive, la situación económica.

En tal sentido se ha resuelto:

En tanto el niño crece, va clarificando su comprensión acerca del peso, significado y sentido de sus conductas, lo que implica necesariamente ponerlo en posición de que en mayor o menor medida pueda ir, a su tiempo, ejerciendo los derechos que le sean propios, siendo así artífice de su proceso madurativo y desarrollo personal. Por esta razón, la noción de autonomía progresiva no se encentra sujeta al estricto cumplimiento de una determinada edad cronológica, sino que, atendiendo al caso concreto y la calidad del acto de que se trate, habrá de ameritarse el grado de madurez tanto psíquico-anímica como intelectual alcanzada por el niño, a fin de verificar si cuenta con la cabal comprensión de la situación planteada y, en tal caso, pueda ejercer por sí los derechos que le asistan ⁽¹³⁾.

Sin ninguna duda en caso de conflicto la tarea del juez no será menor y deberá hacerse asesorar por profesionales (psicólogos, educadores, trabajadores sociales), debiendo en todos los supuestos entrevistarlos personalmente.

El artículo 35 del Código Civil y Comercial establece para todos los procesos de incapacidad que “[e]l juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlos personalmente antes de dictar resolución alguna...”.

(13) “FVE y otros c. M.C.A. s/ alimentos: modificación, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil- Sala J, 30-09-2019 Resolución 60331. E.D. Diario, Tomo 286.

Los principios basales como lo son el interés superior del niño, el derecho a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta, como el de la capacidad progresiva, aparecen claramente expuestos en el nuevo código ⁽¹⁴⁾.

Por ello, nos dicen Rivera y Crovi:

[A]ctualmente la capacidad de los seres humanos no puede medirse con la misma vara que fue aplicada siglos atrás. Así, por ej., las decisiones sobre el cuidado del propio cuerpo, la libertad, la honra, la privacidad, la imagen y en general sobre todos los derechos personalísimos, se deben ir tomando, conforme al grado concreto de discernimiento, de comprensión y de madurez alcanzada, sin sujetarse a una franja etaria determinada o al no padecimiento de una enfermedad mental. La idea que predomina en la materia es afirmar la autonomía de los seres humanos para participar de las decisiones que hacen a su persona y en su caso, proteger al incompetente de los efectos nocivos de una mala lección mediante un sistema amplio de asistencia que promueva su intervención no su desplazamiento ⁽¹⁵⁾.

Coincidimos con estos autores que:

La capacidad es el grado de aptitud que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas para ser titulares de derechos y deberes jurídicos y para el ejercicio de las facultades que emanan de esos derechos o el cumplimiento de las obligaciones que implican los mencionados deberes ⁽¹⁶⁾.

En el artículo 24 prescribe el nuevo Código:

Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

- a. la persona por nacer;
- b. la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2º de este Capítulo;
- c. la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

(14) Conf. CAVAGNARO, María Victoria y BATTÚ, Estefanía; “El reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos en el nuevo Código Civil y Comercial”, trabajo publicado en Sistema Argentino de Información Jurídica. (Infojus).

(15) RIVERA, Julio Cesar y CROVI, Luis Daniel; “Derecho Civil. Parte General”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2016, pág. 237/238.

(16) RIVERA y CROVI, obra citada, pág. 237.

Expresa Silvia E. Fernández que:

[L]a referencia a la presencia de una cierta ‘edad y madurez suficiente’ da cuenta de que el sistema se aleja de conceptos más rígidos —como el de capacidad civil tradicional— al tiempo que emparenta mayormente con la noción bioética de ‘competencia’, que refiere a la existencia de ciertas condiciones personales que permiten entender configurada una determinada aptitud, suficiente para el acto de cuyo ejercicio se trata. Esta noción es de carácter más empírico que técnico y toma en consideración la posibilidad personal de comprender, razonar, evaluar y finalmente decidir en relación al acto concreto en juego ⁽¹⁷⁾.

Coincidimos con la autora en cita que:

[T]odo el régimen de capacidad de los menores de edad no se asienta en condiciones etarias puras, sino que introduce la pauta más maleable y permeable de ‘madurez suficiente’, que permite discernir, en el caso concreto, la posibilidad de tomar una decisión razonada en relación al acto concreto, apareciendo así como un sistema más justo y cercano al respeto por la persona humana ⁽¹⁸⁾.

Es correcto que a partir de la nueva codificación, en cada caso habrá que determinar si la persona tiene la edad y madurez suficiente para el acto de que se trata y no es lo mismo un niño de seis años que uno de catorce o quince.

La tarea de determinar la madurez suficiente estará a cargo del propio menor, sus padres y en su caso del juez, debiendo este último contar con asesoramiento que le permita determinar si tiene esa capacidad.

Para Zabalza, la capacidad progresiva no está sujeta a una edad cronológica determinada, sino que en cada caso en concreto habrá que determinar el discernimiento del niño, su madurez intelectual y psicológica, el suficiente entendimiento ⁽¹⁹⁾.

El grado de madurez suficiente indirectamente remite al discernimiento ⁽²⁰⁾.

(17) Código Comentado, obra citada, pág. 62.

(18) Obra citada, pág. 63

(19) ZABALZA, Guillermina; “Análisis en torno al proceso de toma de decisiones de niños, niñas y adolescentes sobre cuestiones relativas a su salud”, trabajo publicado en MICROJURIS MJD5897.

(20) Conforme RIVERA y CROVI, obra citada pág. 243.

En el caso del Código de los Niños y Adolescentes de Perú dispone en el artículo cuarto:

Capacidad.

Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo.

Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes.

La ley establece las circunstancias en que el ejercicio de esos actos requiere de un régimen de asistencia y determina responsabilidades.

En caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección y el adolescente de medidas socio-educativas.

Previamente ya había resuelto la jurisprudencia:

11. 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 (del voto de la Dra. Ana María Conde, por sus fundamentos).

12. 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 tienen la responsabilidad de cuidado y formación del niño (del voto de la Dra. Ana María Conde, por sus fundamentos).

13. En el camino hacia la autonomía del menor se verifican diversos estadios de acceso a los derechos que garantiza la Convención sobre los Derechos del Niño, 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 (del voto de la Dra. Ana María Conde, por sus fundamentos) ⁽²¹⁾.

(21) "Ligas de amas de casa...", fallo citado, publicado en MICROJURIS MJJ73408.

Nos dicen Rivera y Crovi que:

[E]l fundamento de las restricciones a la capacidad de ejercicio es la falta de edad y grado de madurez suficiente o la ineptitud psíquica del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos; estos son los casos de los menores de edad y las personas de capacidad restringida. En otros supuestos el fundamento es la absoluta imposibilidad material de ejercer los derechos (personas por nacer), o la imposibilidad de interactuar con su entorno y expresar su voluntad (personas incapaces) ⁽²²⁾.

Si bien la opinión del niño no es determinante, en razón del peso que ella presenta en especial para la construcción del interés superior del niño, coincidimos con Silvia Fernández, que en los casos que el juez decida apartarse de dicha expresión debe aportar argumentos de peso que justifiquen contradecirla ⁽²³⁾.

Establece en la primera parte del artículo 26:

Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada...

Como se aprecia, ahora la edad es tan solo una pauta a considerar, atendiendo la norma más especialmente al concepto empírico-jurídico de madurez suficiente.

Por ello nos dice Silvia Fernández:

[A]sí a iguales edades no significan capacidades iguales y un mismo niño presentará capacidad suficiente para ciertos actos y no para otros. El criterio es dinámico, mutable: por ejemplo, mientras un adolescente cuenta con capacidad para solicitar y decidir el empleo de métodos de anticoncepción —por ejemplo, preservativos— no la presenta para consentir —por sí solo— una intervención quirúrgica que pone en riesgo su salud o una cirugía estética ⁽²⁴⁾.

Continúa el art. 26 estableciendo:

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

(22) RIVERA y CROVI, obra citada, pág. 245.

(23) FERNANDEZ, Silvia, obra citada, pág. 71.

(24) FERNANDEZ, Silvia, obra citada, pág. 71

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto a aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está 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 adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

El Código Civil y Comercial regula en forma expresa lo relativo al ejercicio de derechos personalísimos atinentes al cuidado de la salud y el propio cuerpo por las personas menores de edad.

En la interpretación de la norma presente referida a la aplicación al caso concreto, coincidimos con Sandra M. Wierzba:

[Q]ue exigirá cautela la distinción entre el concepto de tratamientos médicos invasivos o riesgosos, y tratamiento que no lo son. Al respecto, más allá del valor teórico de estas expresiones y de su ya tradicional relevancia en materia de consentimiento informado, advertimos claras dificultades prácticas en materializar tal distingo. Nos continua diciendo la autora en cita: “Y lo cierto es que en la actualidad muy pocos procedimientos médicos podrán ser calificados de no invasivos, ni riesgosos” ⁽²⁵⁾.

En nota al pie de página Wierzba expresa que hasta la ingesta de la tan difundida aspirina puede generar riesgos severos para determinadas personas ya que, por ejemplo, dicha ingesta puede causar el sangrado que derivó en la muerte de Carlos Fuentes.

Acordamos con Sabrina Viola que en caso de conflicto entre el adolescente y sus progenitores, será el médico quien deba decidir, discrecionalmente, acerca de la caracterización del acto médico del que se trate ⁽²⁶⁾.

(25) WIERZBA, Sandra; “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, trabajo publicado en Infojus. Doctrina

(26) VIOLA, Sabrina; “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”, Cuestión de Derecho, trabajo publicado en Internet.

Como hemos destacado en el caso del adolescente cuando su consentimiento no sea suficiente, se exige la asistencia del representante, por lo tanto no se trata de representación ni de sustitución.

El concepto de “asistencia”, nos dice Ahargo, alude al acompañamiento de los progenitores del adolescente en el proceso de toma de decisión, en oposición al término “representación”, que equivale a sustituir la voluntad de la persona menor de edad ⁽²⁷⁾.

Similar es la opinión de Curti y González quienes afirman que la asistencia dista bastante de ser una mera presencia o compañía, sino que propiamente debe ser entendida como un asesoramiento y apoyo con un sentido tuitivo, y pedagógico, en tanto que los titulares de la responsabilidad parental tienen la obligación de velar por el bienestar y desarrollo de sus hijos.

La admisión de la posibilidad de niños y adolescentes —tradicionalmente incapaces— de opinar, evaluar, razonar y finalmente brindar consentimiento frente a actos personalísimos que involucran el cuidado de su salud y su cuerpo, se remonta a precedentes del derecho comparado, en particular al conocido caso Gillik de Inglaterra, que desarrolló la noción sintetizada en las referencias doctrinarias como ‘Gillik *competent*’, para referir una categoría de niños que, sin contar con la edad legal para prestar consentimiento válido en la generalidad de la vida civil, pueden sin embargo hacerlo frente a derechos personalísimos, en función de su edad y grado de madurez. Así, en el derecho comparado se construye la doctrina de la capacidad natural, que afirma que el ejercicio de derechos fundamentales depende de las efectivas condiciones de madurez —que se van adquiriendo progresivamente hasta su plenitud—, incorporando el parámetro de ‘mayoría anticipada’ para actos médicos ⁽²⁸⁾.

Por su parte, nos dicen Rivera y Crovi “que la noción de capacidad progresiva suele identificarse con el término ‘competencia’, traducción literal del inglés ‘*competence*’, sin advertir que ‘*competence*’ no es un concepto distinto de capacidad y antes bien se relaciona con la capacidad mental”.

Expresan estos autores en nota al pie de página que “en general el término ‘*competence*’ equivale a ‘*mental capacity*’ y, refiere a la aptitud del sujeto para entender la naturaleza y efectos del acto en el cual se compromete la persona o el negocio que la persona está celebrando” ⁽²⁹⁾.

(27) AHARGO, trabajo citado, MJD6804.

(28) FERNANDEZ, Silvia, trabajo citado, pág. 72.

(29) RIVERA y CROVI, obra citada, pág. 238.

Ana C. Ahargo, comentando el citado fallo “Liga de amas de casa...”, dice que:

La doctrina distingue entre ‘capacidad’ y ‘competencia’. Capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos [...] 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 ⁽³⁰⁾.

La noción de competencia se vincula con el discernimiento; se trata de “un estado psicológico empírico en que puede afirmarse que la decisión que toma un sujeto es expresión real de su propia identidad individual, esto es, de su autonomía moral personal” ⁽³¹⁾.

Guillermina Zabalza, por su parte, nos dice que “[p]aciente competente es aquel que posee capacidad de comprender la información sobre su condición y sobre las opciones de tratamiento, y puede tomar decisiones sobre la base de tal información”.

Para ella:

La competencia no es un concepto estático, sino dinámico y relativo, en virtud del cual una persona puede ser competente para decidir sobre su tratamiento, pero no serlo para resolver su futuro laboral, reafirmando un concepto que fluye del dato sociológico, que deberá considerarse y valorarse en cada caso concreto. Esto implica reafirmar el concepto de autonomía y la doctrina del consentimiento informado en personas que aun cuando no son capaces desde la perspectiva jurídica clásica, se los puede reputar competentes y en consecuencia con discernimiento para ser protagonistas activos en cuestiones que trascienden sobre su persona o salud ⁽³²⁾.

(30) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho del menor a su propio cuerpo”, en trabajo publicado en el libro que dirigió nuestro homenajeado “La persona humana”, p. 249 y sigtes., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

(31) Conf. LORDA, Pablo Simón, citado por Kemelmajer de Carlucci, op. Cit. Nota anterior.

(32) ZABALZA, Guillermina; “Análisis en torno al proceso de toma de decisiones de niños, niñas y adolescentes sobre cuestiones relativas a su salud”, trabajo citado, publicado en MICROJURIS MJD5897.

Afirman Rivera y Crovi que:

[L]a noción de capacidad progresiva debe estar reservada para el ejercicio de derechos no patrimoniales. La seguridad del tráfico jurídico, requiere que la capacidad o incapacidad para los negocios jurídicos patrimoniales esté basada en franjas etarias rígidas y a veces se decreta la total interdicción de una persona cuando ningún sistema de apoyo sea eficaz. El sistema de capacidad ideado por el código derogado, si bien se presentaba como insuficiente, no implicaba un ‘castigo’ para las personas que eran declaradas incapaces, por el contrario la restricción de la capacidad de obrar en las relaciones contractuales sólo tiende a proteger el patrimonio de quienes no tengan el desarrollo intelectual o psíquico para manejarlo ⁽³³⁾.

Por nuestra parte no estamos tan convencidos de lo precedente porque ya durante la vigencia del Código Civil hemos dicho que, pese a que el menor era incapaz absoluto para obligarse, realizaba pequeños actos como viajar en transporte público, ir al cine, a la cancha de fútbol, realizar pequeñas compras y a nadie se le ocurría de impedirle entrar y que tenía que volver con sus padres.

Coincidente con lo precedente se preguntaba Alejandro Borda refiriéndose al Código de Vélez, si los menores impúberes eran incapaces absolutos y solo podían contratar a través de sus representantes y nos decía:

Sin embargo, existen en la vida real una infinidad de pequeños contratos celebrados por menores impúberes. Todos los días vemos chicos realizando verdaderas compraventas (adquiriendo chocolates o bebidas en quioscos y supermercados, útiles escolares en librerías, etc.), permutas (los comunes intercambios de libros entre alumnos), mutuos gratuitos (prestando activa o pasivamente las cosas) o celebrando contratos de transporte o de espectáculo público (entradas al cine, fútbol, etc.). Y nadie puede dudar que se tratan de contratos válidos, salvo que implique un supuesto de explotación de la inexperiencia del menor, que haría aplicable el art. 954 del Cód. Civil ⁽³⁴⁾.

En tal sentido el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 1998 establecía en el artículo 26: “Actos usuales. Los menores pueden concertar los actos usuales correspondientes a su edad y condición”.

(33) RIVERA y CROVI, obra citada, pág. 238.

(34) BORDA, Alejandro; “La capacidad”, trabajo publicado en el libro “La persona humana” dirigido por nuestro homenajeado, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 172/173.

En los Fundamentos a dicho Proyecto se expresaba que “desaparece la distinción entre menores impúberes y adultos, pues tampoco tenía efectos prácticos, desde que nuestro ordenamiento establece un régimen de otorgamiento gradual de capacidad de ejercicio”.

Respecto a lo dispuesto en el proyectado artículo 26 del Proyecto de 1998, nos decían los autores en los Fundamentos: “Además se establece la aptitud de los menores para celebrar los negocios propios de su edad reconocida siempre por la doctrina argentina”⁽³⁵⁾.

VII. RESPONSABILIDAD PARENTAL

Nuestro Código Civil y Comercial abandona la denominación de “Patria Potestad” y establece la de “Responsabilidad parental” estableciendo:

Artículo 638. Responsabilidad parental. Concepto. La 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.

El nuevo Código, aunque con distinta denominación sigue lo que disponía el Código de derogado, el que en su artículo 264 disponía:

La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado...

El cambio terminológico de “patria potestad” por “responsabilidad parental” se ha realizado de conformidad con el art. 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que alude, en primer término, a las “responsabilidades” de los padres, y el art. 7º de la ley 26.061, que se refiere a la “responsabilidad familiar”⁽³⁶⁾

En modo alguno podemos sostener que los hijos eran un objeto de protección sino que se trataba de personas desde su concepción que requerían de protección para su desarrollo.

(35) Proyecto elaborado por Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio Cesar Rivera y Horacio Roitman.

(36) Fallo citado, “E.V.E y otros c. M.C.A. s/ alimentos: modificación —Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil—, Sala J, 30-09-2019 Resolución 60331. E.D. Diario, Tomo 286.

Seguidamente el Código Civil y Comercial regula los principios que rigen en la materia, prescribiendo:

Artículo 639. Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

a) El interés superior del niño.

b) La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.

c) El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Está claro que a mayor autonomía o capacidad del menor disminuye la responsabilidad parental, pero interpretar que, en principio, los adolescentes pueden tomar decisiones sobre su salud desde los trece años, coincidimos con Sandra Wierzba, “entraña el peligro de que se les imponga la obligación de decidir, en lugar de reconocérseles el derecho a hacerlo en ciertas circunstancias” ⁽³⁷⁾.

Estamos de acuerdo que el principio de progresividad resulta atinado, ya que resulta obvio que la capacidad para entender y querer se va alcanzando progresivamente, no es lo mismo un niño de dos años, que uno de diez, catorce o dieciséis años de edad.

Por lo precedente es claro también que el grado de madurez se va alcanzando con la edad, educación, familia, lugar, creencias, etc.

Como expresa Miguel Cillero Bruñol el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.

Concluye su trabajo expresando que tiene las siguientes características:

[E]s una garantía, ya que toda decisión que concierne al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas,

(37) WIERZBA, Sandra, trabajo citado publicado en Infojus. Doctrina.

niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática ⁽³⁸⁾.

Para concluir, no tenemos duda alguna que el niño y adolescente tiene derecho a ser oído y se debe escuchar su opinión en todo aquello que le concierne, pero ello no implica prescindir de la asistencia de los progenitores y siempre se debe tener presente el interés superior.

(38) CILLERO BRUÑOL, Miguel; "El interés superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", ver página Web.

AUTONOMÍA PROGRESIVA

POR JULIO CÉSAR RIVERA (*)

Mi relación con el Dr. Guillermo A. Borda comenzó en el ya lejano 1965, en el que comencé a cursar el primer año de la carrera en la flamante Facultad de Derecho de la Universidad del Salvador; el profesor titular de Derecho Civil I era el Dr. Borda, acompañado por otro jurista destacado, el Dr. José Julián Carneiro. No me cabe duda de que mi vocación por el derecho civil fue forjada a partir de ese curso. Es que cada clase era un deleite; el Dr. Borda no sólo explicaba los textos legales, sino que los adornaba con casos, anécdotas y ejemplos siempre oportunos que nos mantenían atentos de una punta a la otra de cada jornada. Ciertamente es que en los años siguientes mis compañeros y yo tuvimos la fortuna de ser alumnos de Jorge Joaquín Llambías, Alberto Gaspar Spota, Dalmiro Alsina Atienza y Alberto D. Molinario. Lo que se diría un seleccionado de los mejores civilistas de la época, que además estaban asistidos por algunos "jovencitos" como Jorge Horacio Alterini, Chiqui Gastaldi o Graciela Martínez Cuerda. Pero, reitero, la piedra fundacional de mi vocación la puso el maestro Borda.

Una vez graduado me ofrecieron ingresar como ayudante de docencia en su cátedra; obviamente acepté de inmediato y así se gestó una cordial relación personal que duró para siempre y se prolonga en la amistad que me une especialmente con Guillermo Julio y Alejandro.

El maestro Borda fue uno de los académicos que postuló mi ingreso a la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, lo que por supuesto agradecí y agradezco.

Hace también muchos años expuse también mi reconocimiento al maestro en un primer libro de homenaje en el que escribí a instancia de otro miembro de nuestra Corporación, el Dr. Roberto Martínez Ruiz. Y lo

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

reitero ahora con este trabajo que espero esté a la altura de lo que el Dr. Borda esperaba de su ayudante.

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Terminología. Autonomía o capacidad

En ciertas obras las expresiones autonomía progresiva y capacidad progresiva parecen usarse como sinónimas.

Sin embargo, cabe alguna distinción.

Así se dice que en términos generales la noción de autonomía personal se refiere a la posibilidad de que una persona adopte por sí misma, esto es, sin interferencias externas, las normas, reglas, puntos de vista o estándares mediante los cuales establecerá sus gustos, opiniones, preferencias o ideas. Ello le permitirá guiar su conducta, respecto no sólo a su propia persona, sino también en lo relativo a sus relaciones con los demás ⁽¹⁾. Es lo que lleva a Dworkin a afirmar que tan válido es el plan de vida de un intelectual que el de quien se sienta frente a un televisor con una cerveza y piensa “esto es vida” ⁽²⁾.

La capacidad en cambio es un término que al menos en el ámbito del derecho privado tiene un significado bien preciso; si hablamos de la capacidad de derecho, es entendida como la aptitud que pertenece a toda persona humana para ser titular de derechos y deberes jurídicos; y si hablamos de la capacidad de ejercicio, también denominada capacidad de hecho consiste en la aptitud del sujeto para ejercer por sí los derechos de que es titular.

La relación entre ambos conceptos, autonomía y capacidad proviene de que para hacer efectiva la autonomía es necesario reconocer capacidad al sujeto. Así, los menores de edad gozan de mayor autonomía en la medida que pueden tomar decisiones sobre sí mismos, esto es, en la medida que el derecho positivo les atribuye capacidad para ciertos actos y

(1) Caminos, Pedro A., Los dos estándares sobre la autonomía personal en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, JA 03/09/2014, 3 - Cita: TR LALEY AR/DOC/5470/2014

(2) DWORKIN, Ronald, *Liberalismo, constitución y democracia*, trad. de Julio Montero y Alfredo Stolarz, Buenos Aires, 2003, p. 23.

con ello la posibilidad de actuar sin depender del consenso de sus padres o representantes legales ⁽³⁾.

I.2. La cuestión de la capacidad de los menores de edad: del *fraccionamiento a el grado de madurez suficiente*

Este tema de la capacidad progresiva me hizo recordar un volumen en el que Gabriel García Márquez reunió una serie de artículos breves que siendo muy joven publicó en periódicos de Venezuela; el libro se tituló “Cuando era feliz e indocumentado”. Bien, cuando quien esto escribe era “feliz e indocumentado” la cuestión de la capacidad era bien clara: se era menor —y por ende capaz— hasta el día en que se cumplía cierta edad que la ley definía para todos sin excepción; y se era plenamente capaz a partir de ese día. Y ese régimen —que Werner Goldschmidt calificaba como del fraccionamiento— rigió durante mucho tiempo. Obviamente esto admitía múltiples matices; algunos ordenamientos preveían —y lo siguen haciendo— adelantamientos generales de la capacidad por ejemplo a través de la emancipación por matrimonio o por la emancipación dativa o habilitación de edad ⁽⁴⁾; y siempre existieron actos para los cuales se reconocía capacidad anticipada; por ejemplo en derecho argentino el Código Civil de 1869 atribuía capacidad para adquirir la posesión de las cosas a partir de los diez años; y el mandato podía ser atribuido a favor de un menor de edad.

Este sistema del fraccionamiento era bastante rígido y por ello seguro: bastaba con comprobar la fecha de nacimiento para saber si una persona era capaz o no para cierto acto.

Por lo demás, la capacidad era estudiada y legislada atendiendo fundamentalmente a la aptitud del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas ⁽⁵⁾ y, por lo tanto, para ejercer los derechos y obligaciones causados en esas relaciones jurídicas. Por ello la capacidad de hecho estaba parcelada en compartimentos en principio estancos —incapaces y capaces— para otorgar actos jurídicos patrimoniales (contratos, testamentos) o extrapatrimoniales (el matrimonio) y siempre en función de la edad.

(3) El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define autonomía como “Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”.

(4) V. Rivera, Julio César, *Habilitación de edad*, Bs.As., Abaco, 1978.

(5) Bibliografía especial: MUÑOZ, Javier N., *Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, RDPyC, 2012-2, p. 105; RIVERA, Julio César, *Las claves del Código Civil y Comercial en materia de personas humanas*, RDPyC 2015, Número Extraordinario, p. 195.

Estos criterios han evolucionado notablemente.

En primer lugar, resulta evidente que todas las personas son titulares de ciertos derechos que no se limitan a la celebración de actos jurídicos para establecer relaciones jurídicas. Así, todas las personas (niños, ancianos, discapacitados, aborígenes, mujeres, hombres, sin excepciones) gozan de los derechos que hacen a la dignidad personal y pueden hacer valer esos derechos frente a otros particulares y frente al Estado, quien asume incluso obligaciones para hacer eficaces las declaraciones programáticas del ordenamiento.

Pero, además, se advierte que la legislación aprehende a los menores de edad desde una perspectiva mucho más amplia que la de la mera capacidad de ejercicio adquirida plenamente en razón de llegar a una cierta edad.

En efecto, el derecho supranacional y el derecho positivo local han asumido —en particular en materia de menores, pero también respecto de personas de capacidad restringida por padecer enfermedades mentales o adicciones— que el punto de partida de toda regulación debe ser el reconocimiento del mayor ámbito de autonomía personal.

Ello lleva a superar la división de capaces e incapaces en compartimientos estancos, para reconocer lo que se denomina *capacidad progresiva*; esto significa que los menores de edad van adquiriendo capacidad para el ejercicio de ciertos derechos a medida que avanza su edad, pero también su grado de madurez. De modo que el derecho positivo incorpora el estándar *grado de madurez suficiente*. Y por lo demás se reconoce el *derecho de los menores de edad a ser oídos* en todo procedimiento judicial o administrativo, así como a *participar en las decisiones sobre su persona*. Amén de que todo ello está orientado a privilegiar el *interés superior del niño*, principio general inspirador de toda la materia que algunos autores —con valioso cortejo argumental— denominan el derecho de la infancia, cuya clave de bóveda es ese superior interés del niño ⁽⁶⁾

Todo ello ha venido a quedar consagrado en el derecho positivo argentino inicialmente por la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, luego por la ley 26.061 que pone en ejercicio en nuestro país esa Convención, y en la que se estableció que se debe respetar “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su

(6) V. Basset, Úrsula, Los principios del derecho de la infancia en el derecho internacional, en Basset, Úrsula - Santiago, Alfonso, Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Bs.As., 2022, t. II; pág. 305 y sigs.

opinión sea tenida en cuenta”, sirviendo como pauta de ponderación “la edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales” (art. 3º, incs. b y d). Y, finalmente, estos principios han quedado consolidados en el Cód. Civ. y Com., tanto en el art. 26 referido a la capacidad de ejercicio cuanto en la regulación de la hoy denominada autoridad parental (art. 639), el que también les reconoce una amplia capacidad procesal, teniendo derecho incluso a tener su propio abogado especializado en niños, niñas y adolescentes como lo previó en origen la ley 26.061. Siempre bajo la premisa del interés superior del niño.

Por lo demás, en ciertas materias, como cuando se trata de recibir terapias o procedimientos médicos, la legislación especial también les reconoce el derecho a ser oídos y expresar su opinión: ley 26.529 Derechos del Paciente, art. 2º, inc. e), que expresamente dice: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud”. El Cód. Civ. y Com. también contiene disposiciones sobre la aptitud de los menores de edad con relación a su salud (art. 26).

Resulta obvio que el estándar “grado de madurez suficiente” es flexible; cada niño o niña es un sujeto distinto y su maduración depende de múltiples circunstancias personales. Como veremos esto lleva a cierto grado de incertidumbre pues la capacidad del niño o niña para algunos actos será materia a discernir caso por caso.

Es que el estándar grado de madurez suficiente no se relaciona con la edad biológica sino con las experiencias que las personas tienen en su proceso de socialización y que llevan a decir que no se es maduro o inmaduro, sino que se es maduro o inmaduro “para hacer algo”, con lo que se puede ser capaz para una cosa y no para otra. Por ejemplo, en Inglaterra las autoridades consideraron con suficiente madurez como para rechazar una intervención en su corazón a una persona de 13 años de edad que, desde su infancia, había sufrido una enfermedad que le había exigido estar permanentemente en tratamientos; de los cuales había resultado la cardiopatía que exigía la operación a la cual se resistía la joven paciente ⁽⁷⁾; pero a la vez esa misma joven no tendría capacidad para vender un inmueble o comprar un auto, pues su misma vida transcurrida

(7) Es el caso de Hanna Jones, comentado por Cadenas Osuna, Davinia, “El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el common law”, *ADC* 2018-789, en particular pág. 840.

mayormente en establecimientos asistenciales le había impedido adquirir una mínima experiencia en los manejos patrimoniales.

I.3. Capacidad y competencia

Otra evidencia de la evolución de los conceptos en punto a la capacidad de los menores es la incorporación a los derechos de cuño romano germánico de la idea de competencia, obvia derivación del derecho anglosajón y su noción de competence.

Esta última ha sido definida como “concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos que 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. Se trata entonces de un concepto ligado al discernimiento, pero implica una valoración de la aptitud de comprender el alcance de la decisión en el caso particular de acuerdo con el grado de madurez que ostenta el menor ⁽⁸⁾.”

En concreto alude a la aptitud —o capacidad— del menor para decidir fundamentalmente en el área de los derechos personalísimos, lo que comprende los actos de disposición del propio cuerpo, la intimidad, sus convicciones religiosas, etc.

La palabra competencia que aparece como una traducción literal del concepto anglosajón de *competence*, no está en el Cód. Civ. y Com., y en realidad no representa una categoría jurídica distinta de la capacidad. Estaría en definitiva aludiendo a la capacidad del sujeto menor de edad para decidir sobre esas áreas que en general se identifican —como venimos de señalarlo— con los derechos personalísimos.

I.4. Consecuencias

Kemelmajer de Carlucci —una de las más distinguidas juristas argentinas y miembro de la comisión que redactara el Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. vigente como Cód. Civ. y Com. a partir de 2015—, concluye que la capacidad es una cuestión de grado. Y sin desconocer las dificultades para evaluar la aptitud de comprensión y la efectiva voluntad de la persona, es conteste en que “una persona puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones y no sobre otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación”. Por tal

(8) Ales Uría, Mercedes, La autonomía progresiva de la persona menor de edad en el derecho argentino, en Basset - Santiago, Tratado de derecho constitucional..., citado, t. II, pág. 366 y sigs. en particular en pág. 380. También Kemelmajer de Carlucci, Aída, El derecho del menor a su propio cuerpo, en Borda, Guillermo A. (dir), La persona humana, La Ley, Bs.As. 2001, pág. 249.

motivo, añade junto con Lamm que la capacidad de decidir por sí mismo —entendida como la aptitud cognoscitiva para entender la información y para poder elegir autónoma y racionalmente— debe ser evaluada caso por caso. En rigor, aunque admiten que es aconsejable acordar una franja de edad orientativa y no rígida, se inclinan por la postura que admite el ejercicio de los derechos subjetivos de la personalidad a medida que el niño y el adolescente tengan suficiente capacidad de autogobierno, debiendo cualquier limitación ser interpretada de modo restrictivo ⁽⁹⁾.

Este es —sin duda— el criterio que ha inspirado al Cód. Civ. y Com. argentino vigente.

II. DESARROLLO. LA CAPACIDAD PROGRESIVA EN EL DERECHO ARGENTINO

II.1. Capacidad progresiva y actos de disposición del propio cuerpo. Antecedentes

Como hemos anticipado, la noción de capacidad progresiva manifiesta sus efectos más evidentes en el ámbito del ejercicio de los derechos de la personalidad. De allí que centraremos nuestra exposición en el tema de la disposición del propio cuerpo, que es donde se inicia esta evolución

Son muy conocidos los antecedentes ingleses. En el caso *Hanna Jones*, al que ya nos hemos referido, el tribunal halló que una menor de 13 años que había pasado gran parte de su vida sometida a tratamientos médicos era competente para rechazar una intervención quirúrgica en su corazón.

También en Inglaterra se ha desarrollado lo que se denomina el estándar *Gillick* ⁽¹⁰⁾. *Competence Gillick* es una expresión que —como decimos— se originó en Inglaterra y Gales y se utiliza en el derecho de la

(9) Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en Bergel, Salvador D. y Minyersky, Nelly (comps.), “Bioética y derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 110 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, “La persona transexual, menor de edad, competente para decidir sobre la intervención médica que requiere judicialmente”, *Semanario Jurídico*, n. 1637, Córdoba, 6/12/2007, ps. 793/821

(10) Sobre el punto: el valioso trabajo de Ales Uría, Mercedes, “La autonomía progresiva de la persona menor de edad en el derecho argentino”, en Basset - Santiago, *Tratado de derecho constitucional...*, citado, t. II, pág. 366 y sigs. en particular en pág. 381

salud para decidir si un niño (menor de 16 años) puede dar su consentimiento para su propio tratamiento médico, sin necesidad de permiso o conocimiento de los padres. El estándar se basa en la decisión judicial de 1985 de la Cámara de los Lores en un caso de asesoramiento sobre anticoncepción dado por un médico; una madre de diez hijos había cuestionado que una de sus hijas recibiera tal asesoramiento o información sobre los métodos anticonceptivos.

Además, el estándar Gillick tiene que complementarse —cuando se trata de salud reproductiva— con lo que se ha dado en llamar *Fraser Guidelines* ⁽¹¹⁾ (así denominadas por derivar del voto de Lord Fraser en el mismo caso Gillick).

Y Úrsula Basset nos anoticia de la evolución de los mismos tribunales británicos, los que han ido puntualizando algunos datos que deben estar presentes al tiempo de evaluar si el sujeto menor de edad es competente o no para tomar una decisión sobre su propio cuerpo. Ellos son: (i) una estabilidad temporal mínima en la competencia alcanzada, alejada de oscilaciones emocionales bruscas; (ii) ha de considerarse la historia y entorno del menor incluidos sus antecedentes clínicos ⁽¹²⁾; (iii) así como las consecuencias de la decisión del menor sobre sí y sobre su entorno familiar; (iv) y la cantidad suficiente de conocimiento objetivo, aislado de concepciones religiosas ⁽¹³⁾, creencias del entorno o presión indirecta de sus padres, así como estrés postraumático ⁽¹⁴⁾.

Pero no ha de omitirse que la experiencia de aplicación del estándar revela que los tribunales están dispuestos a convalidar la decisión del menor con “grado de madurez suficiente” cuanto este acepta someterse al tratamiento médico, pero no cuando el menor lo rechaza y ello pone en peligro su vida. Así la experiencia inglesa demuestra que se exige un mayor nivel de madurez para entender las implicaciones de rechazar un tratamiento que para aceptarlo. Afirmándose entonces por la doctrina que en Inglaterra un menor de 16 años tiene poder para consentir un tratamiento sin necesidad de consentimiento parental, pero no tiene un

(11) V. Ales Uría, ob. cit.

(12) Esto sin duda evoca el caso de Hanna Jones al que hemos hecho referencia.

(13) Este dato es relevante a los efectos de la negativa a recibir transfusiones de sangre por parte de miembros de los Testigos de Jehová. Lo veremos más adelante con cierto detenimiento en los casos resueltos por los tribunales argentinos.

(14) Basset, Úrsula, *Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales*, RDFyP, año II, núm. 9, oct. 2010.

poder equivalente para rechazar el tratamiento si sus padres consienten dicho tratamiento ⁽¹⁵⁾.

II.2. La jurisprudencia: un *leading case* de la CS

En el año 1980 la CS autorizó a una persona que tenía 17 años y 9 meses de edad a dar un riñón a su hermano, pese a que la ley de trasplantes entonces vigente exigía la edad de 18 años. Lo hizo con fundamento en la solidaridad familiar y madurez evidenciadas por la futura donante ⁽¹⁶⁾. Concretamente en lo que hace a la capacidad de la menor para autorizar la ablación de su riñón, uno de los votos afirmó que ella gozaba de discernimiento conforme a los arts. 128 y 921 del Cód. Civil y que no surgía de autos que ella padeciera de ignorancia, error o dolo que obstaran a su intención, ni que se encontrara afectada su libertad con relación al acto de ablación en vida, habiéndose verificado en una audiencia de comparecencia personal que la menor había comprendido cabalmente el significado y trascendencia del acto a que quería someterse y que no había sido objeto de influencias externas para valorar las consecuencias de sus actos encontrándose los elementos de los actos voluntarios establecidos en el art. 897 del mismo cuerpo legal y que está satisfecha la exigencia del art. 11 de la ley de trasplantes en cuanto se refiere a la comprensión del acto ⁽¹⁷⁾.

II.3. Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes

Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño y esta fue elevada a jerarquía constitucional por la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, CN).

Ello imponía la adecuación de la legislación infra constitucional al derecho supranacional y al derecho constitucional, tarea que ya se había emprendido con la sanción de la denominada Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (1995) cuyo art. 2° establece que “la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad”.

(15) Cadenas Osuna, cit., p. 839.

(16) CSN; 6/11/1980, Saguir y Dib, Claudia Graciela, Fallos 302:1284, Cita: TR LA-LEY AR/JUR/1136/1980

(17) Voto de los doctores Frías y Guastavino.

La ley recoge obviamente el principio cardinal en la materia que es el interés superior del niño y del cual derivan todos los demás ⁽¹⁸⁾; ella lo expresa diciendo que a partir de este “interés superior” deben respetarse:

a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de esta, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse (art. 3°).

La garantía del menor a ser oído en todo aquello que le concierne, en cualquier área en que alguna decisión sobre él deba o pueda ser adoptada, queda consagrada en el art. 27 bajo el acápite “Garantías Mínimas de Procedimiento. Garantías en los Procedimientos Judiciales o Administrativos” y que dispone:

Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la CN, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

(18) Sobre los principios del “derecho de la infancia” ver: Basset, Úrsula, Los principios del derecho de la infancia en el derecho internacional, en Basset, Úrsula - Santiago, Alfonso, Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Bs.As., 2022, t. II; pág. 305 y sigs.

- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Un estándar que se incorporó a nuestro derecho con la ley 26.061 es el del “grado de madurez suficiente” que se complementa con la “capacidad de discernimiento”.

El art. 3° de la ley 26.061 lo prevé al aludir al interés superior del niño, lo que impone respetar, entre otras pautas “d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”. Lo mismo hace en el art. 24 que bajo el acápite “Derecho a opinar y a ser oído” dispone que:

[L]as niñas, niños y adolescentes tienen derecho a... b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

II.4. La Ley de Derechos del Paciente

La Ley de Derechos del Paciente (26.529) establece:

Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente” (art. 6°) y que “el paciente 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 la voluntad (art. 2°, inc. e).

Con relación a los menores el art. 2°, inc. e), en su segundo párrafo, dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 —la que trajo al derecho interno la Convención de Derechos del Niño— a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

II.5. Ley 27.447 de trasplantes de órganos y tejidos ⁽¹⁹⁾

Conforme a esta ley la ablación de órganos y tejidos en vida con fines de trasplante sólo estará permitida sobre una persona capaz mayor de 18

(19) La mencionada en el texto es la última versión de la ley de trasplantes; pero se la presenta como un antecedente porque desde la primera ley de trasplantes ya regían

años, quien solo podrá autorizarla cuando el receptor sea su pariente hasta el cuarto grado, su cónyuge o una persona con la que mantenga una unión convivencial (art. 22). La donación de células progenitoras hematopoyéticas (CPH) puede ser consentida por un quien no haya alcanzado la edad de 18 años previa autorización de su representante legal y si los vincula al receptor un parentesco como el mencionado en el art. 22 (art. 26).

Por su parte el art. 31 de la misma ley, bajo el acápite “Requisitos para la donación” vuelve a referirse a toda persona mayor de 18 años.

Como esta ley es posterior al Cód. Civ. y Com. y especial para cierto acto —la donación de órganos con finalidad de trasplante— parece claro que sus disposiciones prevalecen sobre las genéricas del Cód. Civ. y Com., por lo que aun cuando el menor tenga un grado de madurez suficiente no tendría capacidad para donar órganos con finalidad de trasplante.

La ley trata también de la obtención de órganos de donante fallecido; si el muerto es menor de 18 años la autorización para la obtención de los órganos debe ser efectuada por ambos progenitores o aquél que se encuentre presente o el representante legal del menor. Y agrega el art. 34 que la oposición de uno de los padres elimina la posibilidad de llevar adelante la extracción del cuerpo del menor.

II.6. Ley 26.130. Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica

Esta ley se refiere a las prácticas denominadas “ligadura de trompas de Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía”, las que se autorizan “para toda persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado” (art. 2°).

II.7. Ley 26.743. Derecho a la identidad de género de las personas

El principio de capacidad progresiva también aparece en la Ley 26.743 (2012) de Identidad de Género. El art. 1° de esta ley dispone que:

[T]oda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género y por lo tanto a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada, por lo que toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida (art. 3°).

los principios que inspiran a la actualmente vigente que en definitiva es una actualización de aquella primera norma.

Por lo tanto, habilita un procedimiento para concretar tales derechos, que en principio debe ser instado por personas mayores de edad. Pero el art. 5° trata la cuestión cuando se relaciona con menores de edad, hipótesis en la cual la solicitud deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, *teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.*

Además, el art. 11 de la misma ley trata de los tratamientos hormonales y las intervenciones quirúrgicas de adaptación. Cuando se trata de menores es necesario además de cumplir los recaudos del art. 5° que medie autorización judicial, la que será otorgada —o no— teniendo en cuenta los mismos principios de capacidad progresiva e interés superior del menor.

El cambio de sexo en personas menores de edad es un tema excepcionalmente delicado, pues algunas decisiones que se toman durante la minoridad son irreversibles y por ello afectan el resto de la vida del individuo. En Francia se ha dicho que debe obrarse con suma prudencia sobre ello, pero a la vez tal punto de vista ha sido objetado por los colectivos de personas trans y otros “progresistas” que ven en este pedido de prudencia una *transphobie camouflée*.

II.8. Otras leyes

Reconocen explícitamente el principio de *capacidad progresiva* la Ley de Salud Reproductiva de la Ciudad de Buenos Aires (ley 418) que autoriza a dar información sobre mecanismos contraceptivos a personas menores de edad; la ley 25.673, que establece el Programa Nacional de Salud y Procreación Responsable y la ley 26.150 denominada Programa Nacional de Educación Sexual Integral.

II.9. Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial está vigente desde el 1 de agosto de 2015 y reemplazó al Código Civil de 1869 (en vigencia desde el 1 de enero de 1871) y al Código de Comercio de 1889, ambos modificados parcialmente en infinidad de oportunidades y en múltiples materias.

Con relación a la capacidad el art. 25 Cód. Civ. y Com. define que “[m]enor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años”. Y que “[e]ste Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.” Con relación al “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, el art. 26 reza:

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISEIS (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está 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 con 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.

Se advierte entonces que el Cód. Civ. y Com. incorpora la noción de “adolescente”, que es la persona menor de edad que ha cumplido 13 años (art. 25, 2º párr.).

La categoría de adolescente es sociológica y no jurídica, pero lo cierto es que el Cód. Civ. y Com. califica como tales a los menores que tienen entre 13 y 16 años; y ello deriva en una ampliación de la capacidad que examinaremos más adelante.

Y a partir de los 16 años el adolescente es considerado adulto con relación a su propio cuerpo (art. 26).

Con lo cual en el derecho argentino vigente tenemos: niños que son los que no han cumplido 13 años, adolescentes que tienen entre 13 y 18 años; pero con una subcategoría que son los que tienen entre 16 y 18 años que son adolescentes considerados como adultos, pero solo con relación a su cuerpo.

II.9.a. Interpretación

Hemos señalado antes que el estándar *grado de madurez suficiente* forma parte de nuestro derecho a partir de la incorporación al derecho interno de la Convención sobre Derechos del Niño y la posterior sanción de la ley 26.061. Pero era evidente —creemos— que ello tenía incidencia en el ámbito de los actos relacionados con los derechos de la personalidad del menor, incluidos los vinculados a su propio cuerpo; así como en

los procesos judiciales o de otra índole que le afectaran de algún modo daba lugar a su “derecho a ser oído”. De modo que la regla general seguía siendo que el menor con grado de madurez suficiente solo estaba autorizado para realizar los actos para los cuales el ordenamiento lo habilitaba explícitamente; y para los demás actuaba a través de sus representantes.

Ahora el régimen impuesto por el Cód. Civ. y Com. se torna confuso e inasible por dos razones, como mínimo. La primera ya ha sido expuesta, y es la misma “flexibilidad” del estándar grado de madurez suficiente.

La segunda razón es la descuidada redacción de los textos.

Adviértase que el art. 24 Cód. Civ. y Com. parece decir que para ser incapaz se requiere la concurrencia de dos recaudos: tener menos de 18 años “y” carecer de madurez suficiente. De lo cual debería concluirse que para ser capaz basta con tener más de 18 años “o” con tener grado de madurez suficiente. En otras palabras: del art. 24 se desprendería que *se puede ser capaz antes de los 18 años si se tiene un grado de madurez suficiente* ⁽²⁰⁾.

Como decíamos, esto puede tener sentido cuando se trata de ciertos actos de disposición de derechos de la personalidad y en particular los relativos al cuidado del propio cuerpo, pero es inaceptable —e impracticable— si se lleva al campo de la capacidad patrimonial por lo que venimos de decir, esto es que el grado de madurez suficiente depende del concreto derecho de que se trate y del específico acto que se pretenda realizar, lo que impone una valoración *ad hoc* de la madurez del menor para el ejercicio de sus derechos; con lo cual habría que determinar *en cada caso* si el menor de 18 años es capaz o no de actuar por sí en un acto jurídico patrimonial.

En otras palabras, aunque el menor de 16 o 17 años tenga madurez suficiente, seguramente no podrá actuar en el campo patrimonial como si fuere capaz.

Es que, además de la fragilidad que afectaría a un acto jurídico patrimonial obrado por una persona de menos de 18 años al amparo exclusivo de su “grado de madurez suficiente”, la norma se esteriliza por la misma previsión del segundo párrafo del art. 26. Este precepto —después de establecer que los menores actúan a través de sus representantes— dice:

(20) Es lo que sostuvieron algunos profesores en las Jornadas Nacionales de Bahía Blanca de 2015, en las que postularon que la capacidad de los menores se presume. Autores españoles de prestigio sostienen también que los menores no son incapaces sino personas que tienen una capacidad de obrar limitada: Cadenas Osuna, cit., p. 794 y cita de numerosos autores en nota 11.

“No obstante, la (persona) que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí *los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico*”. Así, curiosamente, la norma viene a coincidir con el art. 55 del viejo Cód. Civil que decía que los menores adultos solo tienen capacidad para los actos *que las leyes les autorizan otorgar*.

O sea que el teórico efecto de la “madurez suficiente” queda anulado porque de todos modos esa “madurez suficiente” solo habilita a la persona menor de 18 años para los actos “que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”.

Con lo cual lo que parece ser una regla habilitante general, en los hechos remite al resto del ordenamiento que es donde hay que buscar las normas que expresamente autorizan a los menores a la realización por sí de ciertos actos.

Algunos de esos actos están enunciados en el mismo art. 26 —que se refiere específicamente a lo que individualizaríamos como “actos sobre el propio cuerpo”— y en otras múltiples normas que se refieren a situaciones particulares.

Tan evidente es que el régimen es “confuso e inasible” que, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015, se presentaron dos posiciones que quedaron evidenciadas en conclusiones contradictorias. Algunos profesores postularon que en los menores de 18 años la regla es la incapacidad, mientras que otros propiciaron la idea de que en los menores la capacidad se presume. Desde nuestro punto de vista, esta última tesis no se compadece con los textos del Cód. Civ. y Com., en particular en cuando este habilita a los menores de edad a celebrar los actos jurídicos “*que le son permitidos por el ordenamiento jurídico*”, lo que da a entender que sin esta autorización legislativa expresa no hay capacidad ⁽²¹⁾.

II.9.b. Conclusión sobre el régimen del Cód. Civ. y Com.

Las personas que no han cumplido 18 años son básicamente incapaces con las excepciones autorizadas por la ley. Entre ellas deben des-

(21) Es más: se sostiene que, si la ley no establece un piso etario y recurre al estándar grado de madurez suficiente, ella se presume para el adolescente y es quien sostiene que no la tiene quien debe probar tal falencia: VAN DOMSELAAR, Carolina – ZUCHERINO, Sylvia, “El Cód. Civ. y Com.: un cambio de paradigma en la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad”, RDFyP año IX, nro. 7., agosto 2017, p. 219. La tesis no tiene ningún fundamento; la tal presunción no surge del Cód. Civ. y Com. y por el contrario para que los menores puedan ejercer por sí su capacidad jurídica es preciso que el ordenamiento los habilite expresamente según reza el mismo art. 26.

tacarse las que prevé el mismo art. 26 respecto del cuidado de su propio cuerpo. Y otras que el Cód. Civ. y Com. enumera a lo largo de su texto.

El estándar “grado de madurez suficiente” es relevante cuando se trata de ejercer el derecho del menor a ser oído y a participar en las decisiones que le conciernen (art. 639, inc. c). Pero no es suficiente para atribuir capacidad jurídica para la realización de actos jurídicos si no existe una autorización legal explícita. De allí que subsistan las disposiciones de leyes especiales que requieren la edad de 18 años para ciertos actos, como por ejemplo, la ley de trasplantes a la que ya nos hemos referido.

II.10. Examen pormenorizado de la capacidad del adolescente para disponer sobre su propio cuerpo según el Cód. Civ. y Com.

La capacidad del menor entre 13 y 16 años —adolescente en la terminología del Cód. Civ. y Com.— para decidir sobre los tratamientos médicos está regulada a partir de la distinción entre tratamientos no invasivos (art. 26, cuarto párrafo) e invasivos (art. 26, quinto párrafo).

Ello supone un primer problema que consiste en determinar cuáles son los *tratamientos* que encajan en la categoría de *no invasivos* y que *no comprometen la salud ni provocan un riesgo grave en la vida o integridad física*.

Definir esto va a generar disquisiciones múltiples.

Por empezar porque *tratamiento* es definido por la Real Academia como conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad'. Con lo que no se refiere a actos aislados como la extracción de una muela, quitar un quiste o suturar la retina. Claro es que esta interpretación literal resultaría seguramente exactamente contraria a lo que se supone ha sido la voluntad del legislador: no tendría sentido que el menor que ha cumplido 13 años pudiera decidir aceptar o no un “tratamiento” para el acné o para enderezarle los dientes, y en cambio debiera requerir el consentimiento de sus padres para actos médicos que podríamos calificar de “instantáneos” o que se desarrollan en un único momento o sesión como puede ser sacarle una muela.

Ahora bien; superado este primer escollo —provocado por la notable desprolijidad con que se ha legislado en este punto— nos encontramos con que el código usa el calificativo “no invasivos”. Un servicio de la Biblioteca de Medicina de Estados Unidos define la materia de la manera que sigue:

El término no invasivo (atraumático o incruento) se puede referir a enfermedades, procedimientos o dispositivos:

- Las enfermedades no invasivas (benignas) generalmente no dañan ni se diseminan a otros órganos y tejidos.

- Los procedimientos no invasivos no involucran instrumentos que rompen la piel o que penetran físicamente en el cuerpo. Los ejemplos abarcan: las radiografías, un examen oftalmológico estándar, una tomografía computarizada, una resonancia magnética, un monitor Holter y un ECG.

- Los dispositivos no invasivos abarcan: audífonos, tablillas externas y férulas. De donde no invasivo es lo opuesto a invasivo (cruento o traumático) ⁽²²⁾.

Si esto es así estamos de nuevo en problemas porque la extracción de la muela implica romper la piel con instrumentos y la sutura de la retina no es un examen oftalmológico estándar.

Entonces el menor que ha cumplido 13 años estaría muy limitado en punto a los tratamientos sobre los cuales puede decidir por sí mismo. Podría solo autorizar —o rechazar— una radiografía, una resonancia magnética, o usar (o rechazar) anteojos o lentes de contacto. También entran en esta categoría tratamientos de belleza, obesidad, dermatológicos, normalmente ofrecidos como no invasivos ⁽²³⁾, así como aquellos relacionados con afecciones de columna o musculares que se mejoran con gimnasia o quiropraxia.

De allí entonces que cualquier tratamiento o acto médico cruento o traumático, que como tal implique la utilización de instrumentos que penetran la piel o rompen tejidos, debería ser decidido en los términos del quinto párrafo del art. 26.

Pero la cuestión no queda aquí, pues el código alude a tratamientos no invasivos *que no comprometan el estado de salud o provoquen un riesgo grave para la vida o integridad física* (cuarto párrafo). Y cuando se refiere a los invasivos agrega “que comprometen su estado de salud” o ponen “en riesgo la integridad o la vida”.

(22) Disponible en www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002269.htm

(23) De allí que están excluidos de la idea de “no invasivos” los tratamientos para la obesidad como el cinturón y el balón gástrico pues requieren la penetración en el cuerpo del paciente, produciendo en el primer caso una modificación permanente del estómago.

Por lo tanto, deberíamos distinguir:

- Tratamientos no invasivos que no comprometen la salud ni causan riesgo.
- Tratamientos no invasivos que sí comprometen la salud.
- Tratamientos invasivos que no comprometen la salud.
- Tratamientos invasivos que sí comprometen la salud.

Es obvio que algunos de esos supuestos tienen una previsión normativa y otros no.

Los tratamientos no invasivos que no comprometen la salud son decididos por sí por el menor a partir de la edad de 13 años (art. 26, cuarto párrafo).

Los tratamientos invasivos que causan riesgo a la salud, vida, integridad física requieren el consentimiento del menor con la asistencia de sus representantes (art. 26, quinto párrafo).

Pero los tratamientos no invasivos que comprometen la salud y los invasivos que no lo hacen no tienen una previsión legislativa expresa.

Ahora bien: ¿por qué la ley ha omitido una solución para estos dos últimos casos?

Simplemente porque ha errado en el criterio clasificatorio que no debe radicar en la condición de invasivo o no del acto médico, sino exclusivamente en el riesgo que cause para la salud, vida o integridad física. Es que un acto médico puede ser invasivo (suturar la retina, un tratamiento de conducto, extirpar un forúnculo, inyectar la vacuna contra el Covid), pero el riesgo para la salud, vida o integridad física puede ser ínfimo; y por hipótesis podría haber actos médicos no invasivos que en función de las condiciones personales del paciente pudieran poner en riesgo su salud, vida o integridad física (ciertos tratamientos para la obesidad u otros trastornos alimenticios que pueden ser peligrosos para los diabéticos, celíacos, etc.).

De donde, en definitiva, cuando se trate de aplicar los párrafos cuarto y quinto del art. 26 lo relevante va a ser el riesgo de vida e integridad física, tanto se trate de aceptar la decisión individual del menor (cuarto párrafo) cuanto de resolver el conflicto que puede existir entre padres y menor (quinto párrafo *in fine*).

Sin perjuicio de lo que venimos diciendo, haremos el examen de la norma de acuerdo con los casos que ella contempla expresamente.

II.10.a. Tratamientos no invasivos

Es evidente que los párrafos cuarto y quinto del art. 26 van mucho más allá de lo que prevé la Ley de Derechos del Paciente que sigue en vigencia. Esa ley se limita a reconocer el derecho de los niños, niñas y adolescentes “a intervenir en los términos de la ley N.º 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”.

En cambio, el Cód. Civ. y Com. reconoce la aptitud del menor a partir de los 13 años *para decidir por sí* respecto de aquellos tratamientos no invasivos, que no comprometan su estado de salud ni provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. Ya no se trata entonces de “intervenir” en la “toma de decisión”, sino lisa y llanamente de “decidir” al margen de cualquier representación o asistencia.

En otras palabras, *respecto de esta categoría de tratamientos la persona de 13 años es considerada como plenamente capaz; o competente si se quiere utilizar la terminología actual.*

Sobre cuáles actos están comprendidos en este párrafo cuarto remitimos a lo ya expuesto.

II.10.b. Tratamientos invasivos

Reiteramos que el código establece en el quinto párrafo del art. 26 que “si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está 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 con respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico”.

Esta norma también genera algunas dudas en su aplicación a ciertos casos concretos.

Por empezar, nos parece evidente que esta disposición no deroga el art. 9º de la Ley de Derechos del Paciente 26.529, que exime al médico de requerir el consentimiento informado del paciente: “a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pu-

diera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales". Por lo demás el mismo Cód. Civ. y Com. se refiere a la cuestión en el último párrafo del art. 59 conforme al cual:

[S]i 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, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. 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.

El segundo problema que causa esta norma es mucho más serio: me refiero al conflicto entre padres e hijo y su resolución. El código defiere la solución a un juez, para quien aporta una serie de pautas, pero lo cierto es que en muchos casos no habrá tiempo como para recurrir a un juez pues los tratamientos o los actos quirúrgicos deben ser ejecutados sin demora. En ese caso: ¿qué actitud adopta el médico?: ¿simplemente se lava las manos y no hace nada si el menor que tiene 13 años rechaza operarse o recibir una transfusión y espera la decisión de un juez que probablemente llegue cuando el daño sea irreversible o hasta pueda haberse producido la muerte; o lo opera o transfunde contra la voluntad del menor exponiéndose así a una demanda por responsabilidad civil porque le salvó la vida, pero afectando la dignidad personal del paciente?

Este tipo de norma es decididamente negativo tanto desde el punto de vista de las relaciones familiares cuanto de las obligaciones y responsabilidades de los médicos.

En el plano familiar es una norma que propicia los conflictos intrafamiliares y la intromisión del Estado en las decisiones que pueden y deberían ser adoptadas en el seno de la familia.

Y desde el prisma de las responsabilidades y deberes médicos constituirá una fuente de conflictos entre el deber de hacer todo lo posible por curar al paciente y la autonomía del menor que aparece expandida de manera desmesurada.

Esto fue rápidamente advertido por la doctrina local; por ello las Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2015 recomendaron que se evite la judicialización de estos conflictos. Obviamente esto es lo deseable, y suponemos que en la mayor parte de los casos concretos el médico, el menor y sus padres adoptarán la decisión que mejor convenga a la salud del involucrado.

Pero no puede dejar de preverse que en algún caso padres e hijo no se pongan de acuerdo y el médico se encuentre en el medio de un conflicto que no tiene atribuciones para resolver.

II.11. Negativa de los representantes legales a prestar el consentimiento

La previsión que venimos estudiando exige el consentimiento de los representantes legales para autorizar tratamientos invasivos que pongan en riesgo la salud del menor. Cabe apuntar que esta cuestión se ha planteado entre nosotros —antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com.— con motivo de las transfusiones sanguíneas, pues personas pertenecientes a cierto grupo religioso rechazan ese tratamiento; y si bien es indudable el derecho de una persona mayor de edad de rechazar una transfusión, y así ha sido reconocido por la misma CS ⁽²⁴⁾, el problema es si alguien perteneciente a ese credo puede extender la negativa al tratamiento que debe aplicársele a un menor al que representa.

El criterio imperante es que el derecho a la salud e integridad física del menor prevalece sobre las convicciones religiosas de sus padres, por lo que el juez puede suplir el consentimiento que no prestan los padres ⁽²⁵⁾ y ha sido aplicado en varios casos.

Así en la Provincia de La Pampa se encontraba internado en un nosocomio el menor A. F. (nacido el día 5/8/2012), y, ante la gravedad de su estado de salud, el médico tratante planteó la necesidad de realizar una transfusión de sangre, que no fue autorizada por los padres de aquél por ser testigos de Jehová. Ante ese panorama, la asesora de menores, representando al menor, planteó la cuestión ante el juez, quien el día 17 de octubre de 2012, teniendo en cuenta “el interés superior del niño, su corta edad y la imposibilidad expuesta por sus representantes y en pos de garantizar la salud y la vida del niño resolvió hacer lugar a la pretensión plasmada por la representante promiscua del menor autorizando a los profesionales médicos del hospital Lucio Morales a realizar las prácticas necesarias para que se preserve la salud del niño A. F., comprendiendo la transfusión sanguínea y/o toda práctica médica que el equipo de salud

(24) CS, “Bahamondez”, Fallos 316:479; CS, “Albarracini Nieves”, Fallos 335:799

(25) 1ª Inst. Civ. Capital Federal, firme, 24/4/1985, ED 114-113, con nota de BIDART CAMPOS; Juzg. Paz Letrada Ensenada (Buenos Aires), 9/3/1993, ED 153-264, con nota de BIDART CAMPOS; v. RIVERA, Julio C., “Actos de disposición de los derechos de la personalidad”, *RDPC* 6-89, en particular nro. 10 e), p. 100.

interviniente considere conducente de conformidad con la patología del paciente”⁽²⁶⁾.

En otro supuesto, una madre parturienta se negaba a recibir la transfusión, y el Tribunal interviniente ordenó que se realizara si corría peligro la vida de la persona por nacer⁽²⁷⁾.

Estos criterios pueden generalizarse. Si la negativa a prestar el consentimiento para cualquier tratamiento médico, clínico o quirúrgico no es legítima, el tribunal puede suplirlo a pedido de los médicos o aun del mismo incapaz.

Lo mismo ha sucedido con las vacunaciones; un trabajo específico sobre el tema obra en este mismo volumen por lo que reenviamos a él.

En cuanto a intervenciones quirúrgicas e información sobre anti-concepción rigen las leyes especiales que ya hemos comentado

II.12. Capacidad para otorgar directivas médicas anticipadas

El art. 60 del Cód. Civ. y Com. regula las denominadas directivas médicas anticipadas; y para ello dispone que:

[L]a 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.

Cabe apuntar que este texto proviene del Proyecto de Cód. Civil de 1998, que no preveía —como sí lo hace el actualmente vigente— reglas sobre la capacidad de los menores para disponer de su cuerpo.

De allí que puede parecer incoherente con el régimen de capacidad de los menores que esta norma del art. 60 exija la plena capacidad, que se adquiere a partir de los 18 años. Es que el menor de 13 años puede decidir por sí sobre ciertos tratamientos y el que ha cumplido 16 es considerado “adulto” en relación con el cuidado de su cuerpo, pero no podrían dar un mandato o designar a la persona que sustituya su consentimiento para los actos médicos cuando el no pueda darlo.

(26) Gómez Maiorano, Ángeles Mariana - Godoy, Alfredo, ¿Valores o derechos? Las transfusiones de sangre en los que profesan la religión Testigos de Jehová, JA 16/09/2015, 23, Cita: TR LALEY AR/DOC/5933/2014

(27) CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala 2ª, 13/11/2002, “Ciudad de Buenos Aires v. Cabaña”, comentado por RIVERA, Julio C. - PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *RDPC* 2003-3. Ver también Ales Uría, La autonomía progresiva...citado, núm. 6.3.1. en página 414 y sigs.

Esta incompatibilidad se ha manifestado en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, pues en ella se han reflejado distintas posiciones. Así, algunos han interpretado literalmente el art. 60 y por ello han sostenido que:

[E]l adolescente no cuenta con capacidad para otorgar directivas médicas anticipadas”, mientras que otros propusieron que “el adolescente con grado de madurez suficiente debe ser considerado capaz para otorgar directivas anticipadas

II.13. Los niños y los actos que comprometen su cuerpo y salud

Un tema que se abre con la entrada en vigencia del art. 26 del Cód. Civ. y Com. es también el de los derechos de los niños, esto es, los que aun no han cumplido 13 años para intervenir en las decisiones que involucran a su cuerpo; lo que ha adquirido cierta actualidad con motivo de la vacunación contra el COVID-19.

El Cód. Civ. y Com. impone escuchar al menor en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona (art. 26). Y en esto el Código no establece ningún fraccionamiento etario: cabe escuchar y cabe hacer participar en las decisiones a todos los menores, aun los que no han llegado a la edad de 13 años. Supongamos entonces que un menor de 12 años rechaza una vacunación no obligatoria. Su negativa debería prevalecer, en la medida que tenga un grado de madurez suficiente. En todo caso no podrá hacerse fuerza sobre su cuerpo, pero obviamente estará sujeto a las limitaciones o restricciones de otros derechos, como el de asistir a la escuela o colegio, a reuniones públicas, a viajar, etc. Ahora bien; supongamos que se trata de una intervención quirúrgica o una transfusión sanguínea cuya omisión podría acarrear la muerte. Al respecto ya hemos señalado que los precedentes existentes en otros países parecen sentar la regla según la cual el paciente menor de edad tiene capacidad (o competencia) para aceptar un tratamiento en estos casos de peligro de riesgo de vida, pero no la tienen tanto para rechazar el mismo tratamiento⁽²⁸⁾. En definitiva, en caso de urgencia y riesgo de vida los médicos actuarán conforme a los deberes éticos de su profesión; y si la situación no fuere urgente ellos o los padres del menor podrán ocurrir a obtener la autorización judicial que supla la negativa del menor.

(28) V. supra núm. 9; Cadenas Osuna, cit., p. 839

II.14. La capacidad del “adulto”

El art. 26 Cód. Civil y Comercial atribuye al adolescente que ha cumplido 16 años la condición de “adulto” en lo que hace al “cuidado de su propio cuerpo”.

Estas dos líneas reflejan el absoluto desprecio por la técnica legislativa que demuestra el código en esta parte. Por empezar la palabra “adulto” —aunque se la usa en otras disposiciones del mismo código⁽²⁹⁾— no tiene contenido propio en el código ni en otras disposiciones legales; es un concepto que —como el de adolescente— puede encontrar sentido en el ámbito de la psicología, de la sociología, de la educación, pero que no tiene un alcance definido en el mundo jurídico, donde se es capaz o incapaz, mayor o menor. Adulto no quiere decir nada.

Y luego, “cuidado de su cuerpo”: ¿es *todo* lo atinente a su cuerpo?; ¿comprende también las decisiones que refieren al tratamiento de enfermedades, intervenciones quirúrgicas, transfusiones, trasplantes? ¿Puede el “adolescente” de 16 años decidir por sí dar un órgano a otro siendo que la ley específica exige un mínimo de 18 años de edad para hacerlo?

La regla parece clara en cuanto a su finalidad: el menor que ha cumplido 16 años es plenamente capaz para decidir sobre su cuerpo y si se la relaciona con los párrafos precedentes, habría que concluir que ello significa que decide por sí sobre todo tratamiento médico y cualquier otro acto de disposición de su propio cuerpo.

De todos modos, es preciso señalar que esta interpretación no es uniforme; algún sector de la doctrina considera que “cuidado” debe entenderse en sentido estricto, por lo que quedaría reducido a los tratamientos necesarios para la preservación o recuperación de la salud. Pero el menor que ha cumplido 16 años no podría autorizar otros actos sobre su cuerpo como un tatuaje o un *piercing*, de donde serían válidas constitucionalmente leyes locales que exigen la edad de 18 años para consentir estos actos. Desde nuestro punto de vista resulta difícil aceptar que un menor que ha cumplido 16 años sea plenamente capaz para decidir sobre un tratamiento médico invasivo o no invasivo que puede llegar a comprometer su salud y no pueda dar válidamente su consentimiento para tatuarse.

(29) Arts. 111, 667, 2642.

Por otra parte, subsisten leyes nacionales que exigen la edad de 18 años para que el consentimiento sea válidamente expresado; nos referimos a las leyes de trasplantes y de identidad de género. En el caso de la ley de trasplantes es claro que ella prevalece sobre el Cód. Civ. y Com. pues es posterior a él y exige que el consentimiento para dar un órgano con finalidad de trasplante sea otorgado por una persona que haya cumplido la edad de 18 años.

II.14.a. La capacidad del “adulto” para la disposición de su propio cuerpo y los contratos relacionados

Un tema que se ha planteado en la doctrina es cómo conciliar la capacidad del “adulto”, esto es el menor a partir de 16 años para decidir todo lo relativo al cuidado de su cuerpo con el hecho de que la capacidad patrimonial se adquiere a los 18 años.

Acaso cabría entender que el menor que ha cumplido 16 años tiene capacidad para contratar a un médico o cualquier establecimiento asistencial para someterse a algún tratamiento o cuidado relativo a su cuerpo; o, por el contrario, él puede decidir hacerlo, pero necesita de la representación de sus padres (o del tutor) para celebrar el contrato destinado a concretar esa atribución sobre el cuerpo.

Ambas tesis han sido sostenidas en el derecho nacional y es realmente difícil determinar qué criterio ha de prevalecer. En principio es razonable prever que los establecimientos asistenciales habrán de requerir la conformidad de los representantes legales, a no ser que se trate de contratos que no involucren sumas importantes o puedan ser pagadas de contado, supuesto en el cual podrán invocar lo previsto en el art. 684 que presume celebrados con autorización de los padres, los contratos de escasa cuantía y de la vida cotidiana

II.15. La disposición de los derechos de la personalidad espiritual. Contratos que impongan prestaciones personales a los hijos menores ⁽³⁰⁾

Es común que los niños participen de publicidades televisivas o gráficas, que actúen en teatros, cine, televisión. Esto implica disponer de la imagen de estas personas, así como comprometer prestaciones personales.

(30) Además de la bibliografía ya citada v.: NAVARRO MICHEL, Mónica, “Los derechos a la intimidad y propia imagen del menor de edad: algunos supuestos conflictivos”, *Revista de Derecho Privado*, 2009-47, Madrid.

Al respecto, la ley 26.061 tiene una regla especial en el art. 22, conforme a la cual los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen. Y en su segundo párrafo literalmente dice:

Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente, a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños o adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar.

Con lo cual parece que la ley exigiera el consentimiento del menor, aunque lo haga de un modo ambiguo, en particular por la conjunción copulativa “y” que liga su consentimiento al de sus representantes legales. De donde, ¿qué pasaría si el menor no da su consentimiento y el padre sí lo hace: es o no prohibida la publicación? La interpretación razonable es que, si esa publicación afecta la dignidad, reputación o vida privada del menor, debe ser considerada ilegal; y si se concreta, causa derecho a la indemnización de los daños pertinentes.

A partir de la vigencia del Cód. Civ. y Com. resulta claro que el menor tiene derecho a ser oído y su opinión será tenida en cuenta para disponer de su imagen.

Además, los representantes legales no pueden celebrar contratos que obliguen a prestar servicios al hijo adolescente (art. 682). Con lo cual los contratos de representación artística o que impliquen otras prestaciones personales del menor, como pueden ser los relacionados con actividades deportivas, requieren del consentimiento expreso del menor que ha cumplido la edad de trece años.

II.16. Algunas incongruencias

Es claro que el Cód. Civ. y Com. y la legislación especial persiguen que a través de una anticipación de la capacidad de los menores se concrete la autonomía progresiva de estos; y sin dudas ello es encomiable.

Pero lo cierto es que subsisten ciertas restricciones a la capacidad que son incongruentes con el sistema general de capacidad previsto en el Código y con la idea de autonomía progresiva.

Así, en Argentina un menor de 13 años puede consentir un tratamiento médico bajo los supuestos que hemos analizado, y el que ha cumplido 16 años es considerado adulto con relación a su propio cuerpo,

pero no puede comprar una cerveza porque permanece vigente la prohibición de vender bebidas alcohólicas a menores de 18 años; algunas leyes provinciales —de dudosa constitucionalidad— exigen también una edad mínima para consentir un tatuaje; el art. 18 de la ley 26.687 prohíbe la venta, distribución, entrega de productos elaborados con tabaco a menores de 18 años, imponiendo al vendedor verificar la edad del comprador.

Estas son inconsistencias menores y que pueden encontrar justificación en la protección de la salud en general (la limitación para la compra de tabaco), o de derechos de terceros (la limitación para la compra de alcohol).

Pero lo que a mi juicio constituye la inconsistencia mayor es que el mismo Cód. Civ. y Com. atribuye legitimación para pretender alimentos hasta la edad de 21 años y más aún, el art. 663 prevé que:

La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido.

AUTONOMÍA PROGRESIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

Tanto la evolución social como el desarrollo más precoz de las facultades mentales derivados de los nuevos métodos educativos y del progreso de los medios de difusión, particularmente la prensa y la televisión, han despertado en los jóvenes una acuciante apetencia de trabajar e independizarse económicamente de sus padres ⁽¹⁾.

I. EL PORQUÉ DE ESTE TEMA EN ESTE NUEVO Y JUSTO HOMENAJE

Hace más de veinte años, el querido maestro Guillermo Borda, entre tantas puertas que me abrió, me convocó a escribir un trabajo sobre la persona humana, para ser publicado en un libro que él dirigió. En un marco de total libertad académica, que a veces añoro, dediqué algunas reflexiones a un tema que por entonces tenía poco desarrollo: el derecho del niño (especialmente las niñas y las adolescentes) a su propio cuerpo ⁽²⁾. Por entonces, esboqué algunas ideas sobre la autonomía progresiva.

Hoy, revisando su luminosa obra, encontré el párrafo que he transcrito en el copete; son palabras redactadas hace más de medio siglo que muestran su preclara visión de la realidad. Más aún, de algún modo, creo que “intuyen” el concepto de autonomía progresiva en el ámbito patrimonial. En efecto, dentro de la amplia temática sobre la que giró su

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) BORDA, Guillermo, *La reforma del código civil. Incapaces*, ED 28 (1969)-833.

(2) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *El derecho del menor a su propio cuerpo*, en BORDA, Guillermo (dir) *La persona humana*, Bs. As., La Ley, 2001, p. 252 y ss. El lector puede compulsar en ese trabajo la bibliografía existente hasta entonces.

ya histórico debate con Jorge Joaquín Llambías (para quien la ley 17.711 había atribuido demasiadas facultades a la persona menor de edad) respondió:

La ley debe confiar como regla en su aptitud para manejar los bienes registrales, tanto más cuanto que para ello es necesario haber cumplido 18 años, lo que supone una *considerable madurez y una personalidad bastante formada, sobre todo en los tiempos que corren*.

Y apoyándose en otro gran académico dijo:

Se explica así que Bustamante Alsina diga que esta reforma obedece a una sentida necesidad de favorecer el desenvolvimiento económico de los menores y que el sistema legal resulta modernizado según una visión social y económica del fenómeno jurídico, en consonancia con las actuales tendencias de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación universales ⁽³⁾.

Ciertamente, el contexto vital de los niños, niñas y adolescentes (de ahora en adelante NNA) en el siglo XXI es muy diferente al de sus padres. Ellos crecen y se desarrollan bajo nuevos paradigmas, especialmente por el rápido y continuo cambio tecnológico ⁽⁴⁾.

Se reconoce “una nueva infancia y adolescencia que goza de una aptitud progresiva de actuar que le permite introducirse gradualmente en el tráfico jurídico” ⁽⁵⁾. De allí que numerosas jornadas de derecho comparado se dedican al análisis de los cambios en las relaciones entre adultos y NNA ⁽⁶⁾, y una importante cantidad de libros muestran los avances e inmovilismos de la legislación ⁽⁷⁾.

(3) Las cursivas no están en el texto original.

(4) HIDALGO CERREZO, Alberto, *El discutible alcance de los contratos de adhesión on line aceptados por menores*, en LÓPEZ SAN LUIS (dirección), *La protección del menor. Situación y cuestiones actuales*, Universidad de Almería, Granada, 2019, p. 237.

(5) BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu, *Los derechos de la personalidad del menor de edad*, ed. Aranzadi, 2015, p. 105.

(6) Ver SOSSON, Jehanne, WILLEMS, Geoffrey y MOTTE GWEDOLINE, *Adults and Children in postmodern Societies. A comparative Law and Multidisciplinary Handbook*, ed. Intersentia, Cambridge, 2019. En esa obra (p. 37/73) se incorpora el informe argentino, preparado en coautoría con Marisa Herrera bajo el título *Legal relationships between adults and children in Argentina*.

(7) Entre otros, ver ESPEJO YAKSIC, Nicolás (editor) *La responsabilidad parental en el derecho. Una visión comparada*, ed. Centro de Estudios constitucionales SCJN de México, 2021.

Los organismos internacionales de protección de la niñez y de la adolescencia no han permanecidos ajenos al cambio, por lo que estas líneas se dedican, especialmente, a algunos de los documentos emitidos por estas entidades que muestran cómo la noción de autonomía progresiva ingresó al mundo de los Derechos Humanos de la niñez.

II. NOCIONES PREVIAS

Hablar de *autonomía progresiva* requiere recordar, aunque sea sintéticamente, mediante frases cortas, algunas nociones previas que explican por qué se las aplica a los derechos de la infancia y la adolescencia.

II.1. Autonomía

En palabras de Carlos Nino:

[E]l principio de autonomía de la persona prescribe que, siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de la satisfacción de esos planes de vida⁽⁸⁾.

Para la Suprema Corte de la Nación de México, la autonomía individual es:

[L]a capacidad de decidir conforme a la propia ley, a obedecer las consideraciones, deseos, condiciones y características que expresan el ser auténtico, así como de elegir el plan de vida que se considere más valioso. La autonomía libera de la opresión de construirse en virtud de las consideraciones, deseos, condiciones o violencias impuestas por otras personas, la comunidad o el Estado⁽⁹⁾.

El vínculo casi inescindible entre autonomía y libertad se manifiesta claramente en estas palabras de la Corte IDH comparándolas con el párrafo anterior: “La libertad es el derecho de toda persona de organizar,

(8) NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., ampliada y revistada, ed. Astrea, Bs As., 1989, p. 204. La obra, que se dedica al presidente Alfonsín, también se publicó, con el mismo título, por Ariel, Barcelona, 1989; la cita del texto aparece en la misma página en ambas publicaciones.

(9) 10/10/2022, Acción de Inconstitucionalidad 72/2021 y su acumulada 74/2021, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5679758&fecha=16/02/2023#gsc.tab=0

con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”⁽¹⁰⁾.

Ambos conceptos hacen referencia, positivamente, al derecho de las personas de optar por sus propios planes de vida.

II.2. Autonomía y dignidad

La autonomía se relaciona fuertemente con la dignidad.

Prácticamente, toda la vida humana en sociedad tal cual la conocemos, aun en las condiciones más disímiles y en las circunstancias más inusuales, está basada en la adopción, en mayor o menor grado, pero siempre en una medida considerable, del principio *opuesto al determinismo* normativo, que aquí estoy bautizando como el *principio de dignidad de la persona*⁽¹¹⁾.

III. AUTONOMÍA PROGRESIVA. LÍNEAS DESCRIPTIVAS BÁSICAS. RAZONES DE SU APARICIÓN EN EL ÁMBITO JURÍDICO

Hasta hace pocos años pudo decirse —con razón— que la forma en que tratamos a las personas menores de edad como seres incapacitados para cualquier tarea, incrementa su vulnerabilidad, impide el desarrollo de sus habilidades y reduce sus capacidades. Esta representación de las personas menores de edad tiene por fin legitimar y mantener la superioridad y el dominio de los adultos sobre ellos, y la natural y racional cla-

(10) Corte I.D.H. *Artavia Murillo c-Costa Rica*, 28-12-2012.

(11) NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, ob. cit, p. 285; conf. LAMM, Eleonora, *El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Una cuestión de autonomía, libertad, integridad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad*, en FERNÁNDEZ Silvia Eugenia (directora), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, 2ª edición actualizada y ampliada, Thomson Reuters, Bs As, 2021, t. I, p. 309 y ss. En la misma obra, HACKER, David, *El derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes y la comunicación digital*, t. I, p. 719; HOOFT, Pedro Federico) y PICARDI, Geraldina J., *La bioética como herramienta para el abordaje de conflictos en materia de derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes*, t. I, p. 260. Ver también CAPOLONGO, María Alejandra - ROSA, Luciana *Derechos personalísimos de NNA: derecho a la salud. Paciente pediátrico: ¿la primacía del derecho a la salud implica profundizar la vulnerabilidad?*, RDF 101, 107, Cita: TR LALEY AR/DOC/2178/2021; CARRANZA Gonzalo Gabriel, ZALAZAR, Claudia Elizabeth, *La autonomía de la persona menor de edad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo: cambios normativos en Argentina*, en Revista de Derecho Privado, n.º 36, 2019, 29-55.

sificación humana entre seres racionales y no racionales ⁽¹²⁾. Este aserto era cierto pues las nociones tradicionales de *menor de edad*, *capacidad*, *incapacidad*, *representación* no son suficientes para describir todo el régimen de los actos que los involucran ⁽¹³⁾; en efecto, una persona menor de edad puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones y no sobre otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación ⁽¹⁴⁾.

A diferencia de la capacidad, la autonomía progresiva no se alcanza en un momento preciso; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana; no es algo rígido, a “todo o nada”; no se encuentra inserta en moldes rígidos. Por el contrario, exige una valoración compleja de cada caso que se nutre de pautas que, como regla, funcionan como conceptos jurídicos indeterminados (por ej., “evolución”, “desarrollo”, “madurez”, etc.). Es decir, se trata de un elemento de “desarrollo evolutivo”, que va adquiriéndose con la madurez psicológica y cognitiva, y que puede y debe graduarse en función de la decisión a tomar y del alcance y la magnitud de sus consecuencias.

La necesidad de salir de un sistema jurídico rígido binario (capacidad/incapacidad) se funda en que la persona menor de edad no cambia abruptamente de un día para otro; por el contrario, transita un proceso evolutivo en el cual va construyendo su aptitud para ir tomando decisiones; por eso, su protagonismo en las cuestiones de su interés debe incrementarse gradualmente y acomodarse en función de la decisión a tomar y del alcance y magnitud de sus consecuencias. El desarrollo de los niños va consolidando fortalezas de distinto tipo: físicas (para afrontar barreras cotidianas), intelectuales (por ej., ad-

(12) RUBIO, Ana, *Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja*, en CASADO, María, *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, ed. Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona y Fontamara, 2017.

(13) FERRANDO, Gilda, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, Cedam, 1999, p. 59; conf. LISELLA, Gaspare, *Interdizione “giudiziale” e tutela della persona. Gli effetti dell’incapacità legale*, Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 1984, N.º 16 y ss. Para la cuestión en Italia, en general, ver BALLARANI, Gianni, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano, ed. Giuffrè, 2008.

(14) PAJARO, Marcela, *Intersecciones e impacto de la convención sobre los derechos del niño y sus observaciones generales en el diseño del artículo 26 del código civil y comercial derechos de niños, niñas y adolescentes sobre el propio cuerpo*, en HERRERA, Marisa, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, GIOISA, Laura (directores.), *A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 15.

quisición del lenguaje, comprensión de conceptos básicos); sociales (por ej., aprendizaje acerca de la propia identidad, relaciones dentro de la familia); emocionales (por ej., establecimiento de relaciones como el amor, el afecto, el sentido de seguridad) ⁽¹⁵⁾. El Derecho debe tomar en cuenta esos procesos de maduración ligados no sólo al patrón biológico o etario, sino también a factores de interacción social y desarrollo cognitivo. Desde esta perspectiva, la autonomía progresiva resulta un parámetro para graduar la posibilidad de ejercer por sí solo los derechos, según una serie de pautas ⁽¹⁶⁾.

En este sentido, la Opinión consultiva N.º 17 ⁽¹⁷⁾ del Comité Internacional de los Derechos del Niño (en adelante, Comité IDN), reconoce que “hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se encuentran comprendidos en el concepto de niño, niña o adolescente”.

Se advierte, entonces, que la noción de autonomía progresiva no pertenece exclusivamente al mundo teórico; cobra relevancia práctica porque implica el reconocimiento de la aptitud para *ejercer los derechos* ⁽¹⁸⁾. Ahora bien, ser titular de derechos y poder ejercerlos no significa autonomía plena ni falta de responsabilidad de las personas que deben guiarlo en la búsqueda de su independencia.

(15) RAPPAZZO, Andrea, *Recepción de la autonomía progresiva en el derecho argentino*, DFyP 2017 (octubre), 17/10/2017, 247, Cita Online: AR/DOC/2354/2017.

(16) BALIERO DE BURUNDARENA, Ángeles, *Tutelas públicas especiales de protección familiar en materia de niñez. Su operatividad en la ciudad capital de la República Argentina*, en FERNANDEZ, Silvia (directora) *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, 2ª edición actualizada y ampliada, Thomson Reuters, Bs As, 2021, t. IV, p. 151.

(17) Para un cuidadoso análisis de la opinión consultiva N.º 17, HERRERA, Marisa, *Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino*, en Justicia y Derechos del niño, Rev. Justicia y Derechos del niño, Santiago de Chile, 2009, ed. Unicef, N.º 11, pág. 107.

(18) CILLERO BRUÑOL, Miguel, *La Convención Internacional sobre los derechos del niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo*, en MARTINEZ GARCÍA, Clara (coordinadora), *Tratado del menor*, ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 117/119.

IV. LA AUTONOMÍA PROGRESIVA, UN PRINCIPIO GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ

IV.1. Introducción

Mayoritariamente, la doctrina ubica a la autonomía progresiva entre los principios generales ⁽¹⁹⁾ de la niñez; más aún, se lo califica de “troncal” ⁽²⁰⁾, o “columna vertebral” ⁽²¹⁾.

Los calificativos tienen justificación.

El reconocimiento de la capacidad progresiva implica poner la atención en la personalidad del niño y en el respeto de las necesidades que se presentan en cada período de la vida ⁽²²⁾. Así, la “autonomía personal”, aquello que cada persona quiere ser (el proyecto de vida propio) se manifiesta en la “autonomía progresiva” como el reconocimiento del sistema jurídico de esta facultad en favor de sujetos que se encuentran creciendo, evolucionando, desarrollando y creando su propia historia.

(19) LOYARTE, Dolores, *Ley nacional 26.061. Redefinición del marco institucional en materia de infancia a partir del sistema de protección integral de derechos. Funciones administrativas y jurisdiccionales* en FERNANDEZ, Silvia (directora) *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, 2° edición actualizada y ampliada, Thomson Reuters, Bs As, 2021, t. IV, p.362; GARCÍA VERITÁ, Gonzalo L, *N'chihiettilha. Hacia el reconocimiento de la responsabilidad parental culturalmente adecuada*, RDF 106, 89, Cita: TR LALEY AR/DOC/2499/2022; VÁZQUEZ ACATTO, Mariana *La incidencia del principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Régimen de Responsabilidad Parental del Código Civil y Comercial de la Nación*, RDF 72, 16/11/2015, 31, Cita Online: AR/DOC/5382/2015. En Italia, ver CASSANO, Giuseppe, (a cura di), *Il minore nel conflitto genitoriale. Dalla sindrome di alienazione parentale alla legge sulle unioni civili*, ed. Giuffrè, Milano, 2016; en Colombia, CASTILLO YARA, Esperanza *La autonomía progresiva del niño en los procesos de cuidado y custodia: comprensión del caso colombiano*, en Rev. Boliviana de Derecho n° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 214-235.

(20) FERNÁNDEZ Silvia Eugenia, *Responsabilidad parental y autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes* FERNÁNDEZ Silvia Eugenia (directora), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, 2° edición actualizada y ampliada, Thomson Reuters, Bs As, 2021, t. II, p. 130.

(21) DITIERI, Marina, *El sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes en la ciudad autónoma de buenos aires: derecho y realidad*, en HERRERA, Marisa, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, GIOSA, Laura (directores.), *A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 236.

(22) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, sala Civil, Comercial y de Minería, 21/10/2020, La Ley Online, Cita Online: AR/JUR/50934/2020.

Por otro lado, la aceptación del concepto es útil para generar cambios sociales. El proceso de socialización y maduración de los adolescentes genera que los adolescentes tengan mayores posibilidades que los adultos de modificar sus conductas. Dicho de otro modo, los NNA son altamente receptivos a las transformaciones y más permeables que los adultos al contexto en el que se desarrollan; de allí que sean “agentes de cambio social sumamente valiosos para torcer el rumbo de una sociedad signada por la desigualdad, la violencia y la discriminación”⁽²³⁾.

Por lo expuesto, sin desconocer que la expresión autonomía⁽²⁴⁾ no está exenta de observaciones⁽²⁵⁾, el Cód. Civ. y Com. siguió la tendencia marcada por los organismos internacionales e incorporó expresamente este concepto jurídico indeterminado⁽²⁶⁾, incluyendo, junto al dato etario rígido (la edad), uno flexible (el grado de madurez).

IV.2. La autonomía progresiva en la Convención Internacional de los Derechos del NNA y su interpretación por el Comité Internacional de los Derechos del Niño

El articulado de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (de ahora en adelante CIDN), contiene numerosas referencias a pautas abiertas vinculadas a la autonomía progresiva como la “evolución de las facultades” (arts. 5° y 14.2), “evolución de la madurez” (art. 12),

(23) ZUCCARINI, Ayelén, *El artículo 29 de la convención sobre los derechos del niño y su proyección en las aulas argentinas. Especial abordaje de la educación sexual integral desde una mirada contemporánea*, en HERRERA, Marisa, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, GIOISA, Laura (directores.), *A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 381.

(24) Para la denominación, ver CASAS, Lidia, Capítulo IV, *Salud*, en Motta C. y SAEZ M., (editoras académicas), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, ed. Siglo del Hombre, 2008, t. I, pág. 467; DÍAZ SIERRA, María del C., *La representación legal de niños/as y adolescentes a través de la autonomía progresiva de la voluntad*, en Rev. Uruguaya de Derecho de Familia N.º 19, 2006, pág. 185.

(25) Se habla de “inflación” en el uso del término autonomía. Para un análisis del vocablo y su historia, JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael, *El paciente y su capacidad de decidir en el ordenamiento español*, en Bioética y bioderecho. *Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Madrid, Comares, 2008, pág. 129. En esta línea, una autora prefiere la palabra competencia, inicialmente utilizada (competencia). Ver AMILIBIA RUIZ, Laura Alejandra, *La capacidad procesal de la persona menor de edad -Niñas, niños y adolescentes-* ed. Alveroni, Córdoba, 2018, p. 31 y ss.

(26) La noción fue “popularizada” por Perelman; ver, entre muchas de sus obras, *Les notions à contenu variable en Droit*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1984. Se trata de un libro que contiene artículos de diversos autores europeos. Hoy es usada en todas las ramas del derecho.

«desarrollo (arts. 6.2, 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social” (art. 32.1), etc.

Los artículos arts. 3º, 5º, 12, 14, 27, entre otros, admiten que la niñez es una etapa específica e indispensable del desarrollo humano, una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal social y jurídica ⁽²⁷⁾.

Además, reconocen al NNA como un sujeto de derecho que “transita un proceso natural de constitución de su aparato psíquico, y de incorporación y arraigo de valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática”. En este camino, el Preámbulo dice: “Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”. Obviamente, no se puede estar preparado para esa vida si hasta la mayoría de edad no se le ha dado oportunidad para tomar decisión alguna.

IV.3. Progresividad en el ejercicio de los derechos. Los adolescentes

La Observación general N.º 7 del Comité IDN dice:

Los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

(27) Ver especialmente, HERRERA, Marisa, *Perspectiva contemporánea del principio de autonomía progresiva de niñas y adolescentes en las relaciones de familia*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Mariel (coord.) *Paradigmas y desafíos del derecho de las familias, niñez y adolescencia*, Bs As., ed. Rubinzal, 2019; de la misma autora, HERRERA, Marisa, *Reciclando tensiones en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes: especialidad vs. “niñología”*, en FERNÁNDEZ Silvia Eugenia (directora), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, 2º edición actualizada y ampliada, Thomson Reuters, Bs As, 2021, t. I, p. 8. Explica que la voz *niñología* señala y resalta las posturas que se fundan en una interpretación endogámica, superficial y fundamentalista y, por lo tanto, sesgada y errada de lo que dice la Convención sobre los Derechos del Niño, sin conocer ni tenerse en cuenta al menos, el desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal generado en otros campos imprescindibles de ser hurgados para la resolución del planteo como lo es el derecho civil o penal, según el caso.

Por razones psicosociales, los adolescentes son los que ostentan mayor protagonismo.

Así, la Observación general N.º 20 (2016) sobre la Efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia del Comité IDN refiere:

18. El artículo 5º de la Convención dispone que la dirección y orientación que impartan los padres debe guardar consonancia con la *evolución de las facultades* del niño. El Comité define dicha evolución como un principio habilitador que aborda el proceso de maduración y aprendizaje por medio del cual los niños adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos.

Siguiendo este camino, el art. 25 del Cód. Civ. y Com. reconoce a la adolescencia como categoría diferenciada dentro del universo de las personas menores de edad: “Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”.

El reconocimiento no se ciñe a una cuestión nominal, sino que provoca efectos jurídicos concretos, asociados a la presunción de capacidad para ejercicio de actos determinados, entre otros, la posibilidad de intervenir en juicio con asistencia letrada.

En este sentido, el Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia realizado en Mendoza los días 9 a 11 de agosto de 2018, concluyó que:

La capacidad de ejercicio de la persona mayor de 13 años se presume, de conformidad con lo dispuesto por el art. 677, en concordancia con lo establecido en el art. 261 inc. c) CCyC, normas que consagran una presunción “*iuris tantum*” de que todo adolescente posee suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada ⁽²⁸⁾.

Por otro lado, la Observación general N.º 25 (2021) relativa a los “Derechos de los niños en relación con el entorno digital” ⁽²⁹⁾ dice expresamente:

(28) Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia, Comisión 1, en <http://congresoderechofamiliasmendoza.com/wp-content/uploads/2018/08/CONCLUSIONES-COMISION-1.pdf>.

(29) Ver breves comentarios en TORRES RAINERI, Marta L. A. y PALACIOS, Amanda E., *Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos personalísimos del menor - Derecho a la intimidad, a la imagen y a la disposición del propio cuerpo*, Cita: RC D 4/2023; también en ARIAS, María Paula *Los consumidores hipervulnerables frente a los entornos digitales desde una perspectiva constitucional*, SJA 24/02/2023, 8 - Cita: TR LALEY AR/DOC/244/2023.

19. Los Estados partes deben respetar la evolución de las facultades del niño como un principio habilitador que determina su proceso de adquisición gradual de competencias, comprensión y autonomía. Ese proceso reviste especial importancia en el entorno digital, en el que los niños pueden participar con mayor independencia respecto de la supervisión de sus padres y cuidadores.

Las oportunidades y los riesgos asociados a la participación de los niños en el entorno digital varían en función de su edad y su fase de desarrollo. Los Estados partes deben atender a estas consideraciones al concebir medidas encaminadas a proteger a los niños en ese entorno o a facilitar su acceso a él. La elaboración de medidas apropiadas en función de la edad debe basarse en las investigaciones mejores y más actualizadas disponibles en las diversas disciplinas.

20. Los Estados partes deben tener en cuenta la constante evolución de los niños y de su nivel de autonomía en el mundo moderno, así como su grado de competencia y comprensión, que se desarrollan de forma desigual en las distintas esferas de aptitud y actividad, y la diversa naturaleza de los riesgos posibles. Ahora bien, debe lograrse un equilibrio entre estas consideraciones y la importancia de que los niños ejerzan sus derechos en entornos que les proporcionen el apoyo necesario, por un lado, y la variedad de experiencias y circunstancias individuales, por otro. Los Estados partes deben garantizar que los proveedores de servicios digitales ofrezcan servicios acordes con la evolución de las facultades de los niños.

21. De conformidad con la obligación de los Estados de prestar una asistencia adecuada a los padres y cuidadores en el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los niños, los Estados partes deben promover que aquellos sean conscientes de la necesidad de respetar la evolución de la autonomía, las facultades y la privacidad de los niños. Deben apoyar a los padres y cuidadores para que adquieran conocimientos digitales y sean conscientes de los riesgos que corren los niños a fin de ayudarles a hacer efectivos sus derechos, incluido el derecho de protección, en relación con el entorno digital.

V. LA AUTONOMÍA PROGRESIVA Y EL DEBER DE LOS PADRES Y OTROS REPRESENTANTES

Los padres y demás responsables deben impartir orientación y dirección apropiadas para que el NNA pueda ejercer esos derechos.

La adquisición de las habilidades para actuar independientemente y tomar decisiones requiere información, orientación, consejo y super-

visión ⁽³⁰⁾. La autonomía de los NNA depende, en gran medida, de la aptitud de los adultos para ser solidarios, generosos, valientes y “lo suficientemente grandes” como para respetar la propia determinación (*self determination*) del NNA ⁽³¹⁾.

En este sentido, la última parte del párrafo 18 la Observación general N.º 20 del Comité IDN sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia dice:

El Comité ha señalado que, cuanto más sepa y entienda un niño, más tendrán sus padres que transformar la dirección y la orientación en recordatorios y luego, gradualmente, en un intercambio en pie de igualdad.

VI. LA AUTONOMÍA PROGRESIVA Y EL ROL DEL ESTADO. VULNERABILIDAD ⁽³²⁾ O DEPENDENCIA ⁽³³⁾ PROTECCIÓN ESPECIAL Y RESPONSABILIDAD ESTADUAL

Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad —y cada NNA lo está— es titular de una protección especial y, consecuentemente, genera deberes especiales por parte del Estado cuyo cumplimiento es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos ⁽³⁴⁾.

(30) BRIDGEMAN, Jo, *Responsabilidad: protegiendo el bienestar y promoviendo la autonomía*, en LATHROP, Fabiola y otro (coordinadores), *Responsabilidad parental*, ed. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017, p. 66.

(31) LAMM, Eleonora, *El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. una cuestión de autonomía, libertad, integridad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad*”, en FERNÁNDEZ Silvia Eugenia (directora), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, 2º edición actualizada y ampliada, Thomson Reuters, Bs As, 2021, t. p. 309 y ss.

(32) FERNÁNDEZ, Silvia E, *El ejercicio de derechos personalísimos por niñas, niños y adolescentes. Tensiones entre autonomía y vulnerabilidad*, RCCyC 2018 (julio), 13/07/2018, 30, Cita Online: AR/DOC/1208/2018;

(33) VIDETTA, Carolina, y COLER, Lucía, *El ejercicio de la responsabilidad parental conforme la autonomía progresiva de lxs hijxs*, en GROSMAN; Cecilia (directora, *Responsabilidad parental. Derecho y realidad. Una perspectiva psico-socio-jurídica*, Rubinzal, Santa Fe, 2020, p. 143.

(34) BELOFF, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano*, ed. Hammurabi, Bs As, 2018, p. 41 y ss. FERRANDO KOZICKI, Santiago - SILVA, Sabrina A. *¿Autonomía progresiva vs. protección especial? Las niñas y adolescencias víctimas de violencia sexual en el ámbito familiar*, RDF 107, 74, Cita: TR LALLEY AR/DOC/2934/2022; SILVA, Sabrina, A., *El derecho a defender derechos y el rol de*

No basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho ⁽³⁵⁾.

La autonomía progresiva no se opone a esa protección especial. Más aún, la autonomía, para ser tal, debe ir acompañada de la idea de protección especial de aquellas personas y/o grupos en situación de vulnerabilidad. Las condiciones singulares en las que se encuentran exigen medidas particulares de acción afirmativa o protección justificada diferenciada. La vulnerabilidad, entonces, da lugar al despliegue del principio de protección justificada, que respeta la dignidad de la persona y, consecuentemente, debe propender al ejercicio de su autonomía.

En esta línea, la Corte IDH, que reconoce el principio de la autonomía progresiva, también afirma que la respuesta institucional a las niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual obstaculiza el ejercicio de la autonomía cuando no les otorga debida asistencia jurídica gratuita, obligándolas, sin embargo, a participar en la investigación y en el proceso que se tramita. En otras palabras, de nada sirve reconocer la autonomía progresiva si el Estado no les garantiza la debida asistencia jurídica gratuita y programas de políticas públicas que las sostengan pendiente el proceso penal” ⁽³⁶⁾.

Consecuentemente, la Observación general N.º 20 antes citada dice:

19. El Comité hace hincapié en que el derecho a ejercer niveles cada vez mayores de responsabilidad no anula las obligaciones que incumben a los Estados de garantizar protección. El abandono gradual de la protección de la familia u otro entorno de cuidado, junto con la relativa inexperiencia y la falta de poder, pueden exponer a los adolescentes a violaciones de sus derechos. El Comité destaca que promover la identificación de riesgos potenciales por parte de los adolescentes y elaborar y aplicar programas para mitigarlos aumentará la eficacia de la protección. Garantizarles el derecho a ser escucha-

las adolescencias en el activismo de género ¿Cómo conjugar protección con autonomía? Cita: RC D 290/2021; VALENTE, Soledad *Autonomía Progresiva y Paternalismo Justificado. ¿Una tensión irreconciliable?* Rev. Derecho de Familia N.º 84, 2018, p. 65; PELLEGRINI María Victoria, *La participación judicial de niñas, niños y adolescentes. Avances y dificultades*, en A.V. *A 30 años de la Convención sobre los derechos del niño. Avances críticos y desafíos*, Ediar, Bs. As. 2019.

(35) Corte IDH *Masacre de Mapiripán*” Vs. Colombia. 15/9/ 2005; *Furlan c/Argentina*, 31/8/2012, N.º 134.

(36) BALIERO DE BURUNDARENA, Ángeles, *Tutelas públicas especiales de protección familiar en materia de niñez. Su operatividad en la ciudad capital de la República Argentina*, en FERNANDEZ, Silvia (directora) *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, 2º edición actualizada y ampliada, Thomson Reuters, Bs As, 2021, t. IV, p. 151.

dos, impugnar las violaciones de sus derechos y obtener reparación permite a los adolescentes ir haciéndose cargo progresivamente de su propia protección.

20. Al tratar de asegurar un equilibrio adecuado entre el respeto al desarrollo evolutivo de los adolescentes y unos niveles de protección apropiados, se deben tener en cuenta una serie de factores que influyen en la toma de decisiones, como el nivel de riesgo implicado, la posibilidad de explotación, la comprensión del desarrollo de los adolescentes, el reconocimiento de que las competencias y la comprensión no siempre se desarrollan por igual en todos los ámbitos al mismo ritmo, y el reconocimiento de la experiencia y la capacidad de la persona.

En el cumplimiento de estas obligaciones, el Comité IDN no olvida la discriminación de género. Véase:

27. Durante la adolescencia, las desigualdades de género cobran una mayor dimensión. La discriminación, la desigualdad y la fijación de estereotipos contra las niñas suelen adquirir mayor intensidad y redundar en violaciones más graves de sus derechos, como el matrimonio infantil y forzado, el embarazo precoz, la mutilación genital femenina, la violencia física, mental y sexual por razón de género, el maltrato, la explotación y la trata. Las normas culturales que atribuyen una condición inferior a las niñas pueden aumentar las posibilidades de confinamiento en el hogar, falta de acceso a la educación secundaria y terciaria, escasas oportunidades de esparcimiento, deporte, recreación y generación de ingresos, falta de acceso al arte y la vida cultural, pesadas tareas domésticas y la responsabilidad del cuidado de los hijos. En muchos países, las niñas registran niveles más bajos que los niños en los índices de salud y satisfacción vital, una brecha que aumenta gradualmente con la edad.

Esta pérdida de autonomía de las niñas y adolescentes exige poner especial atención en los matrimonios forzados, que siguen existiendo ⁽³⁷⁾; no son una cosa del pasado ⁽³⁸⁾. Por eso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante CIDH) entiende que hay ausencia de consentimiento “libre y completo”, dicho de otro modo, no hay autonomía, cuando una de las partes involucradas “no es lo suficientemente madura como para tomar una decisión con conocimiento de causa sobre su pareja” ⁽³⁹⁾.

(37) CASTRO, Natalia E. - ROGERS, Tamara Belén, *Matrimonio forzado y servil de niñas, niños y adolescentes*, en DPyC 2021 (noviembre), 04/11/2021, 143, Cita: TR LALEY AR/DOC/2786/2021.

(38) Ver, entre otros, PIRO, Isabella, *Spose bambine. Risalenza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno in età romana*, ed. Giuffrè, Milano, 2013.

(39) Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ‘Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en Amé-

Por esta razón la Observación general N.º 20 del Comité IDN, que vengo referenciando, impone:

28. Los Estados deben invertir en medidas proactivas que promuevan el empoderamiento de las niñas e impugnen las normas y los estereotipos patriarcales y otras normas y estereotipos de género perjudiciales, así como en reformas jurídicas, para hacer frente a la discriminación directa e indirecta contra las niñas, en cooperación con todos los interesados, incluidos la sociedad civil, las mujeres y los hombres, los dirigentes tradicionales y religiosos y los propios adolescentes. Se necesitan medidas explícitas en todas las leyes, las políticas y los programas para garantizar que las niñas disfruten de sus derechos en pie de igualdad con los niños.

El mismo documento internacional también se detiene en la situación de los adolescentes a cargo de sus familias:

55. Un gran número de adolescentes son los cuidadores principales de sus familias, ya sea porque ellos mismos son los progenitores o porque sus padres han muerto o desaparecido o están ausentes. Los artículos 24 y 27 de la Convención exigen que los padres y los cuidadores adolescentes conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, así como las ventajas de la lactancia materna, y reciban apoyo adecuado para ayudarlos a cumplir sus responsabilidades hacia los niños que se encuentren bajo su responsabilidad, así como, en su caso, asistencia material en lo que se refiere a la nutrición, el vestido y la vivienda. Los cuidadores adolescentes necesitan un apoyo adicional para disfrutar de su derecho a la educación, el juego y la participación. En particular, los Estados deben realizar intervenciones de protección social durante las etapas clave del ciclo vital y responder a las necesidades específicas de los cuidadores adolescentes.

VII. AUTONOMÍA PROGRESIVA Y OTROS VALORES SOBRE LOS QUE SE CONSTRUYEN LOS DERECHOS HUMANOS: LA SEGURIDAD JURÍDICA

De lo expuesto resulta que no hay contradicción, oposición antagonismo sino complementariedad y convivencia complementaria entre autonomía progresiva y seguridad jurídica.

Cabe preguntarse si la flexibilidad propia de la autonomía progresiva no genera inseguridad jurídica a los operadores que deben lidiar diaria-

rica Latina y en el Caribe; OEA/Ser.L/V/II, Doc. 233, 14/11/2019, CIDH, 2019, p. 109. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf>. Consultado el 12/07/2020.

mente con cuestiones vinculadas a NNA, por ej., maestros y directores de escuela, médicos de hospitales y clínicas, funcionarios de centros de protección, jueces, asesores de menores, etc.

La certeza y la seguridad jurídica son valores positivos (aunque un personaje shakespeariano parezca sostener lo contrario) ⁽⁴⁰⁾. Pero el reconocimiento de su positividad no impide advertir que lidiar con conceptos abiertos no siempre es fácil.

Sin embargo, aunque traigan complejidad, hay que dar entrada a las nociones flexibles para manejar una realidad compleja, pues como se ha señalado con razón, “por regla general, los hombres no se intimidan por la complejidad creciente de la vida cuando esa complejidad abre nuevos horizontes” ⁽⁴¹⁾.

Ciertamente, no todas las personas están dispuestas a afrontar el desafío. Con frecuencia, se teme a los cambios ⁽⁴²⁾ y se intenta arrinconarlos. Así, por ej., inicialmente, cuando el concepto no había sido suficientemente desarrollado, para ponerle frenos, algunos autores sostuvieron que, para actuar en juicio y ser considerado con “edad y grado de madurez suficiente para ejercer por sí los derechos, el NNA debía contar previamente con una sentencia judicial que luego de la prueba —necesariamente interdisciplinaria— así lo establezca” ⁽⁴³⁾.

Hoy se advierte que el valor seguridad, por importante que resulte, no puede arrasar el respeto de la personalidad y la dignidad de la persona, valores ínsitos en la autonomía progresiva.

Sin embargo, la realidad dista mucho de esta perfecta teorización; por lo demás, sería incoherente que una noción flexible se impusiera de

(40) Se lee en Macbeth III, V, 32-33: “Y, lo sabéis todas, la seguridad es la mayor enemiga de los mortales”, cit. por DE KONINCK, Thomas, *De la dignidad humana*, trad. de María Venegas Grau, Madrid, ed. Dykinson, Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2006, p. 11 nota 1.

(41) KAPLAN, Mordecai, *La civilización de Israel en la vida moderna*, trad. Rebeca Trabb, Bs. As., ed. Sabán, 2006.

(42) Estas personas deberían recordar más seguido las palabras de Aharon BARAK (Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia, México, ed. Suprema Corte de Justicia, 2008, p. VIII): *Como el águila que vuela en el cielo que mantiene su estabilidad sólo cuando está en movimiento, el derecho sólo es estable cuando está en movimiento.*

(43) CAMPS, Carlos E. *La capacidad de ejercicio de derechos en el proceso civil*, RCCyC2016 (marzo), 07/03/2016, 3 - DJ22/06/2016, 1, Cita Online: AR/DOC/535/2016.

modo absoluto; por eso, el Cód. Civ. y Com. hace algunas concesiones y, en algunas áreas, establece sólo la pauta etaria; así, por ej.:

- El art. 26 del Cód. Civ. y Com., a los fines de los tratamientos que no resultan invasivos ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física” distingue entre personas entre 13 y 16 y entre 16 y 18 ⁽⁴⁴⁾.

- Los arts. 658, 662 y 663 regula con particularidades propias las prestaciones alimentarias según se trate de personas hasta 18, 21 y 25 años.

- Otras normas requieren ser persona *plenamente capaz*; por ej., art. 60 para las directivas anticipadas; art. 61 para disponer de las exequias; o ser *mayor de edad*, art. 2464, para disponer por testamento; art. 597, entre los requisitos de la adopción; art. 629, para peticionar la revocación de la adopción y para acordarla con el adoptante, etc.

VIII. LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA AUTONOMIA PROGRESIVA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DDERECHOS HUMANOS

Como se ha adelantado, la noción de autonomía progresiva no es ajena a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, Corte IDH).

En el Caso “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana” de 8/9/2005 (párrafo 177) la Corte IDH reiteró lo dicho en la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28-08-2002, (párrafo 41):

La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.

(44) Para la explicación de esta norma, *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación*, en coautoría con Marisa Herrera, Eleonora Lamm y Silvia F. Fernández, en Infojus (www.infojus.gov.ar), 18 de agosto de 2015; Derecho de Familia N.º 72, Abeledo Perrot, 2015, pág. 83.

Leído aislada y superficialmente, el párrafo parece ignorar la autonomía progresiva en tanto distingue binariamente mayoría de edad (capacidad) de minoridad (incapacidad).

Ceñirse a esa interpretación aislada y gramatical configura un grave error.

En efecto, la Corte formuló esta distinción sólo para explicar por qué no entraba a considerar las implicaciones de las diversas expresiones con las que se designa a los integrantes de la población menor de 18 años y señaló que, para el fin específico perseguido, era suficiente la diferencia entre mayores y menores de 18 años. En cambio, el resto del documento, visto en su contexto, parte de la aceptación de los conceptos abiertos de grado de madurez, comprensión etc.; más aún el parágrafo 101, tantas veces recordado por la doctrina, dice expresamente:

Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

Igual criterio utilizó en el caso “Atala Riffo e hijas contra Chile” en el que dispuso, como medida de mejor proveer, que las tres niñas de 12, 13 y 17 años declararan ante esa Corte; advirtió que ellas tenían diferente desarrollo madurativo, por lo cual podían existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una ⁽⁴⁵⁾.

En “Ramírez Escobar y otros contra Guatemala” del 09/03/2018 ⁽⁴⁶⁾ resaltó que:

[L]a debida protección de los derechos de las niñas y niños en su calidad de sujetos de derechos debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Las niñas y los niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida

(45) KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída y HERRERA, Marisa, *Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos habla hay que escucharla. El derecho a ser oído de niños y adolescentes en el ámbito regional* LL 2011-F-1365.

(46) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 09/03/2018, “Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala”, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_351_esp.pdf, compulsada el 02/11/2018.

que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, la Convención dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o los niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para los adultos (párrafo 150).

IX. LAS CRÍTICAS A LA INCORPORACIÓN LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DE UN SECTOR DOCTRINAL MINORITARIO

Con fundamento en todo lo expuesto en los puntos anteriores, una amplia mayoría jurisprudencial y doctrinal justifica y aplaude la incorporación de la capacidad progresiva al Cód. Civ. y Com. y a otros códigos de la región ⁽⁴⁷⁾ señalando que implica un cambio de paradigma ⁽⁴⁸⁾, al que califica de “conquista”, distinguiéndola de lo que se consideran aun deudas pendientes ⁽⁴⁹⁾.

Por eso, extraña que, aun hoy, un sector minoritario critique que “la ley use un criterio abierto, que no existan parámetros fijos de confirmación”; que el Código hable de “edad y madurez suficiente como un estándar recurrente, pero nunca define en qué consiste” ⁽⁵⁰⁾; que la regulación es poco clara, que debe ser analizada a la luz de la capacidad de hecho, también mantenida en el Cód. Civ. y Com., y que “en lo que pareciera ser su aplicación práctica —el banco de pruebas jurisprudencial— es la ausencia de sentencias que aborden la cuestión fuera del ámbito de la responsabilidad parental” ⁽⁵¹⁾.

No ignoro que esta posición ha tenido eco, incluso, en un proyecto de reformas al Cód. Civ. y Com.

(47) Para el nuevo código cubano ver ABOUD CASTILLO, Neylia L. *Autonomía progresiva en el proyecto cubano de Código de las Familias* (2021). *Bajo el prisma de la CIDN y la experiencia jurisprudencial contemporánea*, RDF 104, 09/05/2022, 137, Cita: TR LALEY AR/DOC/1111/2022.

(48) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul Sala 1, 15-jun-2017, Cita: MJ-JU-M-105139-AR | MJJ105139.

(49) HUERTO SILVA, María Celeste, *Niños, niñas y adolescentes como participantes y partes del proceso judicial. Grandes conquistas y deudas pendientes a siete años de la vigencia del Código civil y comercial de la Nación*, en Rev. de Derecho procesal, 2022-2, *El impacto del código civil y comercial en el proceso*, t. II, p. 103.

(50) LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *La capacidad procesal del menor en el Código Civil y Comercial y el abogado del niño*, LA LEY2017-B, 714 - RCCyC 2017 (mayo), 05/05/2017, 51

Cita Online: AR/DOC/352/2017.

(51) SAUX, Edgardo I. *¿Madurez suficiente?*, Cita: TR LALEY AR/DOC/2471/2021.

Sin embargo, cabe advertir que:

- Ese proyecto no ha tenido trámite parlamentario ⁽⁵²⁾.

- Existe una enorme cantidad de sentencias que abordan la autonomía progresiva de los niños en una amplia diversidad de materias, incluso de orden patrimonial. Así, por ej., varias decisiones autorizan a las personas menores de edad a percibir las asignaciones de las que son sustancialmente sus beneficiarios si sus progenitores se desentienden de su derecho humano a la alimentación ⁽⁵³⁾.

- Como sucedió en Chile ⁽⁵⁴⁾, gran número de estas críticas están dirigidas a mantener la llamada “patria potestad” de los padres sobre los hijos; se invoca una incidencia indebida del Estado en la vida familiar, pero se ignora la realidad de lo que acontece con los NNA en la sociedad actual.

X. PALABRAS DE CIERRE

Hace casi dos siglos, el autor del primer manual de derecho civil para los estudiantes de la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires escribió con claridad meridiana: “Privar a los niños de comprar

(52) PAGANO, Luz M. - LÓPEZ BRAVO, *Alfredo Análisis crítico de los proyectos de modificación de los códigos de fondo y de procedimiento en materia de determinación de la capacidad*, Cita Online: AR/DOC/3566/2019 (El artículo no se refiere a los NNA sino a las personas con capacidad restringida).

(53) Juzgado Menores N.º 1, Primera Circunscripción Corrientes, 03/09/2015, Citar: elDial.com - AA91BE, publicado el 16/09/2015; Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 7; 22/11/2022; Rubinzal Online; RC J 6914/22 y AR/JUR/168207/2022; Juzgado de Esquel, 27- octubre, sentencia N.º 406/2016 (inédita); Cámara Apelaciones Trelew, sala A, 21/08/2015. Cita on line: AR/JUR/27891/2015, Rev. CCyC año I, N.º 4, octubre 2015, p. 131, LLPatagonia. 2015 (diciembre), 1337, y DJ 11/05/2016,13.

(54) Ver decisión del Tribunal Constitucional de Chile de 26/7/2021, N.º 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas) que, a petición de varios parlamentarios, por mayoría, declaró inconstitucionales varios artículos del proyecto de ley de 2018 que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez. Para la capacidad civil de los NNA en Chile, ver TURNER SAELZER, Susan y VARAS BRAUN, Juan Andres, *Adolescentes en Chile: propuesta de armonización de su condición de relativamente incapaces con el reconocimiento de su autonomía progresiva*, Revista de Derecho Privado, N.º 40, 2021, P. 149-171.

aquellos juguetes y golosinas a que regularmente los arrastra su edad sería demasiado ridículo”⁽⁵⁵⁾.

No obstante, las cosas no siempre se presentan con esa luminosidad. Bien se ha dicho que:

[N]o es sencillo crecer, madurar, transitar el paso de la niñez a la adolescencia y de allí a la adultez. Para algunos será más o menos difícil, porque mucho depende del contexto sociocultural-económico que les rodee. Por eso, el Estado debe una protección especial a quienes recorren las diversas etapas madurativas, pues no cuentan con los mismos recursos (internos y externos) ni las posibilidades de las personas adultas. No se nace adulto, se hace. Y en ese hacerse adulto el Estado y las familias tienen un rol preponderante⁽⁵⁶⁾.

En definitiva, el operador del derecho siempre debe tener presente que:

Tan dogmáticas y discriminatorias resultan las negaciones al reconocimiento de derechos de niñas y niños como las afirmaciones vacías de contenido y fundamentación que sostienen una equiparación con la situación adulta, obviando justamente su especial condición⁽⁵⁷⁾.

(55) SOMELLERA, Pedro, *Principios de Derecho civil. Curso dictado en la Universidad de Bs As en el año 1824*, Bs. As, imprenta de los Expósitos, 1824.

(56) PELLEGRINI María Victoria, *La participación judicial de niñas, niños y adolescentes. Avances y dificultades*, en A.V. *A 30 años de la Convención sobre los derechos del niño. Avances críticos y desafíos*, Ediar, Bs. As. 2019.

(57) FERNÁNDEZ, Silvia E., *Responsabilidad parental y autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes*, en FERNÁNDEZ, Silvia (dir.), ob. cit., t. II, p. 135.

ADULTO MAYOR EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

POR GRACIELA MEDINA (*)

En homenaje al Dr. Guillermo Borda, maestro de los grandes maestros del derecho, formador de múltiples generaciones de abogados, estupenda persona, brillante investigador, magistrado señero, generoso docente y persona ejemplar.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

Hasta fines del siglo pasado el envejecimiento no era un tema que atrajera extensamente la atención, a pesar de que las estadísticas mostraban el resuelto incremento de las personas de más de 60 años tanto a escala mundial, como regional y nacional y su impacto en la sociedad; entre otras cuestiones: el crecimiento cuantitativo de los adultos mayores planteaba y plantea, problemas en términos de respeto de sus derechos humanos ya que a menudo en la edad avanzada las personas se encuentran en situación de vulnerabilidad y dependencia. Como así también presenta desafíos en términos de financiación de las jubilaciones y de mantenimiento de las personas adultos mayores que hoy viven hasta los 80 y 90 años, y que a menudo en la ancianidad se encuentran en estado de fragilidad y falta de independencia⁽¹⁾.

El aumento de los adultos mayores, es decir, la proporción de personas mayores de 65 años en comparación con el resto de la población varía significativamente entre países y regiones. Sin embargo, en general,

(*) Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Blanco, Luis G. "Consideraciones bioéticas acerca del envejecimiento y la ancianidad" RDF 95, 21 - TR LALEY AR/DOC/1834/2020

se observa un aumento en la población de personas mayores en todo el mundo debido a varios factores, incluyendo:

1. Mayor esperanza de vida: Los avances en la medicina, la nutrición y las condiciones de vida han contribuido a un aumento en la esperanza de vida. Las personas viven más tiempo, lo que lleva a un incremento en el número de adultos mayores.

2. Bajas tasas de natalidad: En muchas sociedades, las tasas de natalidad han disminuido, lo que significa que hay menos nacimientos y una mayor proporción de personas mayores en comparación con la población más joven.

3. Envejecimiento de la generación del baby boom: En algunas regiones, el envejecimiento de la generación del baby boom (nacidos después de la Segunda Guerra Mundial, durante los años de 1946 a 1964) ha contribuido a un aumento significativo en el número de personas mayores.

4. Migración y movilidad: Los flujos migratorios también pueden afectar la composición demográfica de una población. En algunas ocasiones, los países pueden experimentar una disminución en la población joven debido a la emigración, lo que resulta en un aumento relativo de adultos mayores.

Es importante tener en cuenta que el aumento de la población de adultos mayores plantea desafíos significativos para las sociedades en términos de atención médica, seguridad social, pensiones, atención a largo plazo y otros servicios y recursos necesarios para garantizar el bienestar de esta población en crecimiento. Las políticas y programas gubernamentales deben adaptarse para abordar estas cuestiones y asegurar una vejez digna y saludable para las personas mayores, y como esta preocupación no es universal requiere de respuestas sincrónicas de la comunidad de naciones..

En la década de los 90 y desde el 2000, comienza a vislumbrarse una mayor preocupación internacional sobre el cambio demográfico y sus consecuencias que se ve reflejado en diferentes declaraciones internacionales, como son los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción de Madrid sobre el Envejecimiento (2002), así como los instrumentos regionales tales como la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003); la Declaración de Brasilia para la región de América Latina y el Caribe (2007); la Declaración de Compromiso de Puerto España (2009) y la Carta

de San José sobre los derechos de las personas mayores en América Latina y el Caribe (2012).

Los adultos mayores enfrentan una serie de desafíos y problemas jurídicos relacionados con su bienestar, protección y derechos. Algunos de los principales desafíos son los siguientes:

1. Abuso y maltrato: Los adultos mayores son vulnerables al abuso físico, emocional, financiero y psicológico. Estos abusos pueden ocurrir tanto en instituciones como en entornos familiares.

2. Capacidad legal: Con el envejecimiento, algunas personas pueden experimentar problemas cognitivos o de salud mental que afecten su capacidad para tomar decisiones importantes. Esto puede plantear problemas en cuanto a la capacidad de otorgar poderes notariales, tomar decisiones médicas o gestionar sus asuntos financieros.

3. Derechos de vivienda y alojamiento: Los adultos mayores pueden enfrentar discriminación en el acceso a la vivienda y alojamiento, así como desafíos relacionados con el mantenimiento y la seguridad de sus hogares.

4. Protección patrimonial: Los adultos mayores pueden ser más susceptibles a fraudes financieros y estafas, especialmente en línea. También pueden enfrentar dificultades para administrar sus finanzas y proteger su patrimonio.

5. Acceso a la justicia: Los adultos mayores pueden encontrar barreras para acceder al sistema de justicia, como falta de información, problemas de movilidad o recursos limitados.

6. Cuidado y atención médica: Los adultos mayores pueden enfrentar problemas en el acceso a servicios de atención médica de calidad y enfrentar dificultades relacionadas con la planificación de la atención médica y el consentimiento informado.

7. Derechos de pensiones y seguridad social: Los problemas de pensiones y seguridad social pueden afectar a los adultos mayores, especialmente si no han recibido información adecuada sobre sus derechos y beneficios.

8. Discriminación por edad: La discriminación por edad es un problema que puede afectar a los adultos mayores en varios aspectos de la vida, incluyendo el empleo y el acceso a servicios.

Para abordar estos desafíos, es fundamental contar con leyes y políticas que protejan y promuevan los derechos de los adultos mayores. También es importante crear conciencia sobre estos problemas y brindar

recursos y apoyo adecuado a esta población vulnerable. Organismos gubernamentales, organizaciones no gubernamentales y la sociedad en su conjunto deben trabajar juntos para garantizar una protección efectiva de los derechos y el bienestar de los adultos mayores.

Estamos convencidos que en la lucha por los derechos humanos se obtienen mayores logros si el conjunto de naciones se pone de acuerdo en hacer efectivo los derechos de quienes más lo necesitan.

Sin embargo, hasta el día de hoy no obstante la extrema vulnerabilidad de los ancianos se carece de una convención internacional que proteja los adultos mayores, como la que existe para las mujeres⁽²⁾, los niños⁽³⁾ y las personas con discapacidad⁽⁴⁾.

Si bien el mundo está en mora en el dictado de una convención internacional, no ocurre ello a nivel regional, ya que hay una convención en América que se ocupa de la protección integral del adulto mayor y que no obstante ser muy reciente ya ha sido aplicada en fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la jurisprudencia local.

De allí que el motivo de nuestro trabajo consista en describir la Convención Interamericana de Derechos Humanos y relatar los fallos de la Corte Interamericana que se han ocupado del problema de la vejez.

II. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS ADULTOS MAYORES

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobaron el 15 de junio de 2015 la primera Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en la Asamblea General de la institución, y de inmediato

(2) El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países.

(3) La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, en inglés CRC) es un Tratado Internacional de las Naciones Unidas, firmado el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

(4) La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) es un instrumento internacional de derechos humanos de las Naciones Unidas fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en su Sede en Nueva York, y se abrió para la firma el 30 de marzo de 2007.

la firmaron los gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay en la sede principal del organismo hemisférico en Washington DC. El objeto de la Convención —el primer instrumento regional de su tipo en el mundo— es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce del ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayores, para contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

El punto de partida de la Convención es el reconocimiento de que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales existentes se aplican a las personas mayores, y que deberían gozar plenamente de ellos en igualdad de condiciones con los demás⁽⁵⁾.

En la actualidad, las personas con 60 o más años de las Américas representan el 14 por ciento del total de la población del hemisferio (más de 135 millones de personas). En 2030, cerca de dos de cada cinco personas tendrán 60 o más años, y en total habrá más de 215 millones de personas mayores en las Américas⁽⁶⁾.

La Convención permitirá reforzar las obligaciones jurídicas de respetar, promover y realizar esos derechos humanos de las personas mayores. Su ratificación obliga a los Estados a adoptar medidas, a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.

(5) Huenchuan, Sandra “Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas mayores” Libro de la CEPAL ‘ONU Guillemard, Ane. Marie (1992), *Análisis comparativo de las políticas de vejez en Europa*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) <https://www.abebooks.com/firstedition/An%C3%A1lisis-comparativos-pol%C3%ADticasvejez-Europa-Guillemard/9719807041/bd..> Huenchuan, Sandra. (ed.) (2018), *Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: perspectiva regional y de derechos humanos*, Libros de la CEPAL, N.º 154, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) [en l.nea] https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44369/1/S1800629_es.pdf.

(2004), “Marco legal y de políticas en favor de las personas mayores en América Latina”, *Serie Población y Desarrollo*, N.º 51, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7193/1/S044281_es.pdf]

(6) Modi, Carla “La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores”: implicancia en nuestro derecho a partir de la ley 27.700 - ADLA 2023-2, 39 - TR LALEY AR/DOC/125/2023

El texto de la Convención se estructura en un Preámbulo y VII Capítulos, que abordan: el primero, su objeto, ámbito de aplicación y definiciones; el Capítulo II y III se refiere a los principios generales y obligaciones de los Estados; el IV incluye los derechos protegidos, estos son: igualdad y no discriminación por razón de edad; derecho a la vida y dignidad en la vejez; independencia y autonomía; seguridad y a una vida sin violencia; a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud; derechos de las personas mayores que reciben servicios de largo plazo, libertad personal, de expresión, opinión y acceso a la información, nacionalidad y libertad de circulación, derecho a la privacidad e intimidad, seguridad social, trabajo, salud, educación, cultura, recreación, esparcimiento y deporte, derecho a la propiedad, vivienda, medio ambiente sano, accesibilidad y movilidad personal derechos políticos, y ante situaciones de riesgo y emergencia humanitarias y, finalmente, al igual reconocimiento como persona ante la ley.

Existe un capítulo dedicado exclusivamente a la toma de conciencia y los últimos dos capítulos establecen los mecanismos de seguimiento, incluido un sistema de peticiones individuales y, finalmente, las disposiciones generales sobre entrada en vigor, reservas, denuncias, depósito y enmiendas.

La Convención sobre la protección de los derechos de las personas mayores se convierte en el nuevo estándar del continente americano, sentando de esta forma un precedente a nivel mundial.

Ella entró en vigencia en octubre del año 2017 luego de que los Parlamentos de dos países del continente —Argentina y Chile—, la ratificaran.

Es importante señalar que para la Convención se es anciano a partir de los 60 años, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que ésta no sea superior a los 65 años. Esta edad es considerada demasiado baja para las expectativas de vida actuales teniendo en cuenta una longevidad activa.

Me voy a dedicar específicamente a tres derechos mencionados por la convención porque ellos han sido tratados en los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ellos son el derecho a la salud, el acceso a justicia y el de la seguridad social.

II.1. Derecho a la salud⁽⁷⁾

Derecho a la salud implica que los adultos mayores tienen el derecho humano fundamental de acceder a servicios de salud adecuados, recibir atención médica de calidad y ser tratados con dignidad y respeto en todas las etapas de su vida. Este derecho se basa en principios de igualdad, no discriminación y equidad, asegurando que todas las personas, incluidos los adultos mayores, tengan acceso a servicios de salud sin importar su edad.

La autodeterminación, por otro lado, es un principio que reconoce la capacidad de los individuos para tomar decisiones informadas sobre su propia vida y salud. Para los adultos mayores, la autodeterminación implica que tienen el derecho de tomar decisiones relacionadas con su atención médica, tratamiento y estilo de vida de acuerdo con sus valores, preferencias y objetivos personales.

La autodeterminación de los adultos mayores se relaciona con aspectos como:

a. Consentimiento informado: Los adultos mayores tienen el derecho de recibir información clara y comprensible sobre su salud y los tratamientos médicos propuestos, para que puedan tomar decisiones informadas y dar su consentimiento voluntario.

b. Participación en la toma de decisiones: Los adultos mayores deben ser incluidos en la toma de decisiones sobre su atención médica y tratamiento, y sus opiniones y preferencias deben ser respetadas.

c. Planificación anticipada de la atención: Los adultos mayores pueden participar en la planificación anticipada de su atención médica, expresando sus deseos sobre el tipo de atención que desean recibir en situaciones de incapacidad o enfermedad grave.

d. Respeto a la autonomía: Se debe respetar la autonomía de los adultos mayores, incluso si deciden rechazar ciertos tratamientos médicos o procedimientos, siempre que estén en condiciones de tomar decisiones informadas.

(7) Medina, Graciela y Yuba Gabriela “Las personas mayores y el derecho a la salud. Reflexiones a partir del caso “Poblete Vilches y otros c. Chile” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” LA LEY 10/10/2018, 5 - LA LEY 2018-E, 371 - TR LALEY AR/DOC/1922/2018

e. Participación en la comunidad: La autodeterminación también implica que los adultos mayores deben tener la oportunidad de participar activamente en la comunidad y en la toma de decisiones que afectan su bienestar general.

La Convención establece claramente que la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación y correlativamente obliga a los Estados a diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor, a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social.

Correlativamente con el derecho a la salud la Convención reconoce a la persona mayor el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud⁽⁸⁾. La negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor.

Con la finalidad de garantizar el derecho de la persona mayor a manifestar su consentimiento informado de manera previa, voluntaria, libre y expresa; así como de ejercer su derecho de modificarlo o revocarlo, en relación a cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación, en el ámbito de la salud, la Convención obliga a los Estados elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones de tratamiento existentes, sus riesgos y beneficios.

Dichos mecanismos deberán asegurar que la información que se brinde sea adecuada, clara y oportuna, disponible sobre bases no discriminatorias, de forma accesible y presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor.

Las instituciones públicas o privadas y los profesionales de la salud no podrán administrar ningún tratamiento, intervención o investigación de carácter médico o quirúrgico, sin el consentimiento informado de la persona mayor.

(8) Saux, Edgardo I., Azvalinsky, Alejandro M. Vida, muerte y dignidad. Los testamentos vitales: utilidad y alternativas. - RCyS 2020-XI, 293 - TR/LALEY 0003/013537

En los casos de emergencia médica que ponga en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado, se podrán aplicar las excepciones establecidas de conformidad con la legislación nacional.

La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión.

Al adherir a la convención los Estados Parte se comprometen a establecer un proceso a través del cual la persona mayor, pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada, e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluyendo los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional.

II.2. Derecho al acceso a justicia

El artículo 31 establece el derecho de la persona adulta mayor de Acceso a la justicia disponiendo que:

La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas.

En realidad, todas las personas tienen derecho a una justicia efectiva, lo importante de la Convención con respecto al tema del acceso a justicia de los adultos mayores es que obliga a los Estados Parte a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.

Indiscutiblemente la actuación judicial debe ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor, porque su expectativa de sobrevida es menor y su vulnerabilidad superior.

Es importante destacar que el adulto mayor no tiene tiempo para una justicia ineficiente.

Para lograr una justicia eficiente con tiempos diferentes para el adulto mayor es preciso el desarrollo de políticas públicas y programas dirigidos a promover:

- a. Mecanismos alternativos de solución de controversias.
- b. Capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor.
- c. Tener en cuenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su papel en la protección de los derechos de las personas mayores⁽⁹⁾.

II.3. Derecho a la seguridad social

El artículo 17 de la Convención establece el derecho a la seguridad social, señalando que “[t]oda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna.”

Para hacer efectivo ese derecho, los Estados Parte deben promover progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social.

Cabe señalar que, el derecho a la seguridad social fue contemplado en el Sistema Universal de Derechos Humanos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, la mayor especificidad de este derecho se dio en 1966 en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el artículo 9 de dicho tratado, se establece que “[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

(9) Argentieri, Constanza, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su papel en la protección de los derechos de las personas mayores” en libro de la *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, coordinado por Sandra Huenchuan, p. 249.

Particularmente, el Comité DESC, en su Observación General N.º 19, sobre el derecho a la seguridad social, ha desarrollado su contenido a saber: en primer lugar, que el derecho a la seguridad social se puede conceptualizar como el derecho a “obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en diversas circunstancias [...] en particular por la falta de ingresos procedentes del trabajo”.

Por otro lado, el Comité DESC ha señalado “una serie de elementos fundamentales” que se aplican en cualquier situación o circunstancia, a saber: i) disponibilidad; ii) riesgos e imprevistos sociales: a) atención de la salud, b) enfermedad, c) vejez, d) desempleo, e) accidentes laborales, f) prestaciones familiares, g) maternidad, h) discapacidad, e i) sobrevivientes y huérfanos; iii) nivel suficiente; iv) accesibilidad: a) cobertura, b) condiciones, c) asequibilidad, d) participación e información y e) acceso físico.

El derecho a la seguridad social es muy importante para la dignidad de la persona, pero por sobre todo es trascendente para el adulto mayor por su mayor vulnerabilidad, de allí la importancia de su reconocimiento en la convención sobre el adulto mayor.

En este sentido cabe recordar que la la Carta de la OEA en el artículo 45.b) establece que:

El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.

Por último, es necesario poner de manifiesto que “el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo” que requiere imprescindiblemente del desarrollo de una política eficiente de seguridad social que resulta insoslayable para la dignidad del adulto mayor.

III. RELATORÍA TEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

Por otra parte, debemos destacar que, en febrero del año 2019, en el 171º período de Sesiones de la CIDH, se creó la Relatoría temática de los derechos de las personas adultas mayores.

La creación de esta Relatoría temática revela la importancia del abordaje de la situación de las personas mayores como sujetos de derechos para la CIDH y la necesidad de ampliar y profundizar la institucionalidad existente para el seguimiento de la protección de los derechos de estas. Para la Comisión constituye un desafío la mirada y abordaje de múltiples situaciones vinculadas con los adultos mayores, fundamentalmente, a partir de la sanción de la Convención Interamericana⁽¹⁰⁾.

La envergadura del tratamiento de la situación de las personas adultas mayores como sujetos de derechos para la CIDH y la necesidad de ampliar y profundizar la institucionalidad existente para el seguimiento de la protección de sus derechos, se ve reflejada con la creación de la Relatoría temática mencionada.

A continuación, reseñaremos los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se refieren a adultos mayores en relación con el derecho a la salud, el acceso a justicia y la seguridad social.

IV. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO “POBLETE VILCHES Y OTROS VS. CHILE”

Analizaremos el primer caso en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió sobre el derecho a la salud con respecto a los adultos mayores.

El conocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana es fundamental porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha precisado que las decisiones jurisprudenciales de la Corte IDH, deben servir de guía en el control de constitucionalidad, aun cuando la Argentina no sea parte⁽¹¹⁾.

Teniendo en cuenta lo anterior, creemos que es importante el conocimiento de este precedente, sobre todo teniendo en cuenta que el Tribunal de Costa Rica, entendió que los Estados tienen un deber reforzado con respecto al derecho a la salud de los adultos mayores, y ello debe ser

(10) <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/r/pm/default.asp> Fecha de consulta: 12/7/2023

(11) Corte Suprema de Justicia de la Nación —07/04/1995— Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación /causa N.º 32/93 —318:514— JA 1995-III-571 —953181— Corte Suprema de Justicia de la Nación —07/04/1995— Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación /causa N.º 32/93 —318:514— JA 1995-III-571 —953181—.

tenido especialmente valorado en un entorno con creciente población anciana.

La Corte IDH abordó en el caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile” por primera vez el derecho a la salud como derecho autónomo, como así también el tema del consentimiento informado y la situación de las personas adultas mayores vinculado al derecho a la salud, teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad.

En el fallo del 8 de marzo de 2018, la Corte declaró por unanimidad la responsabilidad internacional de Chile, por no garantizar al sr. Vinicio Antonio Poblete Vilches su derecho a la salud, sin discriminación, a través de servicios esenciales básicos y urgentes con relación a su situación de vulnerabilidad como persona mayor, produciéndose posteriormente su muerte. Declaró también que se vulneró el derecho a la vida e integridad personal, como el derecho de obtener el consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud. Todo ello en perjuicio del sr. Poblete y de sus familiares, como el derecho al acceso a la justicia e integridad personal en perjuicio de sus familiares.

IV.1. Los hechos. Contexto fáctico

Este caso se refiere a la atención médica del Sr. Poblete Vilches de 76 años en el Hospital Público Sótero del Río. La primera vez que Poblete Vilches ingresó al nosocomio lo hizo víctima de una afección respiratoria y fue intervenido estando inconsciente; sin haber prestado consentimiento informado personal y sin consentimiento de su familia, encontrándose en terapia intensiva, se falsificó su consentimiento informado.

El Sr. Poblete Vilches fue luego dado de alta de manera temprana sin mayores indicaciones, volviendo a ingresar al hospital donde se lo internó en terapia intermedia. Se requirió en ese momento de un respirador mecánico, que no fue suministrado, porque el centro carecía del respirador requerido y no se lo trasladó a otro centro que tuviera el respirador que el paciente requería. Finalmente, el paciente fallece a los pocos días.

IV.2. Sobre las personas mayores y el derecho a la salud. Enfoque de derechos humanos⁽¹²⁾

La sentencia de la Corte aborda el derecho a la salud de manera autónoma como parte de los derechos económicos, sociales, culturales y

(12) Medina, Graciela - Yuba, Gabriela “Las personas mayores y el derecho a la salud. Reflexiones a partir del caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile” de la Corte IDH” — DFyP 2018 (octubre), 121— TR LALEY AR/DOC/1843/2018.

ambientales (DESCA), protegido por el art. 26 de la CADH y la situación de las personas mayores de edad en relación con el mencionado derecho a la salud.

La Corte incorporó en el catálogo de derechos protegidos, los DESCAs y conforme una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, recurre al *corpus juris* internacional y nacional en la materia, para dar contenido a los derechos tutelados por la Convención y de este modo precisa el alcance de las obligaciones específicas del derecho a la salud señalando que se trata de aquel derecho que se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, que implica las condiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna.

El Tribunal en el párrafo 131 expresamente dice que:

[El] adulto mayor es un paciente vulnerable en general; es un paciente que va a necesitar no solamente del médico sino de la sociedad para llevarlo adelante. Ya no se habla más de expectativa de vida [...] [se habla de años de vida libre de enfermedad [...]] por eso es que necesita el apoyo de todo el Estado. Nos tenemos que involucrar todos para que tengamos la mayor cantidad de años de vida [de calidad] [...] [todos vamos a envejecer si tenemos suerte [...]]. Lo que tenemos que hacer es formar gente y formar el medio, la sociedad para que tengamos el lugar correcto para ser tratados.

La Corte IDH concretamente entiende que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bien estar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral (párr. 118).

El Tribunal Interamericano pone de relieve que es la primera vez que le toca expedirse sobre el derecho a la salud y las personas mayores, y en este sentido expone que los estados tienen un deber reforzado frente a ellos para garantizarles el derecho a la salud.

En este sentido, la Corte IDH destaca como un hecho ineludible que la población está envejeciendo de manera constante y considerable. El cambio vertiginoso del escenario demográfico en los países de la región presenta retos y desafíos, por lo cual este impacto en los derechos hu-

manos hace necesario que los Estados se involucren para dar respuesta (párr. 130).

La Corte nota que, en muchas situaciones, se presenta una particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud. Sobre el particular, resalta la existencia de diversos factores como las limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación. Asimismo, en determinadas situaciones, dicha vulnerabilidad se encuentra incrementada en razón del desequilibrio de poder que existe en la relación médico-paciente, por lo que resulta indispensable que se garantice al paciente, de manera clara y accesible, la información necesaria y el entendimiento de su diagnóstico o situación particular, así como de las medidas o tratamientos para enfrentar tal situación.

Respecto de las acciones y omisiones acreditadas, del acervo probatorio, se desprende que durante el primer ingreso del señor Poblete Vilches al Hospital Sotero del Río, existían signos que demostraban que la decisión de dar de alta en forma temprana, no era una medida pertinente; Lo anterior, resultó en una acción médica, al menos irresponsable, ya que de la prueba se desprende que no existían las condiciones médicas necesarias para declarar el alta temprana, especialmente frente a la posibilidad de contraer una infección intrahospitalaria. Así, el paciente fue externado afiebrado y emanando pus por las heridas. Tampoco se les brindó a los familiares indicación alguna de cómo cuidar al paciente en su domicilio, ni cuáles podrían ser las señales de alarma. Por lo cual, es claro para la Corte que las autoridades tenían conciencia de su situación crítica y frente a ello, el alta temprana tuvo una incidencia considerable, al menos, en el rápido deterioro que sufrió inmediatamente luego de su pronta salida del Hospital Sotero del Río, lo cual representó una negligencia médica.

Respecto de los elementos de accesibilidad y aceptabilidad, la Corte destaca que la edad del señor Poblete Vilches, resultó ser una limitante para recibir una atención médica oportuna, pues de los hechos del caso se desprende que no se le brindó el tratamiento médico adecuado, en parte, por su condición de persona mayor, razón por la cual no se priorizó su tratamiento médico a pesar de su condición crítica y su avanzada edad (párr. 52). Además, resulta inaceptable la falsificación del consentimiento de los familiares y la falta de información clara y accesible sobre la condición del paciente.

La Corte estima que el Estado negó al señor Poblete Vilches un tratamiento médico de urgencia, no obstante, habría consciencia, por parte del personal médico, que su vida se encontraba en riesgo si no se dispensaba el soporte vital requerido, y particularmente frente a su situación de adulto mayor (párr. 137). Así, el Estado no adoptó las medidas necesarias, básicas y urgentes que razonablemente podrían haberse adoptado para garantizar su derecho a la vida (párr. 141 y 142). Asimismo, el Estado no aportó una justificación válida para haber negado los servicios básicos de urgencia.

IV.3. El caso Poblete Vilches y el consentimiento informado por sustitución. Consentimiento por sustitución y acceso a la información en materia de salud a favor de los familiares

Respecto del derecho a obtener un consentimiento informado, la Corte reconoce en el fallo Poblete que el artículo 13 de la Convención Americana incluye el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole lo cual protege el derecho de acceso a la información, incluyendo información relacionada con la salud de las personas. En este sentido, se estableció que el consentimiento informado consiste:

[E]n una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo.

El problema se presenta cuando el consentimiento no puede ser prestado por el paciente y debe ser dado por los familiares, que fue el caso que se presentó en Poblete Vilches y que se puede presentar en muchos supuestos de ancianos que pierden su capacidad temporariamente.

En ese supuesto la Corte ha resaltado que la información debe ser brindada a los familiares, para que el consentimiento prestado por el adulto mayor sea válido, a saber:

[L]a Corte entiende que el consentimiento por representación o sustitución se actualiza cuando se ha comprobado que el paciente, por su especial condición, no se encuentra en la capacidad de tomar una decisión en relación a su salud, por lo cual esta potestad le es otorgada a su representante, autoridad, persona, familiar o institución designada por ley. Sin embargo, cualquier limitación en la toma de decisiones

tiene que tener en cuenta las capacidades evolutivas del paciente, y su condición actual para brindar el consentimiento.

IV.4. La dignidad y la autodeterminación

En cuanto al derecho a la dignidad consagrado en el artículo 11 de la Convención Americana, la Corte analiza que un aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

De este modo, la existencia de una conexión entre el consentimiento informado con la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo y la salud exige, por un lado, que el Estado asegure y respete decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable y, por el otro, que se garantice el acceso a la información relevante para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud de acuerdo a su propio plan de existencia.

IV.5. Conclusión del caso

En definitiva, en el caso concreto, la Corte considera que el Estado de Chile no garantizó que los servicios de salud brindados al señor Poblete Vilches cumplieran con los estándares referidos por lo que incumplió en el otorgamiento de medidas básicas, es decir de sus obligaciones de carácter inmediato relacionadas con el derecho a la salud en situaciones de urgencia.

Asimismo, el Estado faltó a su deber de obtener el consentimiento informado por sustitución de los familiares frente a la intervención quirúrgica practicada, así como de brindar información clara y accesible para los familiares respecto del tratamiento y procedimientos practicados al paciente.

Las negligencias asumidas en el segundo ingreso, particularmente, al negarle un respirador, así como la posibilidad de ingresar a la unidad de cuidados requerida y no ser trasladado a otro centro que pudiera brindarle tales medidas, en parte por su condición de adulto mayor, redujo de manera considerable las posibilidades de recuperación y sobrevivencia del paciente, por lo que su fallecimiento resulta imputable al Estado. Asimismo, la Corte sostuvo que la edad del señor Poblete Vilches, como categoría protegida de la no discriminación, resultó ser una limitante para que recibiera la atención médica requerida.

V. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO “PROFESORES DE CHAÑARAL Y OTRAS MUNICIPALIDADES VS. CHILE”. ACCESO A LA JUSTICIA

La Corte IDH dictó sentencia el 10/11/2021 por la que declaró la responsabilidad internacional de Chile, por la violación de derechos en perjuicio de 846 docentes de las municipalidades de Chañaral y otras de Chile.

El Tribunal Regional sentó el estándar de protección reforzada respecto de las personas mayores, fundamentalmente el derecho a ser oída, con las debidas garantías y plazo razonable en los procesos en los que intervengan, para evitar la frustración del acceso a justicia. Para el Estado con relación a las personas mayores es exigible un criterio reforzado de celeridad en todos los procesos judiciales y administrativos, incluyendo la ejecución de sentencias.

Puntualmente, consideró que los procesos de ejecución de sentencias firmes por las que se condenaba a los municipios al pago de una asignación especial resultaron ineficaces e irregulares. Ello importa una violación a las garantías judiciales, protección judicial y al derecho de la propiedad de las personas docentes.

El Tribunal con sede en Costa Rica valoró especialmente que se trata de víctimas mayores de 60 años y que muchas de ellas fallecieron esperando por más de 25 años la ejecución de esos fallos, al respecto la corte puntualizó que el Estado desconoció el deber reforzado de garantizar la debida diligencia en el acceso a la justicia de las personas mayores y la celeridad de los procesos en los que intervienen personas en situación de vulnerabilidad.

Lo más importante del fallo es que juzgó que cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad, es exigible un criterio reforzado de celeridad en todos los procesos judiciales y administrativos, incluyendo la ejecución de las sentencias.

V.1. Los hechos

Es importante ubicarse en el contexto social de Chile, que influyó en la regulación del personal docente. En el marco de la dictadura militar, la educación pública en Chile fue intervenida. Se traspasó la administración de los establecimientos escolares públicos a las municipalidades. Esto trajo aparejado que el personal docente quedaba sometido al código del trabajo aplicables al sector privado.

Es así como se creó una asignación especial no imponible para el personal docente, a contar del 1/1/1981. Pero los docentes que fueron transferidos del Estado Central a las municipalidades no recibieron esa asignación, generándose una “deuda histórica” del Magisterio.

Debido al contexto de la dictadura, recién instaurada la democracia (1990) pudieron hacer efectivo los procesos judiciales para el reclamo de dicha asignación que no había sido pagada. Es decir que desde el año 1990 los docentes venían reclamando la deuda histórica, no tornándose efectivas las sentencias firmes que reconocieron la asignación respectiva.

Iniciados varios procesos contra las municipalidades de Chañaral y otras, se dictaron sentencias en firme, que reconocían el pago de la asignación especial a los 846 profesores y profesoras. En ninguno de los casos pudieron ser ejecutados los pagos. Incluso en algunos municipios se intentó demandar al Fisco de Chile, con resultado negativo.

Muchos docentes murieron durante el proceso de reclamo y todos sufrieron penurias en su condición de personas vulnerables mayores, con derecho a una suma de dinero que la ineficacia judicial les impedía ejecutar.

V.2. La sentencia

La Corte destacó que el Estado no puede obstaculizar el alcance y sentido de las decisiones judiciales, ni retrasar su ejecución. Ello afecta el acceso a la justicia de los justiciables (víctimas docentes).

En ese sentido la falta de impulso de oficio en las causas de ejecución de sentencias laborales y la ineficacia de los medios para su pago, generaron un estado de indefensión y desprotección contra las 846 personas que reclamaron la asignación especial y que habían obtenido sentencia favorable. La Corte consideró que hubo una violación al derecho a la protección judicial, dado que las personas docentes no contaron con medios efectivos para garantizar la ejecución completa, perfecta, rápida e integral de las sentencias por más de 25 años (art. 25 CADH).

La Corte hace hincapié en el hecho que, se trataba de personas mayores y que la Convención Interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores, obliga al Estado a garantizar la debida diligencia y el tratamiento especial, diferenciado para la tramitación, resolución y ejecución de decisiones administrativas y judiciales que involucren a ancianos.

Se destaca la obligación del Estado de garantizar los derechos a la igualdad, no discriminación, buen trato, atención preferencial, protección judicial efectiva y acceso a la justicia de las personas mayores, tomando en cuenta la situación de vulnerabilidad (100 Reglas de Brasilia).

V.3. Trato preferencial de los procesos de acceso a justicia

El Alto Tribunal sienta el estándar del derecho a un tratamiento preferencial de las personas mayores en la ejecución de las sentencias a su favor y el correlativo deber estatal de deber reforzado de acceso y celeridad en la justicia.

El Tribunal destaca la especial importancia de la celeridad de los procesos judiciales en relación con personas en situación de vulnerabilidad, como las personas mayores, dada la incidencia particular que la demora puede tener en tales personas. En ese sentido, concuerda con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽¹³⁾ que consideró que la avanzada edad de personas vinculadas a un proceso judicial conllevaba el requerimiento de una especial diligencia de las autoridades en la resolución del proceso respectivo.

La celeridad en los procesos forma entonces parte de los deberes reforzados que tienen los Estados de debida diligencia en el acceso a la justicia de las personas mayores.

V.4. Plazo razonable

En cuanto a la garantía de plazo razonable, la Corte constata que, en los procesos iniciados por las personas docentes, transcurrieron entre 22 y 27 años sin que las sentencias de hayan cumplido de modo integral. Ello importa un plazo irrazonable, más si se considera que la causa no ofrecía mayor complejidad.

Sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con los derechos a un plazo razonable y a la protección judicial, la Corte consideró que las violaciones a la protección judicial y plazo razonable se debieron por la existencia de un marco normativo poco claro, que devino en ineficaz. La falta de normas que obligaran a las munic-

(13) "T.E.D.H., Caso Jablonská Vs. Polonia, (No.60225/00), Sentencia de 9 de marzo de 2004. Final, 9 de junio de 2004, párr. 43; Caso Codarcea Vs. Rumanía, (No. 31675/04), Sentencia de 2 de junio de 2009. Final, 2 de septiembre de 2009, párr. 89. Asimismo, Caso Styranowski Vs. Polonia, (No. 28616/95), Sentencia de 30 de octubre de 1998, párr. 57, y Caso Krzak Vs. Polonia, (No. 51515/99), Sentencia de 6 de abril de 2004. Final, 7 de julio de 2004, párr. 42".

palidades a cumplir con las sentencias condenatorias tuvo incidencia en ello. No obstante, se destacó que luego de los hechos, se aprobó una reforma en el ámbito laboral que permite ejecución de sentencias con procedimientos diferenciados, ante tribunales especializados.

V.5. Protección judicial efectiva

Cabe destacar que, en esta sentencia, la Corte precisa la protección judicial que el Estado debe garantizar para las personas mayores en situación de vulnerabilidad.

Ello supone dos obligaciones para el Estado por un lado debe consagrar normativamente el derecho a la protección judicial para amparar a las personas contra los actos que violen sus derechos fundamentales y por otra parte tiene que garantizar los medios para ejecutar las decisiones que protejan en definitiva sus derechos.

No se trata de que se dicten sentencia que reconozcan los derechos, sino que se exige del Estado la garantía de los medios para hacer efectiva esas decisiones judiciales. De allí que la Corte estableció que la efectividad de las sentencias depende de su ejecución y ésta debe ser completa, perfecta, integral y sin demora.

Se vincula también con la tutela judicial efectiva, principio que exige que los procedimientos sean accesibles, sin obstáculos o demoras indebidas.

De esta forma, la Corte considera que surge un derecho a un tratamiento preferencial de las personas mayores en la ejecución de las sentencias a su favor y un correlativo deber estatal de garantizar un acceso diligente, célere y efectivo de las personas mayores a la justicia, tanto en los procesos administrativos como judiciales.

Esta necesidad de garantizar la protección judicial efectiva de las personas mayores y, en particular, de promover procesos céleres encuentra respaldo, además, en otros instrumentos de Derecho Internacional como las Reglas de Brasilia⁽¹⁴⁾ sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en el 2008 y actualizadas en la XIX Cumbre de 2018⁽¹⁵⁾.

(14) Medina, Graciela - Acceso a justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Las 100 Reglas de Brasilia. En género, discapacidad y pobreza. LA LEY 14/11/2017, 1. LA LEY 2017-F, 663. TR LALEY AR/DOC/2970/2017.

(15) Específicamente, con respecto al acceso a la justicia de las poblaciones en situación de vulnerabilidad, la regla 38 establece: Agilidad y prioridad. Se adoptarán las

V.6. Sobre las reparaciones

La Corte IDH estableció que la sentencia constituye por sí una forma de reparación.

Estableció las siguientes medidas de reparación integral:

a. Medidas de restitución: El Estado debe pagar las sumas previstas en la sentencia.

b. Satisfacción: publicación de resumen oficial de la sentencia en el diario oficial y de amplia circulación nacional; publicación de sentencia en sitio web oficial del Estado; realización de un acto de reconocimiento de responsabilidad internacional en este caso.

c. Garantías de no repetición: creación e implementación de un programa de capacitación y sensibilización de operadores judiciales para acceso a la justicia de personas adultas mayores.

d. Indemnizaciones compensatorias.

VI. CASO “MUELLE FLORES VS. PERÚ” (DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO PARTE DE LOS DESCA)

El 06 de marzo de 2019 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “Muelle Flores” mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado de Perú por la violación a diversos derechos cometidas en perjuicio del señor Oscar Muelle Flores. En particular, encontró que distintas omisiones del Estado constituyeron un incumplimiento en el deber de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y protección judicial, así como que, las autoridades judiciales no actuaron con el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima, razón por la cual excedieron el plazo razonable.

Cabe señalar que a la época de la sentencia Muelles Flores tenía 82 años y sufría discapacidad auditiva severa (hipoacusia) como conse-

medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia. Se colocará en los expedientes un distintivo visible, que permita identificar que el proceso afecta a personas en condición de vulnerabilidad.

cuencia de la pérdida de su audición en uno de los oídos de manera total, hace 15 años, así como de la disminución de la audición del otro. Asimismo, en mayo de 2018, el señor Muelle Flores fue diagnosticado con “demencia senil tipo Alzheimer” y en julio de 2018 sufrió una fractura de la cadera femoral, por la cual se le debió colocar una prótesis”.

La Corte determinó que la falta de materialización del derecho a la seguridad social por más de 27 años generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud del señor Muelle, una persona en situación de especial protección por ser persona mayor y en condición de discapacidad.

Así mismo, el Tribunal advirtió que la falta de protección judicial afectó el derecho a la pensión que había ingresado al patrimonio de la víctima y por ende se declaró al Estado responsable de la violación del derecho a la propiedad privada. En particular, la Corte encontró que el Estado es responsable por el incumplimiento de las sentencias dictadas a favor del señor Muelle Flores, por la creación de obstáculos derivados de la privatización de la empresa de la cual se jubiló, por no revertir los efectos negativos de dicha privatización y por la ausencia de medidas para remediar dicha situación por un periodo prolongado de tiempo.

VI.1. Hechos

Los hechos del caso se relacionan con la violación del derecho a la tutela judicial efectiva y a la seguridad social como consecuencia del incumplimiento, durante 24 años, de una sentencia judicial a favor del señor Muelle Flores en el marco de un recurso de amparo en el que se ordenó su reincorporación al régimen pensionario de Perú.

El señor Muelle Flores se jubiló en la empresa estatal de derecho privado Tintaya el 30 de septiembre de 1990. Cobró durante dos meses la jubilación. El 27 de enero de 1991 ese derecho fue suspendido por la Gerencia de Administración de dicha empresa. Frente a esa suspensión, el señor Muelle Flores interpuso una acción de amparo en el Juzgado Quinto Civil de Lima el cual declaró fundada la demanda y ordenó que se dejara sin efecto la suspensión del régimen de pensiones y compensaciones en perjuicio del señor Muelle Flores. La decisión fue confirmada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, y por la Corte Suprema de Justicia, la cual, mediante sentencia de 2 de febrero de 1993, declaró fundada la acción de amparo y ordenando la inaplicabilidad de la suspensión de la Gerencia de Administración de la empresa, restableciendo así sus derechos al estado anterior al de la agresión constitucional.

El 17 de febrero de 1993 la empresa volvió a disponer la suspensión del pago de algunas pensiones de jubilación a sus extrabajadores, entre ellas la del señor Muelle Flores, quien interpuso una segunda acción de amparo, mediante la cual solicitó la desaplicación del Acuerdo Directivo No. 023/93, que se le restituyera su derecho a continuar percibiendo su pensión y el pago de una indemnización por el daño causado. El 23 de febrero de 1995 el Décimo Séptimo Juzgado Civil de Lima declaró improcedente la demanda. El fallo fue confirmado por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Posteriormente la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente el recurso de amparo interpuesto por el señor Muelle Flores, quien presentó un recurso extraordinario contra esta decisión. El recurso fue resuelto por el Tribunal Constitucional, que revocó la resolución de la Corte Suprema de Justicia, ordenando a la empresa cumplir con el pago continuado de la pensión por cesantía renovable que percibía el señor Muelle Flores, y declaró improcedente el pago de la indemnización solicitada.

La empresa Tintaya S.A. interpuso una demanda en la vía contencioso-administrativa a efectos de que se declarara la improcedencia de la reincorporación del señor Muelle Flores al régimen pensionario del dec.-ley N.º 20.530. La demanda fue declarada fundada en primera instancia, luego fue apelada y elevada a Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Lima, que confirmó la decisión de primera instancia. Esta decisión fue objeto de recurso de nulidad ante la Corte Suprema, que hizo lugar al planteo y declaró infundada la demanda de la empresa Tintaya S.A.

En cuanto al procedimiento de ejecución de la sentencia de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia que resolvió el primer amparo interpuesto por el señor Muelle Flores, a la fecha en que resolvió la Corte Interamericana de derechos humanos el proceso de ejecución iniciado en 1993 se encontraba en trámite.

VI.2. La sentencia

La responsabilidad del Estado fue analizada en el siguiente orden: 1) el derecho a la tutela judicial efectiva en la ejecución de sentencias y privatización de empresas, 2) el plazo razonable en el proceso de ejecución de sentencias, 3) el derecho a la seguridad social en virtud del artículo 26, y 4) el derecho a la propiedad privada.

La Corte consideró que la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos

los principios, *inter alia*, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial y estado de derecho. La Corte también señaló que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora.

Por otra parte, el Tribunal recordó que la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, adoptada en la tercera Conferencia intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe de 2012, establecía ya en su párrafo 5 que “el acceso a la justicia es un derecho humano esencial y el instrumento fundamental por medio del cual se garantiza a las personas mayores el ejercicio y la defensa activa de sus derechos”.

En el caso concreto, la Corte precisó que no se encuentra en controversia la existencia del derecho a la pensión del señor Muelle Flores o la nivelación de esta conforme a la normativa interna, ni si las decisiones sobre su retiro. La Corte observó que el Estado no adoptó ninguna medida desde la primera sentencia dictada en 1993 para el cumplimiento rápido y efectivo de lo ordenado por las autoridades judiciales, con el fin de garantizar el derecho a la pensión reconocido judicialmente.

La Corte estimó que el Estado no solo debió cumplir con el pago de la pensión ordenado judicialmente de manera inmediata y con especial diligencia y celeridad al tratarse de un derecho alimentario y sustitutivo del salario”, sino que debió haber establecido expresa y claramente qué entidad se encargaría del cumplimiento de la decisión, esclareciendo y reconduciendo de oficio, el trámite a la entidad estatal que estaría a cargo del pago correspondiente. Ello no sucedió en el presente caso, sino que, por el contrario, dicha responsabilidad fue trasladada a la víctima.

En consecuencia, la Corte determinó que el Estado es responsable por el incumplimiento de las sentencias dictadas a favor del señor Muelle Flores; por la creación de obstáculos derivados de la privatización; por la ineficacia del poder judicial para hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia.

En este sentido, el Estado violó el derecho a la tutela judicial efectiva y protección judicial, en perjuicio del señor Oscar Muelle Flores, adulto mayor.

VI.3. El plazo razonable

En cuanto al plazo razonable en relación con la etapa de ejecución de sentencias, la Corte resalta que dicho plazo debe ser más breve debido a la existencia de una decisión firme en relación con una materia con-

creta. Para la Corte, es dable destacar que desde las sentencias dictadas en 1993 y 1999 hasta la fecha, han transcurrido más de 26 y 19 años, respectivamente, los que en una persona de avanzada edad y carente de recursos económicos, han ocasionado un impacto en su situación jurídica. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluyó que las autoridades judiciales no actuaron con el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba el señor Muelle Flores, razón por la cual excedieron el plazo razonable del proceso, lo cual vulnera el derecho a las garantías judiciales.

VI.4. Derecho a la seguridad social

Por otra parte, la Corte se pronunció por primera ocasión respecto del derecho a la seguridad social, en particular sobre el derecho a la pensión, de manera autónoma, como parte integrante de los DESCAs. Sobre este particular señalo que del artículo 45 de la Carta de la OEA, interpretado a la luz de la Declaración Americana y de otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos se puede derivar elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, como, por ejemplo, que es un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla.

En particular el derecho a la seguridad social buscar proteger al individuo de situaciones que se presentarán cuando éste llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado, lo que a su vez podría privarlo de su capacidad de ejercer plenamente el resto de sus derechos. Esto último también da cuenta de uno de los elementos constitutivos del derecho, ya que la seguridad social deberá ser ejercida de modo tal que garantice condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso.

En el caso concreto, el señor Muelle Flores dejó de recibir su pensión el año 1991. Debido a la falta de cumplimiento y ejecución de las sentencias a nivel interno, el derecho a la pensión del señor Muelle Flores no fue garantizado de manera oportuna, sino que, por el contrario, hasta la actualidad dichas sentencias no han sido ejecutadas ya que el proceso correspondiente sigue abierto, por lo que los mecanismos existentes no lograron la concretización material del derecho, lo que constituyó una violación del derecho a la seguridad social.

Además, la Corte determinó que en un contexto de no pago de la pensión reconocida judicialmente, los derechos a la seguridad social, a la integridad personal y la dignidad humana se interrelacionan, y en oca-

siones, la vulneración de uno genera directamente la afectación del otro, situación que se acentúa en el caso de las personas mayores. La Corte determinó que la falta de materialización del derecho a la seguridad social por más de 27 años por el no pago de la pensión de jubilación generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud del señor Muelle, una persona en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad. La vulneración generada por la falta de pago de la pensión se extendió más allá del plazo razonable debido, y al ser este el único ingreso de la víctima, la ausencia prolongada del pago generó indefectiblemente una precariedad económica que afectó la cobertura de sus necesidades básicas, y por ende también su integridad psicológica y moral, así como su dignidad.

VI.5. Reparaciones

La Corte determinó las siguientes medidas de reparación integral a saber: i) restitución de la pensión del señor Muelle Flores, mediante el cumplimiento de las sentencias definitivas dictadas a nivel interno, lo cual incluye que el Estado deberá mantener ininterrumpidamente la atención en salud a través del seguro social ESSALUD, de conformidad con lo establecido en la legislación interna pertinente; ii) publicar de manera íntegra la Sentencia, así como el resumen oficial de la misma; iii) pagar las sumas monetarias fijadas en la Sentencia por los conceptos de daño material e inmaterial, pérdida de ingresos pensionarios, reintegro de gastos y costas, y gastos del Fondo de Asistencia de Víctimas.

Recientemente, el parlamento argentino sancionó la ley 27.700 por la que se le otorga jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN a la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45ª Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015 y aprobada por ley 27.360.⁽¹⁶⁾

VII. LOS ADULTOS MAYORES EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

En la Argentina no hay una ley de protección integral para los ancianos, como si lo hay para las mujeres y para los niños, pero como nuestro país ha ratificado la Convención Interamericana sobre la Protección de

(16) Modi, Carla “La “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores”: implicancia en nuestro derecho a partir de la ley 27.700 —ADLA 2023-2, 39— TR LALEY AR/DOC/125/2023

los Derechos Humanos de las Personas Mayores, existe una protección convencional para la tercera edad.

VII.1. Protección constitucional

No obstante, no existir una legislación específica para el adulto mayor, las políticas de estado en materia de vejez tienen antecedentes en la década de 1940, cuando se establecieron los "Derechos de la Ancianidad" por iniciativa de la Fundación de Ayuda Social, que reconocía el derecho de las personas que habían dado su esfuerzo en bien de la comunidad. Esta conquista, fue incorporada en la Constitución de 1949 que receptó el derecho a la asistencia, los alimentos, vestido, salud, recreación y trabajo del adulto mayor.

Derogada la Constitución de 1949, es recién en el año 1994 cuando la ancianidad recibe protección constitucional. En efecto con la reforma constitucional de 1994, se establecen en el artículo 75, inciso 23, las atribuciones del congreso para promover acciones positivas que garanticen el pleno goce de los derechos de los ancianos.

VII.2. Falta de legislación específica

Por otra parte, si bien los adultos mayores son mencionados específicamente en algunas leyes referidas a salud o a previsión social, por ejemplo respecto de las jubilaciones o a violencia, como decíamos antes, no se ha logrado una ley nacional de protección integral de los derechos de las personas mayores, como si se ha alcanzado en los casos de otros grupos, mencionados en convenciones internacionales específicas, con lo cual para determinar el régimen que los rige hay que bucear en todo el ordenamiento.

VIII. CONCLUSIÓN

Para lograr concretar en la práctica los derechos de los adultos mayores, se necesitó que la comunidad de naciones interamericanas dictara una convención regional, por la cual los Estados se comprometen a establecer mecanismos idóneos para convertir en realidad los derechos de los ancianos, mediante la adopción de medidas positivas tendientes a evitar que, por su vulnerabilidad, no alcancen a gozar de sus derechos humanos básicos.

Dictadas la Convención Interamericana y aggiornadas las leyes nacionales, los datos que muestran la realidad y que plasman las esta-

dísticas, reflejan que los ancianos siguen siendo víctimas de violencia doméstica, sanitaria, y laboral en razón de su vulnerabilidad y que no gozan de igualdad con las demás personas en el ejercicio de sus derechos humanos básicos. Ello nos demuestra la necesidad de una convención internacional de protección integral al adulto mayor y de campañas educativas para instalar el paradigma de su respeto.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contribuye a precisar el contenido de los derechos y el alcance de las obligaciones de los Estados frente a los adultos mayores y su conocimiento coadyuva a otorgar a los operadores del derecho de instrumentos precisos y contundentes para la eficiente protección del adulto mayor.

PENSAR EL CONCEPTO DE IGUALDAD EN PERSPECTIVA DE VULNERABILIDAD: PARA REPOSICIONAR A LA PERSONA EN EL CENTRO DEL DERECHO PRIVADO

POR URSULA C. BASSET (*)

I. UN DERECHO PRIVADO CENTRADO EN LA PERSONA HUMANA

Entre los muchos aportes que se deben a la mente preclara del jurista argentino Guillermo A. Borda, debe destacarse en un lugar central su especial sensibilidad por la persona humana y la centralidad de la consideración que el derecho le debe.

Cíclicamente, en los cultores del derecho se ven seducidos por las tentaciones contra esta centralidad de la persona humana. Una serie de patologías del derecho contemporáneo demuestran lo fácil que es caer en las trampas. Unas veces es la tentación tecnocrática, por ejemplo, cuando se regulan instituciones muy complejas y se pierde en el árbol de la regulación de la institución concreta la vista del bosque, generando un desequilibrio entre esa institución y otras análogas ⁽¹⁾. Otras veces, ataca la tentación sociológica: el derecho presume válidas las prácticas sociales, y simplemente se convierte en un fotógrafo más o menos eru-

(*) Miembro de la Sección de Derecho Familia y Bioderecho del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Esta visión tecnocrática aparece retratada en el prefacio del libro que tomamos como punto de partida. En palabras de Guillermo A. Borda: "...hoy, disipado el deslumbramiento que en su momento ocasionó el vigoroso rigor lógico del maestro vienés [Hans Kelsen], está claro que persona no es un producto del derecho son 'el hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere —sobre todo muere—, el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere' según palabras de Miguel de Unamuno". Guillermo A. Borda, "Prefacio" en Borda, Guillermo A., *La Persona Humana*, La Ley, 2001, Buenos Aires, p. VII.

dito de ellas, renunciando así a su función correctiva y orientadora de la vida social ⁽²⁾. Por ejemplo, cuando se validan prácticas reñidas con la dignidad humana simplemente porque son usuales, como si no fueran usuales tantas prácticas que consideramos prohibidas. Otras más, es la tentación idealista. La defensa de ideales o valores abstractos vela el rostro de la singularidad ⁽³⁾. Por ejemplo, cuando los fallos de los jueces o las leyes regulan principios abstractos y se olvidan del sufrimiento que esas instituciones causan a los más frágiles y vulnerables en la vida social.

Ninguna de estas tres tentaciones hizo sucumbir al gran maestro que esta obra homenajea. Ni siquiera sucumbió al bronce de sustituir el Código centenario de Vélez Sarsfield, sino que, para humanizarlo, le bastó modificar artículos clave y así provocó un cambio de paradigma esencial en la cultura jurídica argentina. ¡Cuánto para decir al derecho contemporáneo tienen su actitud y su enseñanza!

Ese reposicionamiento de la persona humana en la centralidad del derecho se evidencio con una obra tardía de su producción: la edición del libro “La persona humana” publicada en 2001 por editorial La Ley ⁽⁴⁾.

Es un óptimo punto de partida para nuestra contribución, ya que, para ser buen jurista, como sostuvieron Terencio y luego Cicerón “nada de lo humano [puede ser] ajeno” ⁽⁵⁾.

(2) La metáfora del fotógrafo fue magníficamente plasmada por el jurista italiano Giuseppe Cassano: “Del resto di de-giuridificazione dei rapporti si era parlato in un particolare contesto interpretativo, per porre in risalto la posizione di “spettatore” assunta dal diritto di fronte alle libere opzioni dei protagonisti della scena familiare. Un diritto ormai giunto a limitare il proprio raggio d’azione nel “fotografare” i conflitti” En: Cassano, Giuseppe, *Responsabilità e danno nella famiglia dopo la nuova filiazione*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 22.

(3) Lo señala con agudeza Helen Pluckrose en su *Cynical Theories*, que se consagra a analizar las nuevas evoluciones del derecho antidiscriminatorio contemporáneo. En un capítulo se refiere a que el postmodernismo jurídico sufrió la pérdida del individuo y de los universales al mismo tiempo. Es lo que vemos en tantas sentencias en las que la adopción de una perspectiva de análisis se traduce en citas abstractas sin elaboración o vinculación con la concreción del caso: “The postmodern view largely rejects both the smallest unit of society—the individual—and the largest—humanity—and instead focuses on small, local groups as the producers of knowledge, values, and discourses.” Pluckrose, Helen; Lindsay, James A. *Cynical Theories*. Pitchstone Publishing. Edición de Kindle.

(4) Borda, Guillermo A. (Dir.), *La persona humana*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

(5) “*Homo sum, humani nihil a me alienum puto*”, según la cita del *Heautontimorumenos* de Terencio, la notable comedia cuyo título se traduciría como el que se atormenta a sí mismo, en el v. 77. Cicerón la retoma en *De finibus bonorum et malorum*, v. 3,63. Luego Séneca y San Agustín y hasta Miguel de Unamuno vuelven a ella. Recor-

II. LA IGUALDAD DESDE LA VULNERABILIDAD: DEL DERECHO DECIMONÓNICO AL DERECHO MODERNO

Partiendo de esta idea de la centralidad humana y de la empatía requerida para alcanzar la justicia, esta contribución pretende reconsiderar una noción de igualdad que resultó insuficiente para dar cuenta de los conflictos sociales que el derecho enfrenta.

A partir del derecho decimonónico la igualdad supone necesariamente una concurrencia de títulos, una comparación entre derechos subjetivos y una adjudicación de esos derechos según la medida de justicia que corresponda. Esta definición clásica, que viene de los griegos e impregna todavía hoy el pensamiento, distingue entre igualdad conmutativa o correctiva e igualdad distributiva o proporcional. La primera se da entre pares, que negocian entre sí. La segunda se da entre la autoridad que distribuye beneficios según los méritos de cada uno.

El marco de la plasmación del concepto de igualdad en el derecho decimonónico, demasiadas veces se estructuró sobre la categoría abstracta del acto o negocio jurídicos, cuya validez se apoyaba sobre la presumida igualdad de condiciones negociales de las partes o sobre la plena capacidad de las partes, que a su vez tenía como presupuesto el trípode de discernimiento, intención y libertad, todos componentes psicológicos. En ninguno de los dos casos (situación negocial, capacidad subjetiva para el acto), la captación que el derecho hace del fenómeno jurídico da cuenta de circunstancias concretas de cada parte que podrían condicionar el consentimiento o desigualdades coyunturales de las partes en la negociación. Se trata de una igualdad que se apoya en condiciones de posibilidad que son, en realidad, abstractas.

El derecho privado ha ido evolucionando hacia una creciente percepción en concreto de desigualdades de personas en condiciones de vulnerabilidad. En la reforma de 1968 se advierten los prolegómenos de una evolución que, a partir de allí, se hizo cada vez más marcada. Recordemos institutos como el de la nuera viuda sin hijos, o la teoría de la imprevisión, para dar solamente dos ejemplos del albor de una sensibilidad nueva que fue más allá del análisis psicológico del acto jurídico limitado

demos que, en la obra de Terencio, la cita proviene de Cremes, vecino del Menedemo (el torturador de sí mismo, que se castiga porque cree que su hijo murió en la guerra por su culpa). Cremes, indiscreto y viendo esta tortura cotidiana que Menedemo se impone, inquiera acercad el motivo. Menedemo, molesto con la indiscreción le dice a Cremes que se ocupe de sus asuntos, a lo que Cremes responde con la famosa cita.

al discernimiento, la intención y la libertad y la presunción de igualdad negocial. Ambos bajo la impronta de Guillermo Borda.

En el Código Civil y Comercial de 2015, se habla de una “ética de los vulnerables”⁽⁶⁾. Es que la reforma contiene una cantidad de instituciones que trataron de flexibilizar las categorías rígidas que surgen del derecho decimonónico para crear espacio para instituciones como el “abuso de posición dominante”, la “mejora estricta para el heredero con discapacidad”, la posición del cónyuge que menos posibilidades tiene de procurarse una vivienda o valerse por sí frente a la ruptura y sus derechos de reclamar la atribución de la vivienda o la compensación económica, para nombrar algunos ejemplos (en la nota al pie se encuentran otros, propuestos por los directores de la reforma)⁽⁷⁾. Algunas de ellas son una simple prolongación de las reformas introducidas por la ley 17.711⁽⁸⁾, como la lesión subjetiva⁽⁹⁾, la protección de la buena fe negocial (que protege a los vulnerables, porque mantiene un estándar debido y esperable), la equidad del antiguo art. 907 o del art. 1609 Cód. Civil. la mitigación de los abusos en el ejercicio de los derechos subjetivos individuales con la figura de abuso del derecho del antiguo art. 1051 Cód. Civil. Algunos dispositivos ya venían del Código de Vélez Sarsfield, el cual, pese a su impronta individualista, en materia de personas y familia había siempre sabido apartarse oportunamente de las fuentes francesas: tal el caso de la protección de la mujer en el derecho sucesorio o del niño no nacido en el derecho de las personas⁽¹⁰⁾.

La fuente contemporánea de esta manera de abordar el derecho abrevia en forma directa de la copiosa jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos sobre “categorías de sujetos vulnerables” o “sectores de sujetos vulnerables”⁽¹¹⁾. Esta denominación es engañosa.

(6) Lorenzetti, Ricardo, Highton de Nolasco, Elena, Kemelmajer de Carlucci, Aída R., “Presentación del Código Civil y Comercial”: “El Proyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. Los ejemplos son numerosos: la protección de la vivienda (art. 244), de otros bienes (art. 744), y el derecho del consumidor que tratamos en el punto siguiente.”

(7) Ver supra.

(8) Ver Budano Roig, Antonio, “La ley 17.711 y la vigencia de los principios”, en *Prudentia Iuris*, 2018, p. 211-222.

(9) Ver al respecto el estudio de Moisset de Espanés, Luis, “La lesión en el nuevo Art. 954 del Código Civil argentino y en algunas legislaciones modernas”, *Anuario de Derecho Civil*, 1976, p. 85 y ss.

(10) Al respecto, ver la parte histórica de nuestra tesis doctoral: Basset, Ursula C., *Calificación de Bienes en el Matrimonio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

(11) Hemos estudiado esta copiosa representación jurisprudencial en distintos artículos y trabajos. Al respecto, Basset, Ursula C., Fulchiron, Hugues R., Bidaud-Ga-

Da lugar a pensar que hay taxonomías más o menos clausuradas con las que etiquetar a determinados grupos de personas según sus accidentes de edad, sexo, etnia o habilidades psíquicas o físicas. Esa idea no sería muy distinta del abordaje abstracto del derecho decimonónico, seguiría creando categorías más precisas, pero siempre abstractas. Por ejemplo, decir que una mujer es vulnerable por definición (porque pertenece a la categoría), puede ser, como sostuvo otrora Mahatma Ghandi, faltarle el respeto ⁽¹²⁾. Hay mujeres que están en mejores condiciones negociales que sus contrapartes y otras que no. Todo depende del contexto concreto. Es curioso porque hay un feminismo que pretende encerrar a la mujer en una “categoría vulnerable” y así cae en un nuevo paternalismo restrictivo de su capacidad de agencia ⁽¹³⁾. Hoy en día, los abordajes más modernos no ven la vulnerabilidad en blanco y negro, sino en escalas de grises.

Más aún, hablar de categorías de sujetos vulnerables acaba siendo poco eficaz para abordar los casos de vulnerabilidades cruzadas, que son enormemente usuales en la práctica jurídica. Un niño reclama alimentos a su padre con la representación de su madre. Como el padre no paga, se reclaman subsidiariamente a los abuelos. Ahora bien, los niños son vulnerables y los abuelos son vulnerables. La lógica de las “categorías” nos deja empantanados para demasiados supuestos ⁽¹⁴⁾.

ron, Christine, Lafferriere Nicolás, *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2017. O, Basset, Ursula C., “Fallar con perspectiva de vulnerabilidad”, *Revista del Código Civil y Comercial*, La Ley, 2021, p. 5 y ss. También, Basset, Ursula C., “Perspectiva de vulnerabilidad”, en Basset, Ursula C, Santiago, Alfonso, *Tratado de derecho constitucional y convencional de familia y personas*, en La Ley, Buenos Aires, 2022, T. I, p. 350 y ss.

(12) “To call woman the weaker sex is a libel; it is man’s injustice to women. If by strength is meant brute strength, then, indeed, is woman less brute than man. If by strength is meant moral power, then woman is immeasurably man’s superior.” De *The Mind of Mahatma Gandhi*, compilado por R. K. Prabhu y U. R. Rao. Oxford University Press, London, in March 1945, p. 112.

(13) La referencia en general es al tópico de la mujer víctima en algunos feminismos. Ver por ejemplo, Wolf, Naomi, *Fire with fire*, 1994, Vintage, Random House, Londres, 1993, p. 212, “The focus of some feminists, like Andrea Dworkin, Catharine MacKinnon, and Adrienne Rich, on female victimization at the expense of female agency, derives from conditions that once applied more than they do now. During the early 1970s women were indeed overwhelmingly silenced and negated but the genderquake means that the rationale of this kind of feminism is becoming obsolete. Virtually every women’s political organization, and most grassroots groups, seek power-feminist goals. But the language of victim feminism often dominates discussion of the movement in the mass media.” Pero también los estudios de Martha Nussbaum.

(14) Sobre esto: Fineman, Martha Albertson, *Beyond Identities: The Limits of an Antidiscrimination Approach to Equality* (December 1, 2012). Boston University Law

Ambos callejones sin salida (el del abordaje en blanco y negro y el de las vulnerabilidades cruzadas) se resuelven con la evolución más moderna del concepto de vulnerabilidad, al que nos referimos a continuación.

III. LA VULNERABILIDAD COMO CONCEPTO UNIVERSAL QUE SE DISTRIBUYE DE MANERA DESIGUAL

Didier Fassin, antropólogo, sociólogo y médico, profesor de Princeton, en su lección inaugural del Collège de France se refirió largamente al concepto de vulnerabilidad, para abordarlo desde la repartición desigual de las vulnerabilidades. En su libro, publicado luego, bajo el título "*L'inégalité des vies*" (la desigualdad de las vidas) se refería precisamente las condiciones distintas en las que se encuentran las personas humanas en relación a la salud ⁽¹⁵⁾. Un estudio argentino recientemente confirmaba la hipótesis: depende en qué área de Buenos Aires se habite, la expectativa de vida será mayor o menor ⁽¹⁶⁾. Las mujeres tienen más expectativa de vida que los hombres ⁽¹⁷⁾. No es para nada evidente que vivir en contextos socioculturales de mayores ingresos aumente la expectativa de vida. La mejor calidad de vida se da en barrios de clase media no céntricos: Villa Pueyrredón, Villa Urquiza, Coghlan, Saavedra, Núñez, Belgrano, Colegiales y Palermo son los mejores barrios para vivir. Ni Recoleta, ni San Nicolás ni el microcentro, pero tampoco los barrios de mayor pobreza.

En realidad, la vulnerabilidad expresa la potencialidad de poder ser heridos, que se verifica de manera desigual. La desigualdad de la potencialidad se centra más en factores circunstanciales que en categorías abstractas, dado que la vulnerabilidad es una característica uni-

Review, Vol. 92, No. 6, 2012, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2192316> Y también: Fineman, Martha Albertson, *Beyond Equality and Discrimination* (May 21, 2020). SMU Law Review, Forthcoming, Emory Legal Studies Research Paper 20-18, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3607270>

(15) Ver Fassin, Didier, *De l'inégalité des vies*, Paris, Fayard, Collège de France, coll. «Leçons inaugurales», 2020.

(16) Giambartolomei, Mauricio, "Como cambia la expectativa de vida de los habitantes de Buenos Aires, según el barrio donde se reside", accesible en: <https://www.lanacion.com.ar/buenos-aires/como-cambia-la-expectativa-de-vida-de-los-habitantes-de-buenos-aires-segun-el-barrio-donde-se-reside-nid30052023/> (Consultado el 23/7/2023), basado sobre un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo, que puede consultarse en <https://ciudades.cepal.org/2018/es/node/22>

(17) 72,5 años, los hombres; 80,3, las mujeres.

versal, pero la posibilidad de ser dañados se exagera en determinadas circunstancias.

IV. FINITUD, CONDICIÓN HUMANA QUE HACE POTENCIALMENTE POSIBLE SER HERIDOS (SIEMPRE DE MANERA DESIGUAL)

Las vulnerabilidades no vienen solo de la pobreza, de la condición indígena, del hecho de ser mujer o niño o anciano, sino que su origen está en la corporeidad y la finitud humana. Vulnerabilidad proviene etimológicamente del concepto de poder ser dañado (vulnera: herida, el sufijo “bilidad” expresa la condición). Se trata de un potencial. No se trata de sujetos ya dañados, sino de los que corren el riesgo de serlo.

El Diccionario de la Real Academia define al sujeto “vulnerable” como aquél que “puede ser herido o recibir lesión física o moralmente”. El Oxford English Dictionary define “vulnerability” como “the quality or state of being exposed to the possibility of being attacked or harmed, either physically or emotionally” (la cualidad o estado que resultan de estar expuesto a la posibilidad de ser atacado o herido ya sea física o emocionalmente). En francés también se usa el término “vulnérable”. En este caso, el Diccionario Larousse define: “Qui est exposé à recevoir des blessures, des coups (...). Qui est exposé aux atteintes d’une maladie, qui peut servir de cible facile aux attaques d’un ennemi: Une position vulnérable. Qui, par ses insuffisances, ses imperfections, peut donner prise à des attaques: Une argumentation vulnérable.” (quien está expuesto a ser herido o recibir golpes, quien está expuesto a una enfermedad o puede ser presa fácil para los ataques de un enemigo, quien, por sus insuficiencias o imperfecciones puede dar lugar a esos ataques). El italiano también tiene el término “vulnerabile”, aunque su uso no es tan frecuente como en otras lenguas. El Diccionario Treccani informa: “Che può essere ferito (...). Più com. in senso estens. e fig., che può essere attaccato, leso o danneggiato (...); o, riferito a persona, debole, eccessivamente sensibile, fragile: ha un carattere, o una personalità, vulnerabile.” (otra vez es quien puede ser herido, en sentido extenso quien puede ser atacado, lesionado o dañado o, referido a una persona, que es débil, excesivamente sensible o frágil).

De las lenguas occidentales, hay lenguas que no recogen la raíz latina de *vulnere* (lastimar). El alemán, por ejemplo, utiliza diversas palabras para traducir el español vulnerable. El diccionario Langenscheidt se refiere a *verwundbar*, *verletzlich* o *empfindlich*. *Verwundbar* es alguien que puede ser lastimado, lo mismo “*verletzlich*”. En tanto, *empfindlich*

significa sensible. Referido al ámbito de los derechos fundamentales, el término utilizado es *verletzlich*, derivado del verbo *verletzen* que es lastimar. En cambio, el sustantivo *Vulnerabilität* se encuentra documentado y es de uso frecuente en alemán en forma equivalente al español vulnerabilidad.

Es interesante advertir que en todas las lenguas aparece la noción de *potencialidad*: quién puede ser lastimado o herido, quien es susceptible de serlo. No obstante, en algunas lenguas, vulnerable significa no sólo un riesgo, una amenaza o una eventualidad, sino una *condición* que tiene la persona que padece ese riesgo: una sensibilidad al daño o incluso, una fragilidad.

No sólo puede pensarse que *hay una continuidad entre la potencialidad y la condición*, en el sentido de que un riesgo de daño vulnerabiliza al sujeto que está constantemente expuesto, sino también que el deslizarse del significado de vulnerabilidad de la noción puntual de riesgo o amenaza externa a la condición interna de la víctima supone un cambio de perspectiva de naturaleza ontológica. Es pasar de un riesgo abstracto, a un sujeto concreto que se ve fragilizado existencialmente. Más aún, es un paso intermedio hacia la consideración de la vulnerabilidad como un concepto que describe una condición concreta de un sujeto amenazado hacia la noción de la vulnerabilidad como una condición inherente de la naturaleza humana, que eventualmente puede ser compartida por todos.

V. UNA DEFINICIÓN

La vulnerabilidad es una condición humana universal. Todos podemos ser heridos, algunos somos más susceptibles que otros. Es el punto de partida de la resiliencia, que viene de la solidaridad social en esa vulnerabilidad compartida. La vulnerabilidad refuerza la dignidad de lo frágil en el sistema jurídico.

Como herramienta jurídica, es una relectura del concepto de igualdad que permite reinscribir a la persona humana en su trama relacional y desde allí, colaborar en su resiliencia y fortalecimiento, incluso en forma creativa.

Puede definirse como una perspectiva de análisis del fenómeno jurídico (normativo y fáctico). Permite visibilizar desigualdades que son imperceptibles sin el recurso a la empatía que surge de esta perspectiva

y así maximizar la norma para que sea la que mejor proteja a la persona humana.

Algunos la conceptualizan como una categoría o un sector: estas categorizaciones pueden tener alguna utilidad, pero al mismo tiempo desarticulan el carácter flexible del concepto y pueden estigmatizar. En cambio, la vulnerabilidad como condición universal, nos sitúa en un plano en el que la vulnerabilidad es una condición inherente a todo ser humano y de la igual dignidad, cualquiera sea la situación relativa.

Sus funciones son: a) de sensibilización (diagnóstico o percepción de la *fattispecie*), b) de perspectiva (de percepción o interpelación de la norma para la calificación jurídica), c) hermenéutica, interpretativa, o excepcionalmente rectificatoria o correctiva (por equidad) una vez ya realizada la calificación jurídica, c) una vez arribada la calificación, es una herramienta de abordaje e intervención (resiliencia y fortalecimiento).

Recupera la dignidad del sufrimiento humano, su naturaleza social y relacional y su unicidad. Dignifica no sólo al justiciable, sino que también humaniza al operador.

VI. VULNERABILIDAD COMO CONDICIÓN UNIVERSAL, Y POR QUÉ ES RELEVANTE PARA RECONSIDERAR LA IGUALDAD

La vulnerabilidad demostró ser un concepto de enorme riqueza y plasticidad, no sólo en el abordaje metodológico de la desigualdad, sino también en su matriz teórica. El concepto de vulnerabilidad, así como lo entendemos, desarticula toda categoría porque explica la raíz de todas ellas: la vulnerabilidad es una condición propia (universal) de la naturaleza humana. Ser vulnerable implica la posibilidad de ser herido en algún momento de la vida. Y, ¿quién no puede ser acaso dañado potencialmente?

En este sentido, la vulnerabilidad recupera la función antropológica de la igualdad profunda de todo individuo perteneciente a la especie humana, con independencia de su grado de desarrollo, estadio vital, conciencia de sí, posicionamiento social, ideológico o religioso, pertenencia racial o nacional ⁽¹⁸⁾. En la vulnerabilidad universalizada, todos son igualmente dignos.

(18) Dice Catalina E. Arias de Ronchietto citando a Grygiel: "A su vez, con hebras de la misma urdimbre, de la misma inquietud (...) Grygiel nos indicau que "cuándo respondemos a la pregunta de qué es la vida, la vida humana= de form aimplícita res-

La misma superficie de la corporeidad hace que estemos expuestos al riesgo y al daño: somos frágiles en los primeros momentos de nuestra existencia, por la enfermedad, por la vejez, por ser mujer, por el color de piel, la raza, la etnia. Nuestra corporeidad nos arraiga y al mismo tiempo nos fragiliza. La existencia corpórea es una metáfora de nuestra presencia psíquica y espiritual, ligada al contexto histórico y personal, con todo lo que esta exposición supone en términos de riesgos de sufrir daños. Sólo los muertos no pueden ser dañados. Quién está vivo, por el solo hecho de estarlo, vive en estado de constante exposición.

Esta teoría de la vulnerabilidad como condición dependiente de una existencia encarnada y arraigada en el tiempo, en un contexto de relaciones y de ideas ha sido objeto de diversos estudios y nosotros mismos hemos tenido ocasión de estudiar el impacto en la jurisprudencia de los tribunales regionales comparados ⁽¹⁹⁾. Recientemente, en una nueva publicación, se corrobora este creciente arraigo de esta visión universalista en un estudio sobre la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos ⁽²⁰⁾. Quedan atrás las conceptualizaciones de “grupos vulnerables” o “clases de sujetos vulnerables” que tienden a distinguir un “ellos” ⁽²¹⁾ de un “nosotros” y en ese sentido son estigmatizantes ⁽²²⁾ ya que perpetúan estereotipos. Estas categorizaciones, en el fondo, responden al abordaje que podemos encontrar en la jurisprudencia de los más elevados tribunales, que es más bien de una flexibilidad y sensibilidad enorme.

pondemos también a la pregunta previa de qué es el hombre= y pese a que la respuesta sólo puede ser una(...) atraídos por nuestra razón más que por el hecho de ser hombres, nos empeñamos en construir diferentes hipótesis sobre nosotros mismos (...) hasta que la verdad nos traspasa mediante el dolor causado por la realidad inevitable de ser mortales”. Arias de Rochietto, Catalina E., “Persona Humana, Ingeniería Genética y Procreación Artificial” en Borda, Guillermo A., La persona humana, p. 16.

(19) Ver Basset, Ursula C., Fulchiron, Hugues, Bidaud Christine, Lafferrière, Nicolás, Tratado de la vulnerabilidad, Buenos Aires, La Ley, 2017. Accesible en: https://www.academia.edu/59928815/Tratado_de_la_Vulnerabilidad

(20) Heri, Corina. “Theoretical Scene-Setting – Vulnerability Theory.” *Responsive Human Rights: Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR*. Oxford: Hart Publishing, 2021. 22–28. *Modern Studies in European Law*. Bloomsbury Collections. Web. 17 Oct. 2022. <<http://dx.doi.org/10.5040/9781509941261.ch-002>>.

(21) “A ‘them’ problem or an ‘unfortunate other’ problem” como resume Kimberlé Crenshaw, quien ha ideado el concepto de interseccionalidad en un reportaje que le hacen en el diario Time en 2020: Kimberlé Crenshaw, Intersectionality, febrero 2020 (<https://time.com/5786710/kimberle-crenshaw-intersectionality/>)

(22) Sobre esto, Huth, Martin, “*The Dialectics of Vulnerability. Can We Produce or Exacerbate Vulnerability by Emphasizing it As a Normative Category*”, *Philosophy Today*, Vol. 64, Issue 3 Summer 2020, pp. 557-576.

Si se entiende la vulnerabilidad como un concepto común a la condición de ser humano, de por sí, importa cambios sustanciales. Estos cambios sustanciales son esencialmente los siguientes:

- El punto de partida del derecho es la común dignidad, no la diferencia de categorías, pues se derriban las categorías ficticias que separan unos seres humanos de otros y así la raíz misma de la discriminación, que es la clasificación ⁽²³⁾.

- La empatía resulta posible, pues el derecho no se piensa en un “nosotros” y un “ellos” categorial, sino en términos de un “otro yo”. La percepción de la fattispecie jurídica se transforma completamente: el otro sufriente no es otro, sino otro yo: es posible la empatía como método del derecho en la instancia perceptiva del fenómeno jurídico.

- La autonomía individual se debilita como aspiración principal del derecho, pues se advierte que nadie es completamente autónomo, pues la condición humana, en más o en menos, está hecha de interdependencias. Así, no es posible seguir abonando el mito de la autonomía individual como regla absoluta del derecho ⁽²⁴⁾, sino que es necesario aceptar la creciente tendencia a pensar en una autonomía relacional ⁽²⁵⁾, en exhi-

(23) El derecho es siempre clasificar para adjudicar consecuencias, el problema no es clasificar situaciones para la calificación legal y la adjudicación subsecuente, sino que es el de clasificar personas en grupos diferenciados, lo que, como se ha señalado, constituye una forma de subordinación.

(24) Sobre el mito de la autonomía individual y sus desarrollos actuales, ver: Schneewind, Jerome, *The Invention of Autonomy*, Cambridge University Press, 1997. O Fineman, Martha, *The Autonomy Myth. A Theory of Dependency*, New York Press, New York, 2004

(25) Sobre autonomía relacional ha habido grandes avances. Ver p. ej. Russell, Roberto, and Juan Gabriel Tokatlian. “From Antagonistic Autonomy to Relational Autonomy: A Theoretical Reflection from the Southern Cone.” *Latin American Politics and Society*, vol. 45, no. 1, 2003, pp. 1–24., doi:10.1111/j.1548-2456.2003.tb00230.x.: Christman, John. “Relational Autonomy, Liberal Individualism, and the Social Constitution of Selves.” *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, vol. 117, no. 1/2, 2004, pp. 143–64. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/4321441>. Accessed 17 Oct. 2022. Westlund, Andrea C. “Rethinking Relational Autonomy.” *Hypatia*, vol. 24, no. 4, 2009, pp. 26–49. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/20618179>. Accessed 17 Oct. 2022. Friedman, Marily, “Relational Autonomy and Individuality”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 63, Issue 2, Spring 2013, pp. 327–341. Mackenzie, Catriona, Stoljar, Natalie, *Relational Autonomy, Feminist Perspectives on Autonomy Agency and Social Self*, Oxford University Press, Oxford, 2000. Herring, Jonathan, *Relational Autonomy and Family Law*, Springer, Londres, 2014. Davy, Laura, “Between an Ethic of Care and an Ethic of Autonomy. Negotiating relational autonomy, disability and dependency”, *Journal of the Theoretical Humanities*, Vol. 24, 2019, Issue 3 Relationality, pp. 101–114.

bir dependencias recíprocas y así reinscribir al derecho en una trama de responsabilidades compartidas en torno al bien individual y común ⁽²⁶⁾.

El cambio teórico, si sigue este razonamiento, es radical. Como vimos más arriba, sin embargo, se trata de un cambio al que el derecho privado ha sido crecientemente recepticio desde la reforma humanista de 1968, y que hunde remotamente sus raíces en algunas intuiciones de Vélez Sarsfield ⁽²⁷⁾.

También en el ámbito procesal se encuentran instituciones imbuidas de estas ideas. Este concepto está implícito en otros como la noción de carga dinámica de la prueba, tutelas jurídicas diferenciadas, justicia restaurativa, o también en la amplificación de las redes de fortalecimiento en las intervenciones frente a sujetos con restricciones a la capacidad o en la infancia, en la concepción del nuevo orden público contractual y obligacional. Está presente en instituciones diversas que recorren transversalmente el derecho privado y el derecho público (pensemos en acceso a justicia, derecho del consumo, digitalización del derecho, derecho a la privacidad, y podríamos seguir).

En todos los casos se trata de un derecho sensible a la vulnerabilidad y con dispositivos capaces de reaccionar frente a la estimulación de una distribución desigual o desproporcionada del riesgo de daño.

Si el derecho decimonónico pensaba la igualdad en clave de sujetos fuertes, con patrimonio y con posibilidad de elegir, la perspectiva de vulnerabilidad, en cambio, invierte la óptica y piensa el derecho desde la fragilidad compartida. Y esto impacta tanto en el abordaje del operador, como en la concepción de la posición de las partes.

(26) Sobre la idea de responsabilidad como idea clave: Ver no solo el trabajo central de Finneman, ampliamente citado aquí y que constituye una referencia, sino también de Fineman, "The vulnerable subject: Anchoring Equality in the human condition", publicado en *Transcending the Boundaries of Law*, Routledge-Cavendish, Londres, 2010 (con cerca de 2000 citas). O también Fineman, "Vulnerability and Inevitable Inequality" en *Oslo Law Review*, Vol. 4, Iss. 3, 2017, pp. 133-149, accessible por open access: <https://www.idunn.no/doi/full/10.18261/issn.2387-3299-2017-03-02>. Fineman, Martha Grear, Anna, (ed). *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate, 2013. Y, finalmente: Fineman, Martha, Mattsson, Titti, Adersson, Ulrika, *Privatization, Vulnerability, and Social Responsibility. A Comparative Perspective*, Routledge, Londres, 2017.

(27) P. ej. la cita más arriba de Lorenzetti para el nuevo Código Civil y Comercial. Sin embargo, sobre los valores que informaron la reforma de 1968: Budano Roig, Antonio, "LA LEY dec.-ley N.º 20.530. 17.711 Y LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS", *Prudentia Iuris*, 2018.

VII. LA EMPATÍA Y SU FUNCIÓN EN LA PERCEPCIÓN DEL FENÓMENO JURÍDICO, DE LA ESPECIE

Desde el punto de vista metodológico, el concepto implica un cambio trascendente porque impacta en la actitud del operador judicial. La vulnerabilidad redefine el momento de encuentro con la especie del caso a partir de la capacidad de empatía, porque, como la vulnerabilidad es una condición universal, ya no es la condición de un “otro” distinto a mí, sino de otro como un “otro yo”⁽²⁸⁾: lo que le sucede al otro, la pobreza, la enfermedad, la discapacidad, la soledad, el sufrimiento, es algo que podría ocurrirme a mí, y, de hecho, tal vez me ocurra. Se desarticula la condición de lo ajeno. Nada de lo humano me es ajeno, condición para ser jurista (retomando la obra de Terencio)⁽²⁹⁾.

El concepto de vulnerabilidad tiene además la ventaja de reinscribir la igualdad en la tradición de la noción de fraternidad humana, que está implícita en los Tratados internacionales. La vulnerabilidad hace visible esa conexión profunda desde la fragilidad de todo lo humano. Así también cumple una función de sensibilización. Martha Fineman, una de las principales teóricas del concepto de vulnerabilidad, en uno de sus artículos de referencia, lo expresó de esta manera: “La vulnerabilidad se afirma como una característica que nos posiciona en relación, unos con otros, como seres humanos y que también sugiere una relación de responsabilidad entre el Estado y el individuo”⁽³⁰⁾.

VIII. LA VULNERABILIDAD Y SU CONTRIBUCIÓN EN LA CORRECCIÓN DE LA IGUALDAD

Martha Fineman, teórica norteamericana a la que se deben los desarrollos principales de esta teoría. escribió:

La versión de la igualdad que implica ser tratados de la misma manera ignora contextos, así como diferencias en circunstancias y habilidades de las partes cuyo igual tratamiento se compara. Todavía más perplejidades despierta el hecho de que la doctrina de la igual protección ignora las inequidades existentes y las circunstancias y presume

(28) Pensamos aquí en los desarrollos teóricos de Ricoeur en *Sí mismo como otro*, Ed. Siglo XXI, 1996.

(29) Cfr. Supra, en la introducción de este trabajo.

(30) Fineman, Martha, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, Emory Law Journal, Vol 60, 2010, pp. 251 and ff.

una equivalencia de posición y de posibilidades. Semejante aproximación estrecha a la igualdad no puede ser utilizado para combatir la creciente inequidad en riqueza, posición y poder que experimentamos en Estados Unidos en las pasadas décadas ⁽³¹⁾.

Por otro lado, la vulnerabilidad como condición universal tiene la ventaja de desarticular el derecho antidiscriminatorio, de tendencia categorial. El demasiado apego a las categorías potencia la política de la identidad, creando *ghettos* identitarios; la vulnerabilidad, en cambio, lejos de antagonizar o encerrar perceptivamente a grupos de sujetos en categorías (lo cuál de suyo encierra el riesgo de discriminación estructural), acentúa la condición común por sobre la diferencia. En ese sentido supone, como vimos más arriba, un abordaje superador.

Incluso para categorías de sujetos vulnerables, siempre subsiste el riesgo de reconocimiento, la creación de estereotipos categoriales, el control social, la creación de una ética que, en lugar de fortalecer, desempodere, y la problemática de plantear la vulnerabilidad como una estructura opuesta a la resiliencia ⁽³²⁾.

La clase crea una superioridad para el que la enuncia: la tutela de “los vulnerables” (mujeres, niños, adultos mayores, pobres, personas con problemas de salud mental, poblaciones indígenas) subrepticamente crea la categoría de “ellos” (débiles, desafortunados, caídos en desgracia) y “nosotros” (fuertes, distintos, con capacidad de decisión) ⁽³³⁾. La vulnerabilidad ofrece un mecanismo saludable de interpelación: no hay un “ellos” y un “nosotros”, sino sólo “otros yo”, la categoría de otredad no aísla, sino que crea un continuo de fraternidad social unida por una vulnerabilidad que se expresa en forma diferenciada y concreta en cada caso y que el operador está llamado percibir y a sensibilizarse con ella desde la igual dignidad de ambos: operador y usuario del servicio de justicia.

(31) Fineman, Martha, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, Vol 60, 2010, pp. 251 and ff.

(32) Huth, Martin, “The Dialectics of Vulnerability. Can We Produce or Exacerbate Vulnerability by Emphasizing it As a Normative Category”, *Philosophy Today*, Vol. 64, Issue 3 Summer 2020, pp. 557-576.

(33) Ver en este sentido la inteligente observación de Kimberlé Crenshaw, citada más arriba, aun cuando su obra es cultora de las diferencias. El reportaje que citamos aparece como una inteligente revisión de ellas. Kimberlé Crenshaw, *Intersectionality*, Febrero 2020 (<https://time.com/5786710/kimberle-crenshaw-intersectionality/>)

Al no partir de una visión categorial de la desigualdad, su función perceptiva se ensancha y se hace dúctil para percibir una pluralidad de vulnerabilidades y no sólo aquellas que resultan categorialmente en las enunciaciones de los tratados. Cumple así con la estrategia de “descategorización” que tienen todas estas enunciaciones al referirse, al final de ellas, al giro que dice “o cualquier otra condición”. Es que toda enunciación de categorías es necesariamente limitativa y excluye tantas otras vulnerabilidades no enunciadas, o vulnerabilidades superpuestas. Al hablar de vulnerabilidad, no sólo se desarticula la idea de que el sujeto que pertenece a tal categoría es un “otro distinto”, sino que queda acentuado el elemento común. Ya no hay fuertes y débiles, blancos y negros, niños y viejos; hay vulnerables en cada una de esas categorías.

Eso no significa que deba prescindirse de la orientación insuficiente que proveen las categorías, sino que la vulnerabilidad es una estrategia de salida para una interpretación cerrada y clasista, que sólo empeora creando grupos identitarios y nuevas divisiones, donde el enfoque debería crear igualdad. Todos estos problemas expresan bien la problemática de las políticas de la identidad y el remedio de la clasificación: la clasificación engendra discriminación, no la resuelve.

En este sentido, Fineman ha sostenido que:

Este abordaje de la desigualdad ha causado una dinámica perversa que resulta frecuentemente en enfrentar un grupo protegido contra otro, dividiendo aquellos que, en otras circunstancias, podrían ser aliados en la lucha por una sociedad más justa, así como generando una política del resentimiento que terminará en un efecto rebote de parte de aquellos que no se perciben en ninguno de los grupos favorecidos por la igual protección. Otro efecto perverso surge de los requisitos del proceso para hacer valer la discriminación. En aras de obtener esta protección, los que demandan la protección deben establecer una historia probada de discriminación contra el constructo del grupo identitario, lo que obliga a una narrativa en orden a incluir o excluir personas de la categoría protegida, para demostrar la acumulación de elementos discriminatorios suficientemente prolongada para dar lugar a la discriminación histórica ⁽³⁴⁾.

Esta insuficiencia denunciada por Fineman del concepto de igualdad para abordar las inequidades sociales impacta en el derecho antidiscriminatorio.

(34) Fineman, Martha Albertson, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, publicado en *Emory Law Journal*, Vol. 60, Emory Public Law Research Paper No. 10-130, disponible online en: <https://ssrn.com/abstract=1694740> (consultado con fecha 05/07/22)

IX. UNA IGUALDAD HUMANIZADA O UNA VULNERABILIDAD IGUALIZANTE

La igualdad es indudablemente el componente formal del derecho. Se trata de una igualdad que se verifica en el objeto terminativo de la justicia que es dar a cada uno la medida que le corresponde. Ahora bien, pensar la igualdad en términos de acto jurídico y de la ficción de equivalencia de sujetos jurídicos y derechos tiene un costo alto en términos de justicia.

Si bien la ley está forzada a tener enfoques abstractos (y aun así debería ser sensible a hipótesis de vulnerabilidad), es la justicia, que pone en diálogo la ley con la interpelación de la *fattispecie*, la que realiza esa justicia del modo más perfecto, más aún que la idea prístina del legislador. La justicia del caso concreto es una justicia reificada, hipostasiada, que tomo cuerpo en la vida social.

Ignorar circunstancias, relaciones, contextos que colocan en pie de desigualdad es una forma de robarle a la concreción su coyuntura, y así a la persona humana sus circunstancias vitales que pueden ser altamente condicionantes según la relación jurídica de que se trate, su objeto y su destino o finalidad jurídica. Si los actos se clasifican por los objetos, no sorprende que el consentimiento para ellos exija calificaciones mayores según la gravedad del objeto del acto (pensamos, por ejemplo, en el consentimiento matrimonial o el consentimiento médico). Si el objeto del acto es un testamento, que importe una distribución universal de cara a la muerte, el derecho obliga al sujeto a que tome resguardos de forma y a que tenga una capacidad calificada (en el caso, la mayoría de edad como sin autonomía progresiva) para otorgar el acto. Esa sensibilidad del derecho a las circunstancias, objetos y fines de demuestra un derecho en grises, capaz de percibir susceptibilidades de ser dañados que se dan de forma diferenciada, según el tipo de relación de que se trate y según el objeto y las circunstancias.

El derecho, sobre todo el de familia y personas (al que oportunamente hemos acusado de un notable retraso evolutivo en relación con las demás instituciones de derecho civil en este punto), todavía tiene una senda que recorrer. Hará bien en abreviar en la saludable doctrina que durante tantos años sostenidamente recuperó el personalismo como un valor centrípeto del derecho. Una luminaria en el camino es el pensamiento lúcido de Guillermo A. Borda, hoy continuado en sus hijos Guillermo y Alejandro (de ambos, mucho que ilustrarse).

Como epígono, permítasenos la bellísima cita, nunca agotada, del parágrafo 105 de la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte IDH:

En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

O, el voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade, que nos recuerda que las novedades en el derecho son menos nuevas de lo que parecen pues la vulnerabilidad del ser humano es la constante que lo vertebraba desde sus raíces hasta hoy:

Los hechos del presente caso traen a colación ante esta Corte, una vez más, la cuestión recurrente de la vulnerabilidad e inseguridad propias de la condición humana. La inevitabilidad del sufrimiento humano parece demostrada a lo largo de los siglos y la frágil condición humana ha sido siempre objeto de reflexión, inclusive en nuestros tiempos. De la época de Esquilo, Sófocles y Eurípides a nuestros días, la perennidad y actualidad de la tragedia se han hecho manifiestas en la vida de millones y millones de seres humanos de sucesivas generaciones. Es difícil encontrar quien no la haya de algún modo experimentado o de ella tenido noticia. La tragedia, hoy día como en el siglo V a.C., encuéntrase cotidianamente presente en el cotidiano de millones de seres humanos, de lo que da testimonio el ejemplo de los hechos del presente caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury, víctimas de la brutalidad humana como tantas otras, de quienes uno ni siquiera tiene noticia, en todas partes, a lo largo de los tiempos ⁽³⁵⁾.

En el terreno del derecho, de ayer, de hoy y de siempre, se espera la respuesta de una igualdad humanizada o una percepción y empatía de la vulnerabilidad que sea igualizante.

(35) Cançado Trindade, Humberto, Voto Razonado, Hermanos Gómez Paquiyaury v. Perú, nro. 1, Sentencia del 8 de julio de 2004.

AJUSTES RAZONABLES, PERSONAS DE CONFIANZA, APOYOS Y SALVAGUARDIAS. LAS ASISTENCIAS EN FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ^(*)

POR ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI ^(**)

I. AJUSTES RAZONABLES, PERSONAS DE CONFIANZA, APOYOS Y SALVAGUARDIAS

La capacidad y su contraparte la discapacidad cuentan con un nuevo tratamiento legislativo en el Perú que ha implicado una gran reforma en el Código Civil (en adelante Cód. Civil), a través del Decreto Legislativo (DLeg) 1377⁽¹⁾ que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes y, principalmente, por el DLeg 1384⁽²⁾ que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, y su Reglamento el DS. 016-2019-MIMP⁽³⁾ (en adelante Reg.);

(*) El presente artículo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación de Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, Perú y de la continuación del Proyecto de Investigación de esta misma Universidad PI.61.006.2020: “El nuevo tratamiento de la capacidad en el Derecho Civil peruano. Un necesario análisis transversal de la capacidad en los distintos libros del Código Civil”, IP. Enrique Varsi Rospigliosi. Publicado bajo el nombre de Las asistencias en favor de las personas con discapacidad en el Derecho peruano, en Woolcott-Oyague, O., Monje-Mayorca, D., Pérez, A., Guío-Camargo, R. E., & Vara-Rospigliosi, E. (2022). La colisión de los derechos individuales en tiempos contemporáneos: estudios sobre la privacidad, la salud, la propiedad, la justicia y la capacidad. Editorial Universidad Católica de Colombia.

(*) Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

(1) DOEP., 24/08/2018.

(2) DOEP., 04/09/2018.

(3) DOEP., 25/08/2019.

asimismo, como por el DLeg. 1417⁽⁴⁾ que promueve la inclusión de las personas con discapacidad.

Esta nueva normativa nacional se adecúa a las directrices de las Naciones Unidas en pro de la autonomía y la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, concordando la legislación nacional a la *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* ⁽⁵⁾ que tiene como máximo propósito proteger y asegurar el goce pleno en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos, garantizar libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad. Plantea un cuestionamiento al término incapacidad jurídica y a la institución de la curatela e interdicción, partiendo de la premisa que éstas sustituyen a la voluntad apartando al sujeto de sus decisiones y lo que sugiere la Convención no es la sustitución sino, por el contrario, la inclusión a través de apoyo o ajustes razonables para que la personas con discapacidad puedan expresar su fiel voluntad.

Esta Convención permitió, inicialmente, que se dictara la ley general de la persona con discapacidad, ley 29.973⁽⁶⁾, que reconoce a la persona con discapacidad, especialmente, el derecho a la vida, a la integridad (moral, física y mental) y al consentimiento informado en las investigaciones médicas o científicas que participe (art. 7°); a la capacidad jurídica, como atributo, estableciendo que “[l]a persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones” (9.1., art. 9°).

Se deja de lado el tratamiento paternalista a las personas con discapacidad y estas pasan a ser parte de un régimen de igualdad jurídica, produciéndose un reconocimiento de su autodeterminación. El régimen

(4) DOEP, 13/09/2018.

(5) Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Sexagésimo primer periodo de sesiones, mediante Resolución NRES/61/106, del 13 de diciembre de 2006, aprobada por el Congreso de la Republica mediante Resolución Legislativa N.º 29127 de fecha 30 de octubre del 2007, publicado en el diario oficial El Peruano el 01 de noviembre del 2007 y ratificada por el Presidente de la Republica, según Decreto Supremo N.º 073-2007-RE de fecha 30 de diciembre de 2007, publicado DOEP., 31/12/2007. Tiene como propósito máximo el promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y fomentar el respeto de su dignidad inherente.

(6) DOEP, 24/12/2012. Esta ley cuenta con un Reglamento, DS. 002-2014-MIMP del 8 de abril de 2014.

de sustitución de la voluntad de las personas incapaces es reemplazado por un modelo social o de asistencia a través de los denominados apoyos y salvaguardias. Nos encontramos, naturalmente, ante un modelo inclusivo, democrático *per se*, acorde al respeto a los derechos humanos de todos los ciudadanos, especialmente en cuanto a su dignidad e igualdad ante la ley, tomando en cuenta que se sustituye el término incapacidad por el discapacidad, se implementan los apoyos y las salvaguardias y solo mantiene la interdicción y la curatela para casos específicos (discapacidad percibida), señalados en los incisos 4 al 8 del artículo 44 (art. 564), c, como sujetos con capacidad restringida (ya no incapaces relativos).

La persona con discapacidad debe contar con un entorno que le permita el ejercicio de su capacidad y sus derechos, en base al criterio de inclusión y de igualdad. El individuo, más allá de sus debilidades, es un sujeto de derecho que merece ser tratado en su dimensión integral de ser humano, criterio este que ha sido conceptualizado y ampliamente desarrollado por la bioética, véase Rozo Reyes⁽⁷⁾ y Ramos Reyes⁽⁸⁾ que consagra el valor de las personas en base a la aplicación de principios bioéticos como los de solidaridad (ayuda y servicio mutuo), la beneficencia (utilidad para la persona), la justicia (igualdad y no discriminación) y la autonomía (voluntad y autodeterminación)⁽⁹⁾.

El sujeto interviene, se desarrolla, interactúa socialmente, ello es parte de su vida. En ciertos casos merece de asistencias, las que juegan un rol crucial para la integración social de la persona con discapacidad, de forma que pueda expresar su voluntad y cumplir con la trascendencia jurídica de los actos deseados.

Estas asistencias son los:

- Ajustes razonables.
- Personas de confianza.
- Apoyos.
- Salvaguardias.

(7) Claudia Marcela Rozo Reyes, "Principios bioéticos y discapacidad: la perspectiva de su inclusión en las políticas públicas", *Revista Colombiana de Bioética*, 2011, 26-44.

(8) Sergio Ramos Pozón, "Una visión más realista de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Acta Bioethica*, 2017, 119-128.

(9) Enrique Varsi Rospigliosi, *Derecho genético. Principios generales*, (Lima: Grijley, 2013), 59 -60.

Cumplen una finalidad contribuir, servir, colaborar con la realización social de las personas con discapacidad.

Los ajustes razonables se otorgan, las personas de confianza se eligen, los apoyos se designan y las salvaguardias se implementan (art. 1º, Reg. 016). Además, todo apoyo debe tener una salvaguardia, deben coexistir. No puede haber salvaguardias sin apoyo; este último requiere de un mecanismo de control.

La Observación General Número 1⁽¹⁰⁾, en su texto de lectura fácil nos dice:

Algunos apoyos [entiéndase asistencias] son:

- *Persona de apoyo*. Una persona de apoyo es una persona de confianza que te ayuda a decidir.

- *Apoyo entre pares*. Significa recibir ayuda y ayudar a personas que son parecidas a ti y viven situaciones parecidas a la tuya.

- *Diseño universal y medidas de accesibilidad*. Decimos que un espacio tiene un diseño universal cuando ese espacio lo pueden usar todas las personas. Las medidas de accesibilidad son las que ayudan a las personas a usar los espacios. Por ejemplo, información fácil de entender en los bancos.

- *Métodos de comunicación diferentes a los métodos habituales*. Por ejemplo, el lenguaje de signos o el Braille.

- *Medidas para planificar con antelación*. Significa tener la oportunidad de planificar lo que vas a hacer. Tener la información que necesitas y tiempo suficiente para decidir. Tener la oportunidad de planificar con antelación es un derecho.

II. CONCEPTOS Y NATURALEZA JURÍDICA

Las asistencias son mecanismos que “coadyuvan a la capacidad de ejercicio” (art. 659-A, Cód. Civil), básicamente para que la persona con discapacidad pueda manifestar la voluntad.

(10) Observación general Número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, https://inclusion-international.org/wp-content/uploads/2016/06/Observaci%C3%B3n-general-N%C2%BA-1-2014_Igualdad-ante-la-ley_LF.pdf (consultado el 22 de junio de 2020).

Son soportes, medidas que permiten que las personas con discapacidad puedan interrelacionarse de forma plena e integral en la sociedad, expresando sus deseos y generando efectos jurídicos a través de voluntad.

Se presentan como instituciones que contribuyen al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Instituciones varias que dependiendo de la situación favorecen a la manifestación de la voluntad.

Representan una forma de colaboración y auxilio, en la línea de la integración de los sujetos a las relaciones sociales a fin de interactuar en igualdad de condiciones.

III. PRINCIPIOS

Las instituciones de asistencia están sustentadas en los siguientes principios:

III.1. Dignidad

Como consagración de la persona, núcleo duro de esta.

Preservación de la esencia del sujeto con discapacidad como ser humano. Su ser, realización y desarrollo *per se*.

La valoración integral del hombre ha determinado que, sin distinciones, se otorgue una garantía en la realización de sus derechos y en la generación de efectos en los actos jurídicos que realicen.

III.2. Autodeterminación

Prima la libre elección, la libertad de acceso.

El ejercicio directo en base a la voluntad de la persona con discapacidad.

A fin de coadyuvar con su capacidad de ejercicio, la persona mayor de edad (capaz o incapaz) tiene derecho a los ajustes razonables y designar personas de confianza; además de ello puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias (presentes o a futuro) que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio (art. 659-A, Cód. Civil).

Así, la persona con discapacidad puede solicitar o designar de acuerdo a su libre elección ajustes razonables o apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 45, Cód. Civil).

III.3. Igualdad

No discriminación. Accesibilidad es sinónimo de igualdad.

Trato equiparitario; en similares condiciones deben gozar los sujetos pues todos son iguales independientemente si tienen o no una discapacidad, esto en base al principio reconocido en el Código Civil “[l]as personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de vida” (art. 3°), “independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad” (art. 42, Cód. Civil).

Es promover la participación e inclusión, eliminar barreras. Esto se logra con las medidas de accesibilidad, las que, insistimos, son sinónimo de igualdad. Estas “medidas que garantizan la detección y eliminación de las barreras existentes en el entorno para que las personas con discapacidad puedan tener acceso a los bienes y servicios en condiciones de igualdad con las demás personas, a fin que puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida” (num. 6, art. 2°, Reg. 016).

No cabe ningún tipo de distinción, y es que toda persona (capaz o incapaz) tiene capacidad de goce (titularidad) y ejercicio de sus derechos (realización).

III.4. Coadyuvan a la manifestación de la voluntad

Estos mecanismos logran, en su esencia, lo siguiente:

Contribuyen a la realización de la voluntad (del querer) en su:	- Manifestación. - Interpretación. - Comprensión.
Facilita y garantiza el goce y ejercicio de:	- Derechos. - Voluntad. - Preferencias. - Capacidad jurídica.
Permiten la realización de actos para que produzcan efectos jurídicos:	- Informa de sus efectos. - Orientan en su realización.

Actuación del apoyo conforme a:	- Sus facultades. - Mandato encomendado.
Prevenir el:	- Abuso. - Influencia indebida.

III.5. Reconocimiento de capacidad jurídica

Es una obligación. La capacidad es propia del sujeto, la tiene por su propia calidad y naturaleza; la esencia de su ser lo hace dignatario del goce.

Por ello, su reconocimiento es una obligación; además, se trata de un reconocimiento puro e incondicional, integral e irrestricto.

Así tenemos que:

- La capacidad se desarrolla en base a la igualdad.
- La capacidad jurídica incluye la capacidad de goce y de ejercicio.
- Reconocer la capacidad de las personas con discapacidad es obligación de todos.
- Los ajustes razonables y apoyos no disminuyen el *status* de la persona, permiten la realización de actos para que estos produzcan efectos jurídicos.
- La designación de un apoyo no es exigible para el reconocimiento y ejercicio de un derecho.

IV. TIPOS

Es el caso de las diversas formas de asistencia como mecanismos e instituciones que permiten la participación de la persona con discapacidad en las relaciones sociales.

Entre ellas tenemos:

- *Accesibilidad y sencillez.*
- *Ajustes razonables.*
- *Personas de confianza.*

- *Apoyos.*

- *Salvaguardias.*

Medidas de apoyo				
1°	2°	3°	4°	
Accesibilidad y sencillez	Ajustes razonables	Personas de confianza	Apoyos	Salvaguardias
<i>Otorgan</i>		<i>Eligen</i>	<i>Designan</i>	<i>Implementan</i>
- Información accesible. - Lenguaje claro y sencillo.	- Adecuaciones en el entorno.	- Facilita la comunicación.	- Presta una ayuda en la manifestación e interpretación de la voluntad.	- Garantizan el respeto de la voluntad.

Cada uno de estos tipos de asistencias será desarrollado en los puntos siguientes.

IV.1. Regulación legal

Las normas jurídicas que regulan estas instituciones son:

IV.1.a. DLeg. 1384 ⁽¹¹⁾

Reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

IV.1.b. DS. 015-2019-MIMP ⁽¹²⁾

Aprueba el Reglamento que regula las salvaguardias establecidas en el artículo 4° del Decreto Legislativo 1310 y el procedimiento para su ejecución (en adelante, Reg. 015).

IV.1.c. DS. 016-2019-MIMP ⁽¹³⁾

Aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (en adelante, Reg.016).

(11) DOEP, 04/09/2018.

(12) DOEP, 23/08/2019.

(13) DOEP, 25/08/2019.

V. ACCESIBILIDAD Y SENCILLEZ

Estas se otorgan. Son asistencias en primer grado, simples y sencillas.

Es el elemento primario, básico e indispensable, antes que cualquier otro método de colaboración y se aplicará para facilitar la participación de la persona con discapacidad en las relaciones sociales.

Se presenta como una obligación de:

- Las personas jurídicas que brindan servicios públicos.
- El notario con la finalidad que las personas con discapacidad puedan manifestar su voluntad.

De esta manera, corresponde a las entidades públicas y privadas, así como a las notarías permitir la participación personal de la persona con discapacidad, para estos efectos:

- Utilizar un lenguaje sencillo.
- Brindar información accesible.

Es una obligación de dar y de hacer, en el sentido de favorecer la comprensión directa y personal.

V.1. Información accesible

La emisión y entrega de información debe hacerse en formatos accesibles, *i.e.* comprensibles, claros e inteligibles. La facilidad en el uso es su principal característica.

Estos formatos y medios accesibles incluyen (art. 6º, Reg. 016):

- Los macrotipos.
- El sistema braille.
- El lenguaje escrito.
- La lengua de señas.
- El lenguaje sencillo.
- Los sistemas auditivos.
- La comunicación táctil.

- La visualización de textos.
- Los dispositivos multimedia.
- Los medios de voz digitalizada.

Así también como otros modos y medios aumentativos o alternativos de la comunicación.

VI. AJUSTES RAZONABLES

VI.1. Generalidades

La adaptabilidad de las condiciones es un derecho de la persona que comprende medidas para facilitar la realización del sujeto en el medio social.

VI.2. Antecedentes

Es una institución que surge en el derecho laboral.

Es aquella adaptación del puesto de trabajo a las circunstancias personales del trabajador que le permite, como persona con discapacidad, desempeñar sus funciones. El trabajador con discapacidad llevará a cabo su labor, superando las deficiencias o trabas que lo limitan a su plena realización como persona y su eficiencia en el trabajo.

VI.3. Concepto

Son medidas de accesibilidad. Los ajustes razonables se otorgan (art. 1º. Reg. 016). Es una asistencia en segundo grado, implican cierta complejidad al estar representada por soluciones, modalidades, medidas o métodos de acceso. Conllevan a una adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad.

Facilitan el acceso a la información y permiten manifestar la voluntad en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos. Sirven para el ejercicio de la capacidad.

VI.4. Definición

Son las adecuaciones justificadas que se realizan en el entorno de la persona con discapacidad que le facilitan y permiten la realización de sus derechos, logrando su realización y proyecto de vida, accediendo con facilidad a su entorno.

Dice Paredes Verau⁽¹⁴⁾:

Los ajustes razonables son aquellas modificaciones y adaptaciones (*ajustes*) necesarias y adecuadas (*razonables*) requeridas para garantizar a la persona con discapacidad física, sensorial, mental y/o intelectual el pleno ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de condiciones que los demás trabajadores.

VI.5. Características

Dentro de las características que definen a esta medida tenemos:

- Necesarias y adecuadas.
- Particulares, propias para cada persona.
- No imponen carga desproporcionada o indebida.
- Son razonables, no todos los ajustes son obligatorios.
- Sirven para garantizar el goce y ejercicio de la capacidad jurídica.
- Modificaciones y adaptaciones, básicamente adecuaciones, acondicionamientos.
- Consagran la igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales, evitan discriminación, tienden a la inclusión.

Para Cayo Pérez Bueno⁽¹⁵⁾:

...los ajustes razonables son una garantía al derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en tanto y en cuanto su ausencia, su no realización, comportaría una discriminación para el caso particular, en el que la persona con discapacidad ha de contar con la adecuación específica del entorno a sus necesidades individualizadas, ya que este es el único modo de asegurar la integridad de su derecho de acceso o a la participación comunitaria en condiciones equiparables de igualdad al resto de personas...

(14) María José Paredes Verau, “Los ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”, Ius360, <https://ius360.com/privado/laboral/los-ajustes-razonables-para-las-personas-con-discapacidad-en-el-lugar-de-trabajo/> (consultada el 8 de junio de 2020).

(15) Luis Cayo Pérez Bueno, “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, Cermi, https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/la_configuraci_n_jur_dica_de_los_ajustes_razonables.pdf (consultada el 09 de junio de 2020).

VI.6. Elementos

Los elementos que la componen son:

1. *Subjetivo*. Es el aspecto personal. Los sujetos.

a. Discapaz: Es la persona asistida. Es quien tiene el derecho que se le implementen los ajustes razonables.

b. Personas jurídicas: Son facilitadores de los ajustes razonables:

- Notario (art. 23, Reg. 016).

- Entidades públicas y privadas que brindan servicios públicos (5.1., Reg. 016).

2. *Objetivo*. Es el aspecto material. Los elementos que permiten los acondicionamientos.

a. Tipos

- En general: La Comisión Europea⁽¹⁶⁾, en lo referente a Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, ha considerado que entre los principales tipos de ajustes razonables figuran las soluciones técnicas, las modalidades de trabajo, las medidas de formación y las medidas de sensibilización; veamos:

Soluciones técnicas podrían incluir:

- Instalación de ascensores o rampas.

- Suministro de terminales en Braille.

- Instalación de lupas de pantalla de ordenador.

- Colocación del mobiliario de oficina a una altura adecuada.

- Instalación de servicios de interpretación en tiempo real a través de las telecomunicaciones.

Modalidades de trabajo tales como:

- Permisos.

(16) Comisión Europea, "Empleo, asuntos sociales e inclusión", EC Europea, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1473&langId=es> (consultado el 09 de junio de 2020).

- Teletrabajo.
- Traslado a una nueva oficina.
- Flexibilidad en los horarios de trabajo.
- Recolocación en otro puesto de trabajo.

Formación: Permitir que se reciba oralmente en lugar de hacerlo por escrito.

Medidas de sensibilización: Para que las personas con discapacidad puedan desempeñar su trabajo.

- En especial: Entre ellas tenemos (5.1., Reg. 016):

Dispositivos.

Ayuda compensatoria.

Tecnologías de apoyo.

b. Elementos constitutivos

Cayo Pérez Bueno⁽¹⁷⁾ nos indica que los elementos constitutivos son:

Elemento fáctico de cambio:	Conducta positiva de actuación de transformación del entorno.
Elemento de individualización y satisfacción de las particularidades:	Transformación que ha de dirigirse a adaptar y hacer corresponder ese entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, en todas las situaciones concretas en que estas puedan hallarse, proporcionándoles una solución.
Elemento de subsidiariedad:	Surge en aquellos casos no alcanzados por las obligaciones generales de protección de los derechos de las personas con discapacidad.
Elemento del carácter razonable:	Estas adecuaciones no han de comportar una carga desproporcionada para el sujeto obligado.

(17) Luis Cayo Pérez Bueno, “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, Cermi, https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/la_configuraci_n_jur_dica_de_los_ajustes_razonables.pdf (consultada el 09 de junio de 2020).

Elemento de garantía del derecho a la igualdad:	Su finalidad es facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con discapacidad en análogo grado que los demás miembros de la comunidad.
--	---

VI.7. Otorgamiento

Los ajustes razonables se otorgan, como obligación, a las personas con discapacidad para que pueda manifestar su voluntad en los actos que produzcan efectos jurídicos, su otorgamiento depende de la necesidad.

a. *Personal*

Es la solicitada por la propia persona con discapacidad.

El otorgamiento de ajustes razonables se realiza a solicitud de la persona con discapacidad previa verificación de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad (5.2., Reg. 016).

b. *Derivada*

Es la que se otorga:

- A solicitud del apoyo.
- Por la entidad que brinda el servicio: El notario o entidades públicas y privadas que brindan servicios.

VI.8. Denegación

La regla es que los ajustes razonables deben otorgarse, es una obligación.

Su denegación es un acto de discriminación por motivos de discapacidad.

La excepción es que los ajustes razonables se denegarán en la medida que impliquen una carga desproporcionada o indebida en su otorgamiento (5.1., Reg. 016).

En resumen, tenemos que el ajuste razonable será una carga desproporcionada o indebida en los siguientes supuestos:

Cargas desproporcionadas o indebidas	
<i>Costo</i>	Representa un costo económico.
<i>Idoneidad</i>	No es idóneo para resolver la necesidad.

<i>Necesariedad</i>	No es necesario para eliminar las barreras.
<i>Alternatividad</i>	No es la única alternativa para eliminar la barrera.

VII. PERSONA DE CONFIANZA

VII.1. Generalidades

El sujeto, por su naturaleza, siempre busca el consejo, la recomendación, la opinión de otros para la toma de decisiones más certeras y eficaces. Ello es normal, afianza a la persona, sus acciones son más elaboradas y sustentadas. Contamos, en muchos casos, con personas en las que confiamos y no emprendemos nada nuevo sin su previo consejo.

Eso, pero con más presencia, es lo que logra la persona de confianza, aquella con quien la persona con discapacidad se siente segura escuchando su palabra y actuando en la línea de sus sugerencias.

VII.2. Concepto

Es una asistencia en tercer grado.

Las personas de confianza son elegidas. Es, como veremos más adelante, un apoyo natural.

Es el consejero, el guía, algo así como el confidente a quien, ante todo, preguntamos su opinión. Es una institución reconocida por el Reglamento, no por la ley.

VII.3. Definición

Es “[a]quella persona que, sin ser un apoyo designado, pertenece al entorno de la persona con discapacidad y que es libremente elegida por ella para que facilite su comunicación” (Numeral 9, art. 2º, Reg. 016).

La persona de confianza es quien siendo cercana a la persona con discapacidad permite que esta se desenvuelva, interactúe, se comunique y lleve a cabo su voluntad, generando las consecuencias jurídicas deseadas. Es aquella persona que facilita la comunicación de la persona con discapacidad durante la realización de un acto que produzca efectos jurídicos (8.1., Reg. 016).

VII.4. Características

Dentro de las características que definen a esta medida tenemos:

- No es un apoyo.
- Facilita la comunicación.
- Interpreta contenido de los documentos.
- Es una persona cercana a la persona con discapacidad (familiar, amigo), son allegados de por sí conocidos.
- Es elegido normalmente para un solo acto, es decir lleva a cabo una labor por oportunidad y necesidad del momento, aunque nada impide que pueda ser constante su labor.
- Es libremente elegida por la persona con discapacidad, sin formalidad alguna. No son impuestos por nadie (ni por funcionarios ni privados).

VII.5. Elementos

Los elementos que la componen son:

1. *Subjetivo*. Es el aspecto personal. Los sujetos.
 - a. Discapaz. Es la persona asistida.
 - b. Persona de confianza. Es la persona designada libremente por la persona con discapacidad para facilitar su voluntad. Se caracterizan por ser del entorno las personas con discapacidad, i.e. cercana, allegada.
 - c. Personas jurídicas. Son los facilitadores: notario y las entidades públicas y privadas que brindan servicios públicos permite la participación de personas de su confianza para coadyuvar a la manifestación de su voluntad.

Alfonso Cavalle Cueva, en su Circular de la Junta de Directiva del Ilustre Colegio de Notarios de Canarias, que aparece en el libro de Rosalía Mejía⁽¹⁸⁾, nos dice que el Notario “es la persona de confianza que, de modo natural, en el ámbito de las relaciones jurídico privadas ayuda a decidir, por los que también puede afirmarse que el notario es un apoyo natural”.

VII.6. Elección

Es personal. La propia persona discapaz elige.

(18) Rosalía Mejía Rosasco, *La implementación de la Convención de las personas con discapacidad en la función notarial* (Perú: Fondo editorial del Colegio de notarios del Perú), 26.

Escoge (voluntad), designa (sin formalidad, basta la presencia). La elección de la persona de confianza se hace en base al ejercicio del derecho a libertad.

VII.7. Labor

Debe consignarse la identificación de la persona de confianza precisando en qué consiste su participación (8.2., Reg. 016).

Así tenemos:

a. Datos generales

- Nombre y apellidos.
- Documento de identidad.
- Nacionalidad.
- Estado civil.
- Profesión.
- Dirección.

b. Alcances de la participación

- Lectura.
- Explicación, oral o gráfica.

VIII. APOYOS

VIII.1. Generalidades

Con esta institución se integra a la persona con discapacidad a la vida de relación en igualdad de condiciones, permitiendo un desenvolvimiento propio, generando con su actuar y el apoyo efectos legales.

VIII.2. Concepto

Es una asistencia en cuarto grado.

Los apoyos se designan. Facilitan, orientan, asisten, ayudan, permiten.

La capacidad jurídica es connatural al sujeto, independientemente de su condición o situación, el reconocimiento y ejercicio de sus derechos son plenos y no dependen del apoyo.

VIII.3. Definición

Es aquella asistencia a la persona con discapacidad que le permite llevar a cabo su manifestación de la voluntad para la generación de efectos jurídicos en su favor.

VIII.4. Características

Dentro de las características que definen a esta forma de asistencia tenemos:

- Facilitador.
- Orientador.
- Son formas de asistencia.
- No condicionan el reconocimiento de la capacidad.
- Libremente elegidos (hay voluntad), por excepción los designa el juez (no hay voluntad).
- No tienen facultad de representación, salvo que sea concedido por la persona con discapacidad o por el juez.

VIII.5. Elementos

Los elementos que la componen son:

VIII.5.a. Subjetivo

1. Discapaz: Es la persona asistida.
 - Discapaz *per se*.
 - Ebrio habitual y toxicómano discapaz. Es el caso que en ocasiones estas personas son discapaces, presentándose una doble condición: Persona con capacidad restringida y persona con discapacidad, situación en la que el legislador ha considerado que le corresponde la designación de apoyos y salvaguardias⁽¹⁹⁾.

(19) Rosalía Mejía Rosasco, *La implementación de la Convención de las personas con discapacidad en la función notarial* (Perú: Fondo editorial del Colegio de notarios del Perú), 65.

A la persona discapaz podemos diferenciarla entre:

- Persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad.
- Persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad.

Los únicos elementos que podrían determinar que una persona con discapacidad no manifiesta voluntad serían:

- La no comunicación e interacción con el entorno.
- La no comprensión de los actos o efectos que produce el acto jurídico que va a realizar a pesar de la participación de apoyos y de haberse realizado ajustes razonables y esfuerzos considerables.

Así tenemos que:

Comunicación	Interacción	Comprensión
Manifestación de voluntad		

El apoyo logra que la persona con discapacidad llegue a entender por sí mismo —*intellectus ipse*—. Esa es su principal labor.

La participación personal y directa de la persona con discapacidad es la regla, y su no participación, i.e. que sea el apoyo el que intervenga, es la excepción.

2. Apoyo: Es el sujeto que asiste. Puede ser una o más personas naturales, personas jurídicas sin fines de lucro o instituciones públicas.

El apoyo puede ser:

a. Sujeto de derecho individual. Se trata de la persona natural. Tiene que ser mayor de edad y con capacidad plena de ejercicio (art. 15.1., Reg. 016). Para el caso de apoyo especial o pensionario (DLeg. 1417), el apoyo recae en una persona natural (num. 4.2., art. 4° y num.2, art. 2°, DS.015).

b. Sujeto de derecho colectivo. Se trata de la persona jurídica. Deben ser especializadas (acreditadas) y estar registradas (inscritas) (art. 659-C).

c. Privada. Persona jurídica sin fines de lucro. Con objeto social acorde a las funciones que desempeñará como apoyo (art. 15.2., Reg. 016).

d. Pública. Institución social. En ambos casos, sea sujeto individual o colectivo, pueden ser un apoyo o más de uno (art. 659-C):

- Individual, uno ⁽²⁰⁾ o más.

- Colectivo, uno o más.

Queda claro que la calidad no está en la cantidad. La multiplicidad de apoyos se da, básicamente, en caso que sea mancomunado o suplente.

Respecto del cargo, puede ser:

a. Cargo individual: Es singular. Siendo uno, solo este actúa.

b. Cargo plural: Es múltiple. Son varios los apoyos, su actuar depende de la designación.

- Compartido o mancomunado. Ambos actúan.

- Cargo alternativo [sic. Suplente] (variable, rotativo, complementario, sucesivo, que se da por turnos). En previsión que el titular no pueda ejercer las facultades encomendadas (art. 20, Reg. 016), se da en los casos de desaparición, ausencia, enfermedad, discapacidad, muerte, renuncia i.e. opera en defecto del apoyo. En este sentido, el término apoyo alternativo está mal usado, debería ser apoyo accesorio, sustituto o suplente.

Así tenemos:

Apoyo		
<i>Cargo individual</i>	<i>Cargo plural</i>	
	Mancomunado	Suplente

No es un apoyo: La persona de confianza.

3. Impedimentos: No pueden ser designados como apoyos (art. 659-E, Cód. Civil y art. 15.1., Reg. 016):

- Las personas condenadas por violencia sexual.

- Las personas condenadas por violencia contra los integrantes del grupo familiar.

(20) Hay dos casos en lo que solo puede ser una persona natural: (i) Designación de institución pública, recayendo en el director (art. 5.3, Reg.016) y en el (ii) Apoyo especial para personas adultas mayores que no pueden expresar su voluntad para el cobro de pensiones y otros (art.4.2., DLeg.1417).

Se trata de situaciones vinculadas a delitos, comprobados y condenados, como tal el impedimento está dirigido a resguardar, salvaguardar y proteger a la persona con discapacidad y quien cumpla con la labor de apoyo sea una persona íntegra.

Si analizamos el impedimento este opera solo para la designación judicial (excepcional) de apoyos, cuando la persona con discapacidad (núm. 9, art. 44, Cód. Civil):

- No pueda manifestar su voluntad.
- Se encuentre en estado de coma y no hayan designado un apoyo.

Consideramos que la norma solo limita el impedimento para esos casos, por lo que nada obstaría que una persona con discapacidad pero que pueda expresar su voluntad decida designar a un apoyo con dicha limitación, ante esa situación debería determinarse si persona conocía o no la situación del apoyo.

- Si conocía, fue su voluntad la designación; en todo caso ameritaría un detalle explicativo sobre el particular.

- Si no conocía, corresponde que se le informe.

VIII.5.b. Temporal

La regla es la temporalidad del apoyo, no es la permanencia.

VIII.6. Designación

Existen dos formas para designar al apoyo:

- La personal.
- La derivada.

Veamos cada una y su operatividad:

Personal		
<p><i>Es la regla.</i></p> <p>La propia persona discapaz escoge. La elección del apoyo se hace en base a la voluntad y el ejercicio del derecho a libertad de la persona discapaz. Escoge (voluntad), designa (formalidad).</p> <p><i>(art. 659-D y literal a, art. 14, Reg. 016)</i></p>	- Notarial	<p>- <i>Presente</i></p> <p>- <i>Futuro</i></p>
	- Judicial	- <i>Presente</i>

Derivada		
<p><i>Es la excepción.</i></p> <p>Es el juez que designa de acuerdo a las personas propuestas para dicho cargo. No hay voluntad de la persona con discapacidad.</p> <p>(art. 659-E y literal b, art. 14, Reg. 016)</p>	- Judicial	- <i>Presente</i>

En base a las vías procedimentales tenemos lo siguiente:

- Vía notarial, en la que media la voluntad.
- Vía judicial, en la que puede o no mediar la voluntad.

Veamos en el siguiente esquema:

Procedimiento de designación de apoyo y salvaguardias				
Notarial			Judicial	
<i>Designación</i>	<i>Modificación</i>	<i>Revocación</i>	<i>Reconocimiento</i>	<i>Variación</i>
Persona con discapacidad mayor de edad que puede manifestar su voluntad				
<i>Designación a futuro</i>			<i>Designación</i>	<i>Variación</i>
Persona mayor de edad.			Persona con discapacidad sin manifestación de voluntad o estado de coma.	
			<i>Revisión</i>	<i>Impugnación</i>
<i>Exclusión</i>				

Con voluntad escojo y designo a mi apoyo; si carezco de voluntad, no puedo escoger ni designar, por lo que debe intervenir el juez para designar al apoyo.

La designación en la vía notarial tiene su símil en el reconocimiento en la vía judicial, ya que la designación judicial opera a pedido de parte siendo establecida por el juez.

En el acto de designación puede excluirse a ciertas personas del cargo de apoyo.

VIII.6.a. Notarial

Requiere la mayoría de edad y voluntad de la persona con discapacidad.

El notario está obligado “a otorgar medidas de accesibilidad y ajustes razonables a las personas con discapacidad con la finalidad que puedan manifestar su voluntad durante el trámite de designación de apoyos y salvaguardias. Asimismo, permite la participación de personas de su confianza para coadyuvar a la manifestación de su voluntad” (art. 23, Reg. 016).

Los esfuerzos reales, considerables y pertinente son los “Actos efectuados por el/la (...) notario/a para obtener la manifestación de voluntad de una persona con discapacidad, asegurando la adopción de medidas de accesibilidad, ajustes razonables, personas de confianza que actúan como facilitadoras de la comunicación, entre otros” (núm. 3, art. 2°, Reg. 016).

VIII.6.a.1. Designación presente

Opera para la actualidad.

Es el llamado apoyo facultativo, “designado por una persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad, en vía notarial o judicial” (literal a, art.14, Reg. 016). Es escogido.

Ambas normas van en una misma línea respecto de la finalidad del apoyo:

- Para el ejercicio de la capacidad jurídica.
- Para facilitar el ejercicio de actos que produzcan efectos jurídicos.

Nótese que dichas normas hacen primar la voluntad por sobre la mayoría, el Código y el Reg. indican mayor de 18 años; no considera la denominada emancipación tácita, cuando la persona adquiere capacidad, sin ser mayor de edad en los casos de matrimonio (más de 14 años) o por la obtención de título oficial que le autoriza para ejercer una profesión u oficio (más de 16 años) (art. 46, Cód. Civil).

VIII.6.a.2. Designación futura

Opera para la posterioridad.

Es la designación anticipada de apoyo. La persona designa a su apoyo en previsión de una eventual pérdida de capacidad para manifestar su voluntad. Esta designación anticipada de apoyo es un derecho de toda persona mayor de edad⁽²¹⁾ o que, sin ser mayor de edad, haya adquirido

(21) Rosalía Mejía Rosasco, *La implementación de la Convención de las personas con discapacidad en la función notarial* (Perú: Fondo editorial del Colegio de notarios del Perú), 55.

capacidad en legítimo ejercicio de su derecho del bienestar y para el logro de sus ideales.

El mayor de 18 años puede designar el apoyo necesario en previsión de requerir en el futuro asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 659-F), esto incluye las respectivas “salvaguardias (art. 29, Reg. 016).

Sin duda la redacción del Código es más general y subsume las consideraciones tratadas en el Reglamento.

Nótese (nuevamente) que dichas normas hacen primar la voluntad por sobre la mayoría, el Código y el Reg. indican mayor de 18 años; no considera la denominada emancipación tácita, cuando la persona adquiere capacidad, sin ser mayor de edad en los casos de matrimonio (más de 14 años) o por la obtención de título oficial que le autoriza para ejercer una profesión u oficio (más de 16 años) (art. 46, Cód. Civil).

La designación de apoyo futuro permite indicar:

a. Las personas o instituciones en las que recaerá tal designación:

- Una o más personas naturales.
- Una o más personas jurídicas sin fines de lucro.

b. Aceptación del encargo.

c. Las personas o instituciones en las que no recaerá tal designación, son los casos de exclusión (art. 30.2., Reg. 016).

d. Delimitación del cargo:

- Forma.
- Alcance.
- Duración.
- Facultades.
- Directrices del apoyo a recibir.

e. Salvaguardias proporcionales y de acuerdo a las circunstancias de la persona que solicita el apoyo, señalando los plazos mínimos para la revisión de los apoyos (literal h, art. 30.1., Reg. 016).

En el documento de designación de apoyo futuro debe constar respecto de su eficacia (literal f, art. 30.1., Reg. 016):

- Momento, es el tiempo en que se produce.
- Circunstancias en las que “el apoyo a futuro asumirá el ejercicio de sus funciones, vinculada con la situación de discapacidad o estado de coma de la persona que designa el apoyo”.

Los casos podrías ser:

- Estado de coma.
- Pérdida de conciencia (Alzheimer).

Estos documentos son los que acreditan el poder cumplir con el encargo que se le encomendó, i.e. que se ha cumplido:

- La condición.
- Las circunstancias.

Inscripción

En base al principio de publicidad.

El nombramiento del apoyo debe inscribirse en el Registro de Personas Naturales.

1. Variación

La designación del apoyo y salvaguardia a futuro puede alterarse por diversas causas:

Variación			
Modificación	Sustitución	Revocación	Renuncia
<i>Ajuste</i>	<i>Cambio</i>	<i>Dejar sin efecto</i>	<i>Dimisión</i>
Por la persona con discapacidad			Por el apoyo
Puede hacerse en cualquier momento con la misma formalidad de su designación o establecimiento primigenio.			Comunicación.

Sigue las mismas pautas y consideraciones de la alteración del apoyo actual (numeral 8).

2. Eficacia

La facultad para actuar del apoyo a futuro surte eficacia (art. 34.2., Reg. 016):

- Cuando la persona que cuenta con apoyo lo determina.
- Conforme a lo establecido en la escritura pública de designación.

VIII.6.b. Judicial

Opera para la actualidad.

Puede ser a solicitud de parte (reconocimiento) o por orden del juez (designación).

VIII.6.b.1. Reconocimiento

Es la validación de la designación personal. Es aceptada.

Es el llamado apoyo facultativo, es designado por una persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad, en vía notarial o judicial" (literal a, art.14, Reg. 016).

Vía judicial puede nombrarse apoyo; en este caso lo que hace el juez es reconocer la designación realizada por la persona con discapacidad, "para facilitar el ejercicio de actos que produzcan efectos jurídicos" (art. 38.1, Reg. 016).

Lo judicial es viable por varias razones, una de ellas es el costo, otro que muchas personas prefieren la formalidad judicial, razón nada justificada.

1. Legitimación. La persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad (art.38.1, Reg. 016).

2. Trámite. Se encuentra regulado en los arts. 40 a 42 del Reg. 016:

Procedimiento judicial de reconocimiento		
Demanda	Audiencia Única	Sentencia
	<i>Optativo</i> Equipo multidisciplinario para la realización de ajustes de procedimiento y asegurar la participación plena de la persona	

VIII.6.b.2. Designación

Es la designación directa por parte del juez. Es impuesto.

Es el llamado apoyo excepcional, “designado de manera excepcional por el/la juez/a, cuando se trata de una persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad o una persona con capacidad de ejercicio restringida conforme al numeral 9 del art. 44 del Código, a pesar de habersele brindado las medidas de accesibilidad, los ajustes razonables y/o realizado los esfuerzos reales, considerables o pertinentes” (literal b, art. 14, Reg. 016).

Es el juez que designa los apoyos de acuerdo a las personas propuestas para dicho cargo.

El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos y salvaguardias necesarios para las personas con discapacidad (art. 659-E Cód. Civil y art. 38.2, Reg. 016):

- Que no puedan manifestar su voluntad.
- Que se encuentren en estado de coma y no hayan designado un apoyo (num. 9, art. 44, Cód. Civil).

Este proceso tiene como finalidad que el apoyo designado pueda “facilitar el ejercicio de actos que produzcan efectos jurídicos” de las personas con discapacidad (art. 38.2, Reg. 016).

Ultima ratio:

Lo excepcional de la medida judicial se da, y demuestra, con la etapa previa, con los esfuerzos que hace el juez para lograr la manifestación de voluntad de la persona.

Es deber del juez, en base *al criterio de la mejor interpretación de la voluntad*: “realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida” (art. 659-E, Cód. Civil). Es lo que se conoce como la reconstrucción de la voluntad presunta. Dice Mejía Rosasco⁽²²⁾ que es obligación del juez reconstruir (con testigos u otras pruebas) la voluntad presunta del beneficiario a quien designará apoyo cuando este no pueda manifestar su voluntad.

(22) Rosalía Mejía Rosasco, *La implementación de la Convención de las personas con discapacidad en la función notarial* (Perú: Fondo editorial del Colegio de notarios del Perú), 56.

La designación judicial procede luego de (art. 46, Reg. 016):

- Haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona.

Los esfuerzos reales, considerables y pertinentes son los “Actos efectuados por el/la juez/a (...) para obtener la manifestación de voluntad de una persona con discapacidad, asegurando la adopción de medidas de accesibilidad, ajustes razonables, personas de confianza que actúan como facilitadoras de la comunicación, entre otros (num. 3, art. 3º, Reg. 016).

- Garantizar la adopción de medidas de accesibilidad, ajustes razonables, la participación de personas de confianza como facilitadoras de la comunicación.

- Permitir que la persona pueda expresarse en sus propios términos, gestos, movimientos u otra forma de comunicación.

- Cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.

1. Criterios para la designación de los apoyos

Los criterios son (art. 47, Reg.016):

a. En caso de que no se logre obtener la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de:

- La voluntad.
- Las preferencias.
- Atender a su trayectoria de vida.
- Recabar información de familiares, amigos, terceros interesados.

Otras actuaciones.

b. El juez designa a la(s) persona(s) que actuará(n) como apoyo tomando en cuenta la relación que existe de la persona que requiere el apoyo (art. 659-E y art. 47-2, Reg.016), más que relación se trata de vinculación:

- Convivencia.
- Confianza.

- Amistad.
- Cuidado.
- Parentesco.

No existe un orden especial. El problema puede surgir si hay varios candidatos cada cual, con su propia relación personal con el apoyo, caso en el que el juez deberá valorar la vinculación, pero entendemos que no es un orden especial.

Asimismo, toma en cuenta la trayectoria de vida, manifestaciones previas y preferencias de la persona con discapacidad o que se encuentre en estado de coma.

2. Delimitación del cargo

El juez en el acto de la designación del apoyo fijará:

- Plazo
- Alcances
- Responsabilidades

3. Interacción con el discapaz

El juez realizará las diligencias pertinentes para:

- a. Obtener la mejor interpretación posible de:
 - La voluntad.
 - Las preferencias.
- b. Atender a la trayectoria de vida.

4. Vía judicial

Se trata de un proceso especial no contencioso, siendo competente el juez de familia.

Se tramita como proceso de apoyos y salvaguardias, conforme a las disposiciones del Cód. Proc. Civil. (art. 35, Reg. 016), se tramita como proceso no contencioso, ante el Juzgado Especializado en Familia o Mixto (art. 36, Reg. 016), se aplican las reglas de competencia del Cód. Proc. Civil. (arts. 21 y 24).

5. De los ajustes de procedimiento

El juez está obligado a (art.37, Reg. 016): Realizar ajustes procedimentales y procesales para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, tales como:

- Medidas de accesibilidad.
- Otorgamiento de ajustes razonables.
- Modificaciones en el procedimiento judicial.
- Participación de personas de su confianza para coadyuvar a la manifestación de su voluntad.
- No están limitados por la carga de proporcionalidad.

6. *Legitimación*

Cualquier persona con capacidad jurídica puede iniciar el proceso judicial de determinación de apoyos (art. 659-E y (art. 38.2 y 43.1., Reg. 016).

Trámite

Se encuentra regulado en los arts. 43, 44, 45, 48 y 51 del Reg. 016:

Procedimiento judicial de designación				
Demanda	<i>Optativo</i> Equipo multidisciplinario para:	Audiencia Única	Sentencia	Consulta 408 CPC
	<ul style="list-style-type: none"> - Evaluar con la persona sus necesidades de apoyo para la autonomía y comunicación. - Recabar información de las personas que forman parte de su entorno. - Lo apoye en la realización de ajustes de procedimiento. - Asista en la interpretación de la voluntad y preferencias de la persona 			

VIII.6.b.3. Variación

La designación judicial de apoyos y salvaguardias pueden ser alterados por (art. 39, Reg. 016):

- La persona con discapacidad.
- El juez cuando los haya determinado.

Los casos de variación son aquellos de modificación o revocación de los apoyos.

VIII.7. Exclusión

Es indicar quien no puede ser designado como apoyo. Esta facultad corresponde a la persona con discapacidad o al juez.

En el proceso de designación puede excluirse la calidad de apoyos a ciertas personas. Puede señalarse en qué persona(s) (naturales, jurídicas o entidades) no puede recaer tal designación de apoyo (art. 20, 24.2 y 30.2, Reg. 016).

VIII.8. Variación

La designación del apoyo y salvaguardia puede alterarse por diversas causas:

Variación			
Modificación	Sustitución	Revocación	Renuncia
<i>Ajuste</i>	<i>Cambio</i>	<i>Dejar sin efecto</i>	<i>Dimisión</i>
<i>Por la persona con discapacidad</i>			<i>Por el apoyo</i>
Puede hacerse en cualquier momento con la misma formalidad de su designación o establecimiento primigenio.			Aceptada, en todo caso a los 30 días.

Veamos uno a uno.

VIII.8.a. Modificación

Es el ajuste.

La designación de apoyos y salvaguardias puede ser modificada (art. 26.1., Reg. 016).

La modificación puede hacerse en cualquier momento por la persona con discapacidad que cuenta con apoyo.

Debe cumplirse con la misma formalidad de su designación o establecimiento primigenio.

VIII.8.b. Sustitución

Es el cambio.

El apoyo designado puede ser sustituido (art. 26.1., Reg. 016).

La sustitución puede hacerse en cualquier momento por la persona con discapacidad que cuenta con apoyo.

Debe cumplirse con la misma formalidad de su designación o establecimiento primigenio.

La sustitución otorgada ante otro notario debe ser informada por el notario que extendió —la escritura pública al notario que extendió— la escritura primigenia e inscribirse en el Registro de Personas Naturales (art. 26.2., Reg. 016).

VIII.8.c. Revocación

Es dejar sin efecto el nombramiento.

La designación de apoyos puede ser revocada (art. 27.1., Reg. 016).

La revocación puede hacerse en cualquier momento por la persona con discapacidad que cuenta con apoyo. En un acto unilateral no recepticio. Surte efecto desde que se le comunica a la persona designada como apoyo.

Debe cumplirse con la misma formalidad de su designación o establecimiento primigenio.

VIII.8.d. Renuncia

Es la dimisión, es un acto voluntario del apoyo a través del cual deja el cargo.

Es unilateral y no recepticio, la misma surte efecto con la inmediata sustitución de un nuevo apoyo o cuando transcurren treinta días sin haber sido reemplazada. Mejía Rosasco⁽²³⁾ indica que la forma de comu-

(23) Rosalía Mejía Rosasco, *La implementación de la Convención de las personas con discapacidad en la función notarial* (Perú: Fondo editorial del Colegio de notarios del Perú), 80.

nicación no ha sido establecida, debiendo ser una carta notarial para contar con la certeza de su diligencia, así como la fecha cierta de entrega.

VIII.9. Determinación

La escritura pública o sentencia de designación de la persona de apoyo debe determinar como mínimo (art. 13, Reg. 016):

- a. La identificación de la persona que recibe el apoyo.
- b. La identificación de la persona que es designada como apoyo.
- c. El alcance y/o facultades de la persona designada como apoyo.
- d. La duración del ejercicio de las funciones del apoyo.
- e. La aceptación de la persona que es designada como apoyo.

f. Las salvaguardias proporcionales y de acuerdo a las circunstancias de la persona que recibe el apoyo, señalando “los plazos mínimos para la revisión de los apoyos”.

El apoyo debe estar claramente determinado, identificado. En definitiva, debe considerarse:

Datos	
Identificación	- Nombre. - Documento de identidad. - Domicilio.
Duración	- De la función del apoyo.
Aceptación	- Del apoyo.
Facultades	- Los alcances y/o facultades que tiene el apoyo se los confiere la persona que lo designa; el apoyo no puede exceder los alcances y/o facultades otorgadas (art.17, Reg. 016).
Salvaguardias	- Plazos mínimos.

VIII.10. Efecto

La designación del apoyo surte efecto desde (art. 19, Reg. 016):

- La emisión de la escritura pública.
- La expedición de la sentencia consentida o ejecutoriada.

- La resolución consentida o ejecutoriada que concede una medida cautelar.

Es un acto constitutivo y formal, no requiere inscripción.

VIII.11. Inscripción

En base al principio de publicidad.

Respecto de los apoyos procede la inscripción en el Registro de Personas Naturales (art. 25.1., Reg. 016):

- Designación.
- Revocación.
- Renuncia.
- Modificación.
- Sustitución.

Se inscriben en este Registro Personal: Las resoluciones o escrituras públicas en que se establezca o modifique la designación apoyos de personas naturales (inc. 1) y las resoluciones que designan al tutor o al apoyo y las que dejan los dejen sin efecto (inc. 9) (art. 2030. Cód. Civil).

VIII.12. Contenido

La persona que solicita los apoyos determina su contenido (art. 659-C):

- Forma.
- Alcance.
- Identidad.
- Duración.
- Cantidad de apoyos.

Sobre este contenido se va a desarrollar el apoyo, en su labor en beneficio de la persona con discapacidad.

VIII.13. Relación jurídica

La relación de la persona con discapacidad y el apoyo genera una serie de derechos y obligaciones para cada una de las partes, veamos es este cuadro:

	Derechos	Obligaciones
Apoyo	<ul style="list-style-type: none"> - Ser elegidos o designados con las formalidades de ley. - Que se le informen acerca de las salvaguardias que debe realizar. - Renunciar al cargo. - Se honren sus servicios, pago de honorarios. 	<ul style="list-style-type: none"> - Brindar asistencia. - Facilitar el ejercicio de los derechos. - Orienta en la realización de actos jurídicos. - Apoyo en: la comprensión y la manifestación de la voluntad - Respetar voluntad y preferencias. - Ejercer labor de acuerdo al mandato. - Cumplir con las salvaguardias. - Ejercer el cargo de forma personal. - Asumir responsabilidad por dolo o culpa.
Persona con discapacidad	<ul style="list-style-type: none"> - Ejercer derechos. - Manifestar su voluntad. - Realizar actos jurídicos. - Variar apoyos y salvaguardias. - Designar a su apoyo presente o futuro. - Revocar el cargo de apoyo. - Derecho a repetir contra el apoyo por su responsabilidad. - Que no designen apoyos con impedimento. 	<ul style="list-style-type: none"> - Asumir responsabilidad. - Cumplir con la formalidad para elegir al apoyo. - Indicar las salvaguardias.

Esto es lo que se conoce como la relación jurídica de asistencia. Aquella que surge entre la persona con discapacidad y el apoyo.

VIII.14. Función

La función del apoyo es la asistencia de la persona con discapacidad, entre sus acciones tenemos (art. 659-B, Cód. Civil y art. 10, Reg. 016):

a. Facilitar el ejercicio de sus derechos.

b. Orientar en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos.

c. Apoyo en:

- La manifestación e interpretación de la voluntad requerida.

- La comunicación, comprensión y consecuencias de los actos jurídicos.

El criterio de la mejor interpretación de la voluntad: Es lo que se conoce como la reconstrucción de la voluntad presunta “Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuentan las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto (art. 659-B este criterio es tratado, además, en el núm. 2, art. 2º, Reg. 016).

Funciones del apoyo		
Facilita el ejercicio de derechos.		
Apoyo	- Comunicación - Comprensión - Consecuencias	Acto jurídico
	- Manifestación - Interpretación	Voluntad
Orientan en la realización de actos jurídicos.		
Asistencia		

El apoyo no sustituye.

Este campo de acción del apoyo no es delimitado, no se trata de funciones taxativas, son meramente enumerativas, lo que permite que se precisen con toda claridad otras.

VIII.15. Representación

La regla es que el apoyo no representa a la persona con discapacidad, la excepción es la representación, sea delegada o declarada por el juez.

“El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 569⁽²⁴⁾[sic.659-E]” (art. 659-B), i.e. en la escritura pública o en la sentencia de designación debe establecerse expresamente:

- Las facultades de representación (num. 9.2., art. 9º, Reg.016).
- Los actos para los cuales se faculta dicha representación (num. 11.3., art. 11, Reg. 016).

Esto en la línea que se está otorgando poderes al apoyo, que actuará en favor de la persona con discapacidad, lo que implica que se trate per se de un poder especial, por lo que deben especificarse los actos para los cuales ha sido conferido, art. 155 Cód. Civil.

VIII.15.a. Delegada

Es la voluntariamente designada. “La persona con discapacidad puede otorgar al apoyo facultades de representación, acorde con Código Civil” (num. 11.1., art. 11, Reg. 016).

VIII.15.b. Declarada

Es la judicialmente establecida.

El juez puede otorgar facultades de representación a los apoyos cuando la persona con discapacidad (art. 659-E):

- No pueda manifestar su voluntad.
- Se encuentre en estado de coma y no haya designado un apoyo (num. 9, art. 44, Cód. Civil).

(24) Debe entenderse artículo 659-E, ya que el indicado artículo 569 fue derogado por el mismo DLeg.1384 en su Disposición complementaria derogatoria, Única, literal b.

El segundo caso, el estado de coma⁽²⁵⁾, es conocido como estado vegetativo persistente o vigilia sin conciencia. Para Cambra⁽²⁶⁾ “El coma es una alteración grave del grado de conciencia por afectación del córtex cerebral y/o el sistema reticular ascendente”. En el coma la persona está viva pero son conciencia.

Es un estado clínico representado por un típico caso de ausencia de voluntad, por lo que consideramos no era necesario hacerse dicha distinción (entre no poder manifestar voluntad y encontrarse en estado de coma), pero se entiende por la novedad de la causal capacidad restringida considerada en el art. 44, inc. 9 del Cód. Civil. Como precisa Mejía Rosasco⁽²⁷⁾ “Es la primera vez que la legislación peruana se contempla los derechos de las personas en estado de coma”, anteriormente estaba considerado dentro del supuesto de privación de discernimiento consagrado en el inc. 2 del artículo 43, referido a la incapacidad absoluta. Quien se encuentra en estado de coma, por obvias razones, desconectado está de la realidad, no responde, es un estar fuera de sí, carece de posibilidad alguna de manifestar voluntad, es un estado de inconciencia grave y prolongado.

Ahora bien, en la designación excepcional el juez deberá tener en cuenta lo siguiente (num. 11.2., art. 11, Reg. 016):

- Haber “realizado los esfuerzos reales, considerables y pertinentes, y prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y no se haya obtenido una manifestación de voluntad de la persona que recibirá el apoyo”.

- “Verificar que las facultades de representación sean necesarias para el ejercicio y protección de sus derechos”.

El apoyo ejercerá la facultad de representación en favor de la persona con discapacidad respetando (nums. 11.2., 11.3., art. 11, Reg. 016):

- Los derechos.
- La voluntad y preferencias.

(25) Del griego κῶμα [*kóma*] significa sueño profundo.

(26) Francisco José Cambra, Nagore Lasuen y Antonio Palomeque, “Coma: etiología, fisiopatología y diagnóstico”, *Anales de Pediatría Continuada*, 191.

(27) Rosalía Mejía Rosasco, *La implementación de la Convención de las personas con discapacidad en la función notarial* (Perú: Fondo editorial del Colegio de notarios del Perú), 53-54.

- Conforme al criterio de la mejor interpretación de la voluntad.

VIII.16. Participación

El apoyo es un cargo personalísimo.

La ley promueve la participación de la persona con discapacidad.

Su participación es obligatoria en caso de que se haya determinado en el documento de designación (núm. 12.1., art. 12, Reg. 016) y es que se prefiere la participación directa de la persona con discapacidad. De esta manera cabe la posibilidad que el documento de designación no exija la obligación de participación del apoyo.

La no participación del apoyo es la regla, y su participación es la excepción, al exigirse que esté expresamente considerada. La designación del apoyo no implica que la persona con discapacidad pierda autonomía; por el contrario, puede realizar actos sin la participación del apoyo designado⁽²⁸⁾. Insistimos su participación es la regla, su sustitución es la excepción.

VIII.17. Responsabilidad

Partiendo de la regla, *neminem laedere*, como principio rector de la responsabilidad civil, aquel que daña a otro está obligado a indemnizarlo.

Artículo 1976-A - Responsabilidad de la persona con apoyo

La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa⁽²⁹⁾.

Este es el único artículo que regula la responsabilidad de las personas con discapacidad, al haber quedado derogados⁽³⁰⁾ los artículos 1975 y 1976.

(28) Rosalía Mejía Rosasco, *La implementación de la Convención de las personas con discapacidad en la función notarial* (Perú: Fondo editorial del Colegio de notarios del Perú), 73.

(29) Decreto Legislativo 1384. Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, DOEP, 4/09/2018.

(30) Decreto Legislativo 1384. Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones,

VIII.17.a. De la persona discapaz

La persona discapaz responde por sus actos y por los de su apoyo, caso éste último en el que tendrá derecho a repetir.

Si la persona discapaz está en estado de coma, no responde.

VIII.17.b. Del apoyo

El apoyo de la persona que se encuentre en un estado de coma responde por las decisiones tomadas y que haya actuado con dolo o culpa. Téngase en cuenta que el apoyo actúa con representación, por tanto, asume responsabilidad.

El art. 1976-A del Código limita al caso el apoyo designado judicialmente y solo para los casos de las personas en estado de coma (art. 44, inc. 9); no obstante, consideramos que es de aplicación también para los casos en que haya sido designado con anterioridad y se demuestre el actuar doloso o culposo del apoyo.

VIII.18. Garantía

El apoyo está exento de otorgar garantía de gestión (art. 659-H, Cód. Civil), salvo lo dispuesto en el artículo 426 del Cód. Civil.

VIII.19. Honorarios

Es el pago por los servicios del cargo de apoyo.

Mejía Rosasco⁽³¹⁾ indica que la norma no ha previsto el pago de honorarios para el apoyo, lo cual es una exclusiva decisión del otorgante, además la norma no lo impide, lo cual facultaría al juez poder fijarla, según la complejidad el asunto.

VIII.20. Clases

Los apoyos pueden ser:

- Común
- Temporal

DOEP, 4/09/2018.

(31) Rosalía Mejía Rosasco, *La implementación de la Convención de las personas con discapacidad en la función notarial* (Perú: Fondo editorial del Colegio de notarios del Perú), 55.

- Para un solo acto
- Especial

Veamos:

VIII.20.a. Apoyo común

Es el que trata el Código.

VIII.20.b. Apoyo temporal

La regla es la permanencia, la excepción la temporalidad.

Es el desempeñado por una institución pública, siendo su carácter especial y transitorio.

Las características de este apoyo son:

a. Para personas con discapacidad albergadas en:

- Hospitales psiquiátricos.
- Establecimiento de salud.
- Casas u hogares protegidos.
- Centros de acogida residencial.
- Centros de atención básica integral.
- Otras instituciones de similar naturaleza.
- Centros de rehabilitación en salud mental.

b. Recae en el director del establecimiento.

c. Es temporal.

VIII.20.c. Apoyo para un solo acto

El apoyo puede ser designado para un encargo específico, para un solo acto (art. 18, Reg. 016).

VIII.20.d. Apoyo especial

Es el caso del apoyo pensionario.

La designación de apoyos es para las personas adultas mayores (60 años o más)⁽³²⁾, con imposibilidad de manifestar su voluntad, específicamente para:

a. Cobro de pensiones

b. Devolución de:

- Soportes económicos, o
- subvenciones de programas nacionales de asistencia no contributivos.

Base legal. Está regulado en el DLeg. 1417⁽³³⁾ que promueve la inclusión de las personas con discapacidad y modifica el artículo 4° del DLeg. 1310, que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa.

VIII.21. Restitución de la capacidad de ejercicio de las personas interdictadas

Es el caso de la reversión de la interdicción.

Es un derecho, como dice Mejía Rosasco⁽³⁴⁾, de las personas con discapacidad que hayan sido declarados interdictos. Le corresponde la facultad que varía su situación jurídica a la de apoyos y salvaguardias.

Dado que la incapacidad y la interdicción han sido derogadas, en especial para las personas con discapacidad, la norma se encarga de establecer la reversión de interdicción por la designación de apoyos y salvaguardias, i.e. se busca adecuar el viejo sistema de sustitución por el de inclusión. La norma indica:

Cualquier persona puede solicitar la reversión de la interdicción de personas con discapacidad, dictada con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, por la designación de apoyos y salvaguardias” (Segunda disposición complementaria final, Dleg. 1384).

(32) L. 30490, Ley de la persona adulta mayor, DOEP, 21/07/2016. “Entiéndese por persona adulta mayor a aquella que tiene 60 o más años de edad”, art. 2°.

(33) (DOEP, 13/09/2018)

(34) Rosalía Mejía Rosasco, *La implementación de la Convención de las personas con discapacidad en la función notarial* (Perú: Fondo editorial del Colegio de notarios del Perú), 61.

IX. SALVAGUARDIAS

IX.1. Generalidades

Esta institución funciona con un medio de control al actuar del apoyo. Este tiene una función y la misma debe ser supervisada, buscando siempre el máximo interés de la persona con discapacidad.

IX.2. Concepto

Son medidas, tareas o encargos que debe cumplir el apoyo, siendo verificadas por quien ejerce la salvaguarda. Es decir, se rinden ante una persona que ejercerá la salvaguarda.

Las salvaguardias se implementan (art. 1º. Reg. 016) o se establecen de acuerdo al caso concreto (art. 659-G, Cód. Civil), i.e. son especiales para cada situación.

Es un medio de fiscalización. Controla, supervisa, vigila. Las acciones del apoyo deben estar dirigidas a preservar a la persona discapaz, respetando sus derechos y conllevando a su realización. Evitan el perjuicio y la afectación ante el actuar indebido del apoyo. Se adelanta a ello a través de medidas que deben cumplirse a fin de justificar la labor, es una forma de supervigilancia al apoyo.

IX.3. Denominación

Llamada salvaguarda.

IX.4. Definición

Son medidas que aseguran la correcta labor del apoyo, a fin de que actúe conforme al mandato encomendado, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que cuenta con apoyo, previniendo el abuso y asegurándose que no exista influencia indebida por parte de quien brinda dicho apoyo.

IX.5. Características

Las salvaguardias tienen las siguientes características:

- Son de obligatorio establecimiento (art. 21.2, f., Reg. 016).
- Se establecen de acuerdo al caso concreto (art. 659-G, Cód. Civil), i.e. son especiales para cada situación.

- Son medidas que aseguran la correcta labor del apoyo, se representan en acciones.

- Se fijan los plazos mínimos para la revisión de los apoyos (art. 13, f y 21.2, Reg. 016).

- Son proporcionales y de acuerdo a las circunstancias de la persona que recibe el apoyo. (art. 13, f y 21.2., Reg. 016).

- Se establecen a consecuencia del apoyo, depende de éste, no tiene independencia ni autonomía, son consecuencia del apoyo.

- Surte efecto desde la emisión de la escritura pública, expedición de la sentencia consentida o ejecutoriada o resolución consentida o ejecutoriada que concede una medida cautelar (art. 19, Reg. 016).

- Como medidas deben rendirse ante quien cautele su cumplimiento.

IX.6. Elementos

Los elementos que la componen son:

a. Subjetivo: Es el aspecto personal. Los sujetos.

- Discapaz. Es la persona asistida. Es quien tiene el derecho a contar con un apoyo.

- Apoyo. El encargado de presta una ayuda en la manifestación e interpretación de la voluntad.

- Quien ejercen las salvaguardias. Puede ser una persona natural o jurídica. Es ante quien se rinde cuentas y quien verifica que el apoyo ha cumplido con las salvaguardias. Obviamente debe recaer en una persona distinta del apoyo. Este no puede vigilarse a sí mismo. Otro debe de hacerlo.

b. Objetivo: Es el aspecto material. Son las medidas que componen la salvaguardia.

IX.7. Establecimiento

Es la implementación, su establecimiento es obligatorio.

IX.7.a. Personal

En la escritura pública. La persona que solicita establece las salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto (art. 659-G, Cód. Civil).

IX.7.b. Judicial

El juez en la sentencia. El juez interviniente en el caso del artículo 659-E establece las salvaguardias, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos (art. 659-G, Cód. Civil, art. 48-e, Reg.016).

IX.8. Efecto

La designación de las salvaguardias surte efecto desde (art. 19, Reg. 016) desde:

- La emisión de la escritura pública.
- La expedición de la sentencia consentida o ejecutoriada.
- La resolución consentida o ejecutoriada que concede una medida cautelar.

IX.9. Inscripción

En base al principio de publicidad.

Respecto de las salvaguardias procede la inscripción en el Registro de Personas Naturales (art. 25.1., Reg. 016).

IX.10. Variación

Son casos en los que los apoyos varían, por tanto, sucede lo propio con las salvaguardias, estos son:

IX.10.a. Modificación

Las salvaguardias pueden modificarse, debiendo cumplir con la misma formalidad de su designación o establecimiento primigenio (art. 26.1., Reg. 016).

IX.10.b. Revocación

El establecimiento de salvaguardias puede ser revocado, en cualquier momento, debiendo cumplirse con la formalidad de su designación o establecimiento primigenio (art. 27.1., Reg. 016).

IX.11. Contenido

Las salvaguardias mínimas son los plazos para la revisión del apoyo concreto (art. 659-G, Cód. Civil, art. 21.2. y 48-e, Reg. 016).

Además, pueden comprender, entre otras, las siguientes acciones (art. 21.3, Reg.016):

- a. Realizar.
 - Auditorías.
 - Visitas domiciliarias inopinadas.
 - Supervisión periódica inopinada.
 - Entrevistas con la persona designada como apoyo y personas cercanas a la persona con discapacidad.
- b. Rendición de cuentas.
- c. Requerir información a las instituciones públicas o privadas.

IX.12. Función

La función de las salvaguardias es dar seguridad a través de medidas (art. 659-G, Cód. Civil y art. 21.1, Reg. 016):

- a. Que el apoyo actúe conforme al mandato encomendado.
- b. Garantizar en la persona que recibe apoyo el respeto de:
 - Los derechos.
 - La voluntad.
 - Las preferencias.
- c. Prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos.
- d. Evitar la afectación o poner en riesgo los derechos.

Son medidas destinadas a asegurar que la persona designada como apoyo actúe conforme al mandato encomendado, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que cuenta con apoyo

y asegurando que no exista influencia indebida. Deben constar en la escritura pública o en la sentencia de designación de apoyo, indicándose el período de su ejecución (art. 21.1., Reg. 016).

Funciones de las salvaguardias	
Que el apoyo actúe conforme al mandato encomendado.	
Prevenir el abuso y la influencia indebida.	
Evitar la afectación o poner en riesgo los derechos.	
Garantiza	- Derechos - Voluntad - Preferencias
Asistencia	

IX.13. Conclusiones

Luego del análisis realizado, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

- Todo sujeto sin excepción, capaz o discapaz, tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos.

- Las personas con discapacidad, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad, tienen capacidad jurídica.

- La persona con discapacidad debe contar con un entorno que le permita el ejercicio de su capacidad y sus derechos, en base al criterio de inclusión y de igualdad, criterio este que ha sido desarrollado por la bioética que consagra el valor de las personas en aplicación de los principios bioéticos de la no maleficencia, beneficencia, justicia y autonomía.

- En ciertos casos el sujeto merece de asistencias para su desarrollo e interacción; estas asistencias juegan un rol crucial para la integración social de la persona con discapacidad, de forma que pueda expresar su voluntad y cumplir con la transcendencia jurídica de los actos deseados.

- Entre las asistencias tenemos los: Ajustes razonables, Personas de confianza, Apoyos y Salvaguardias. Su finalidad es contribuir, servir, colaborar con la realización social de las personas con discapacidad. Los

ajustes razonables se otorgan, las personas de confianza se eligen, los apoyos se designan y las salvaguardias se implementan.

- El apoyo es la asistencia a la persona con discapacidad que le permite llevar a cabo su manifestación de la voluntad para la generación de efectos jurídicos en su favor. Las salvaguardias son las medidas que aseguran la correcta labor del apoyo, a fin de que actúe conforme al mandato encomendado, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que cuenta con apoyo, previniendo el abuso y asegurándose que no exista influencia indebida por parte de quien brinda dicho apoyo.

X. BIBLIOGRAFÍA

Claudia Marcela Rozo Reyes, “Principios bioéticos y discapacidad: la perspectiva de su inclusión en las políticas públicas”, *Revista Colombiana de Bioética*, 2011.

Comisión Europea, “Empleo, asuntos sociales e inclusión”, EC Europea, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1473&langId=es> (consultado el 09 de junio de 2020).

Enrique Varsi Rospigliosi, *Derecho genético. Principios generales*, (Lima: Grijley, 2013).

Francisco José Cambra, Nagore Lasuen y Antonio Palomeque, “Coma: etiología, fisiopatología y diagnóstico”, *Anales de Pediatría Continuada*.

Luis Cayo Pérez Bueno, “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, Cermei, https://www.cermei.es/sites/default/files/docs/novedades/la_configuraci_n_jur_dica_de_los_ajustes_razonables.pdf (consultada el 09 de junio de 2020).

María José Paredes Verau, “Los ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”, *Ius360*, <https://ius360.com/privado/laboral/los-ajustes-razonables-para-las-personas-con-discapacidad-en-el-lugar-de-trabajo/> (consultada el 8 de junio de 2020).

Observación general Número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, https://inclusion-international.org/wp-content/uploads/2016/06/Observaci%C3%B3n-general-N%C2%BA-1-2014_Igualdad-ante-la-ley_LF.pdf (consultado el 22 de junio de 2020).

Rosalía Mejía Rosasco, *La implementación de la Convención de las personas con discapacidad en la función notarial* (Perú: Fondo editorial del Colegio de notarios del Perú).

Sergio Ramos Pozón, "Una visión más realista de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Acta Bioethica*, 2017.

HACIA UN “DERECHO DE LAS INTELIGENCIAS”

POR FULVIO SANTARELLI (*)

I

Recitaba el art. 51 del Código Civil de 1869 “todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”.

De este modo el ordenamiento civil anterior, suministraba una premisa de identidad humana para describir la realidad a la cual se le aplican los derechos propios de la persona; tesitura de la cual el código civil y comercial actual se aparta omitiendo referencias identitarias de lo humano ⁽¹⁾. Es que se es persona por el solo hecho de ser hombre y por esa sola condición se es titular de capacidad jurídica, que sólo puede ser restringida para supuestos particulares ⁽²⁾.

II

El ámbito en el cual se desarrollan estas reflexiones es el de la identidad humana, aquello que es lo propio de su realidad; para distinguirlo de la identidad personal, como atributo de la persona humana; que —aunque diferente—, se relacionan estrechamente.

(*) Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Postura que fue inaugurada por el Anteproyecto de Reformas al Código Civil de 1998, el cual en una de sus notas afirmaba, con razón, que la noción de persona proviene de la naturaleza, la persona es una realidad anterior a la ley.

(2) RIVERA, Julio C. “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”. Buenos Aires. La Ley 2020, t° 1, pág. 662

Las razones que llevan a estas reflexiones fincan en el fenómeno desafiante que las nuevas tecnologías y los avances científicos presentan para la realidad de lo humano, así, la genética, con la potencialidad de edición de la información del ADN; la neurobiología, con la capacidad de incidir en las decisiones humanas o bien la inteligencia artificial que se presenta como una realidad o artefacto con potencialidad de razonar y decidir; de crear; de innovar ⁽³⁾.

III

En efecto, la IA se desarrolló desde la pretensión de emular lo humano; aún hoy, cuando se señala que no puede imitar emociones; o desarrollar la ironía, o aquello que todavía se rescata como privativo de la humanidad, para la IA y sus desarrolladores no son más que desafíos. Esta pretensión emulativa vuelve la mirada a lo humano, el desarrollo de la neurociencia es el principal afluente para el impulso de la IA; en los Estados Unidos, es la psicología cognitiva la que aporta más evidencias en este sentido; en efecto, no sería posible referirse al riesgo de los sesgos en la IA, si antes no se desarrollaba la idea en lo humano ⁽⁴⁾.

Por otro lado, la IA desde sus orígenes se pensó con la idea de un “agente” es decir con capacidad de conductas inteligentes, con apariencia de persona o de animales; es decir, la idea de crear artefactos inteligentes, autónomos, con apariencia de seres vivos ⁽⁵⁾. En apoyo de esto, el propio “test de Turing” que recurre a una máxima de desarrollo de la IA en términos de tender a la desaparición de las diferencias entre lo humano y lo artificial, o al menos que ellas no sean apreciables para el humano.

Así pues, la impronta de la IA desde su nacimiento y desarrollo está dada por la idea de que un agente inteligente no este limitado por las capacidades que le prodiga su diseñador, sino que el programa sea capaz de aprender más allá de las habilidades de su creador ⁽⁶⁾. De tal modo

(3) Consultar al respecto MANTEGNA, Micaela “Arteficial: creatividad, inteligencia artificial y derecho de autor”. CDYT, Buenos Aires, 2022, *passim*.

(4) La referencia es a la obra “Pensar rápido. Pensar despacio” KAHNEMAN, Daniel (trad Chamorro Mielke) Penguin Random House, Buenos Aires, 14° ed. Buenos Aires. 2021.

(5) KERRIGAN, Charles, *ob cit*, N.° 1031, p. 6.

(6) Expresa el genial RODOTÁ, la tecnología impulsa a abandonar aquella dimensión en donde la biología tenía asignada la función de limitar. “Il diritto di avere diritti”

que el derecho deberá contemplar la posibilidad de la convivencia entre diferentes inteligencias y comenzar a regular tal realidad, en la cual, se interpela a la sociedad global a ordenar las preferencias valorativas para adecuar luego los ordenamientos legales.

IV

En el derecho, suele atribuirse la calidad de persona a todo aquello que adquiere capacidad jurídica, incluso más allá del hombre natural, sino a todo ente a quien se le atribuye capacidad de actuar con efectos jurídicos ⁽⁷⁾.

V

En el derecho privado se ha arribado a cierto consenso en postular que la persona es una categoría jurídica que requiere de un sustrato real —la realidad humana, individual o colectiva— y una cualidad jurídica que le es dada por el ordenamiento ⁽⁸⁾. Pero estas disquisiciones atienden al confronto de realidad humana y realidad jurídica y bien visto, se discute en términos de “preexistencias”. Desde el desarrollo de los Derechos Humanos, no cabe hesitar que la presencia de lo humano, en cualquiera de sus potencialidades, reclama, por sí, y de la mano de la dignidad que le es propia al derecho. No es que la realidad jurídica deba o no reconocer a la persona, sino que la realidad de lo humano interpela al Derecho.

VI

Ser humano. Ser una persona... el ser humano es una persona. Es cuerpo y espíritu, amor y desamor. Esta expuesto a las oscilaciones del altruismo y la codicia, el perdón y la venganza. Es reflexión, decisión, acción. Él es único. Que un animal este dotado de sensibilidad, que una quimera tome forma, que un robot actúe, que las aguas de un río sean sagradas no justifica reconocerles una dignidad idéntica ⁽⁹⁾.

Laterza, Bari, 2020, p. 351.

(7) TOBIAS, Jose W. p. 330.

(8) BUERES, Alberto Responsabilidad civil de los médicos. P. 594.

(9) TEYSSIE, Bernard Droit des personnes. 24 ° eit.

Esta visión apela a “procesos”, sentir, actuar, pensar; como asimismo a una serie de facultades, como la voluntad, la imaginación, la percepción, la intuición.

No se discute que estos procesos y facultades sean propio de lo humano, pero cabe la pregunta acerca de si son exclusivas de lo humano. De momento, la capacidad sintiente parece exclusiva de los seres biológicos. Tal potencialidad es rescatada para dotar a los animales de un estatus distinto al asimilable a las cosas, tales como “seres sintientes” hasta incluso “personas no humanas”, la discusión acerca de estas categorizaciones ha sido objeto de críticas: “que los animales sean sujetos que sienten, que como tales pueden sufrir si son sometidos a malos tratos y que merecen respecto como tales, no los convierte en personas, puesto que —como hemos anticipado—, al ser irracionales, no son susceptibles de imputación ni pueden gozar de capacidad alguna” ⁽¹⁰⁾ El concepto dirimente al que se recurre es la razón, sin embargo, detrás de la racionalidad, la opinión está poniendo en evidencia la relevancia del albedrío ausente en la categoría de especie en cuestión. Acaso, un artefacto dotado de la capacidad de elección ante alternativas conductuales posibles sería pasible de ser considerado en un estatus diferente al de las cosas.

Con todo, cabe subrayar que los artefactos generan empatía, no sólo por la significación histórica en la vida de una persona, por su relevancia en su biografía, sino —además— en virtud de la facultad de interacción (potencialidad del habla, cumplimiento de tareas, apariencia humana, etc.) son elementos con capacidad de generar empatías.

VII

No todo está en la esencia del ente, también el contexto en el que se mueve la persona resulta relevante para su identidad, así la condición y situación de la persona es relevante para su consideración en términos de discapacidad; en tal sentido la Convención sobre Derechos de la Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas establece:

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

(10) RIVERA, Julio C, obra citada, tº 1 pág. 661

VIII

Parece claro que lo propio de lo humano finca en una realidad biológica que conlleva un conjunto de potencialidades que le permiten un cierto desarrollo, algunas de ellas pueden estar presentes con distintas intensidades, o estar en su mínima expresión, pero que le permiten ostentar una dignidad que le hace ser titular de derechos y facultades, aunque más no sea para su protección.

En esta dignidad que se le otorga aún en los umbrales mínimos de potencialidad, también hay una manifestación de esperanza en la biología o en la evolución de los seres vivos; en efecto, en tanto haya actividad neuronal, habrá vida sin perjuicio de las concretas facultades que la persona pueda desenvolver⁽¹¹⁾. Esta potencialidad del desarrollo y superación individual distingue al humano de las demás especies, en todo caso, habrá que analizar si las probadas capacidades de aprendizaje de la inteligencia artificial es parangonable con esta potencialidad característica de los humanos.

La dignidad de lo humano, la pesquisa de su fundamento último da la pauta de la relación entre la humanidad y la creación tecnológica, el centro de gravedad que administra esta relación radica en el concepto de dignidad.⁽¹²⁾

IX

Ciertas posturas muestran una línea divisoria nítida entre lo natural o biológico y lo artificial, como producido por el hombre. De tal manera se enfatiza: un robot no es más que una herramienta, no es más que un

(11) En efecto, la muerte, se considerará tal “cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) 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 nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Unico Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible” (art. 23, Ley de Transplantes N.º 24.193 y sus modificaciones).

(12) RODOTA, Stefano, obra citada, pág. 184.

bien o una cosa, que sea inteligente, no cambia nada, no es más que un artefacto de componentes fabricados y ensamblados por humanos ⁽¹³⁾.

Sin embargo cabe hesitar acerca de tal claridad, en efecto, con sólo considerar los avances de las técnicas artificiales que cooperan o bien reemplazan a fases imprescindibles en el proceso de concepción, fecundación, anidación o implantación y desarrollo del embarazo; como asimismo las técnicas de gestión o manipulación genética —reconocidas y aceptadas para el desarrollo de la vida en el reino vegetal y animal; más controvertidas en el género humano—; y de otro lado, si se consideran las tecnologías que se utilizan para mejorar lo humano, como los avances en biotecnología, cuyas soluciones, a menudo, vienen de la mano de la inteligencia artificial, etc. parecen aconsejar una mirada más cautelosa de un mundo nítidamente separado entre lo naturalmente biológico y lo manipulado artificialmente.

X

Asoma una realidad mixturada, una inteligencia artificial, al cual se le reconocen indudables atributos, como la capacidad de procesar ingentes cantidades de información, rapidez en cálculos complejos, facilidad para la predicción de probabilidades (o al menos de correlatividades) que puedan cooperar con el razonamiento humano. La dimensión de cooperación no significa reemplazo, sino organización de roles ⁽¹⁴⁾. La capacidad de predicción de la Inteligencia artificial no necesariamente debe traducirse a una acción, puede hacerlo, es cierto, pero puede ser también un mero consejo o segunda opinión.

La Inteligencia artificial puede entrenarse en ciertos modelos éticos para cooperar con el humano en la mejor decisión ética ⁽¹⁵⁾.

Es esta la era embrionaria de una nueva inteligencia, que creada por el hombre es capaz de igualarlo o superarlo en varios aspectos de sus ca-

(13) TEYSSIE, Bernard op cit. N.º 5, p. 4.

(14) Toma el mayor relieve la nota Kantiana de racionalidad “la capacidad del hombre para conocer el imperativo moral” que, además de impedir considerar a lo humano como medio; subraya la potencialidad humana del juicio moral, nota definitoria que está presente en el art. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (consultar respecto de la influencia de la idea en la configuración jurídica de la persona humana en LARENZ, Karl “Derecho Civil. Parte General #2.1. pág. 51); he aquí la nítida línea divisoria entre realidades artificiales y humanas.

(15) ROIG, Rafael de Asis p. 33.

pacidades y procesos intelectuales. La Ilusión del “hombre dios” parece cumplirse. Pero más allá de reflexiones existenciales, parece emerger una idea que va tomando forma, la dimensión humana de la inteligencia ha encontrado un par, y el derecho debe tomar nota de ello, desde una mirada cooperativa más que sustitutiva, preconizando que el principio básico sobre el cual construir reglas y reflexionar la organización social de esta novedad disruptiva, es desde el Principio de La Garantía Humana; ⁽¹⁶⁾ preeminencia que viene dada por los elementos que rescata el art. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: la razón y conciencia ⁽¹⁷⁾.

(16) Visto desde esta perspectiva, el art. 16 del Código civil francés toma mayor sustancia al asegurar la “primacía” de la persona, en estos términos: “La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie.”

(17) Art. 1º: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

PERSONAS HUMANAS Y CIBORGS: HACIA UNA FRONTERA EN CLAVE JURÍDICA

POR SANDRA M. WIERZBA (*)

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace siglos el ser humano ha mostrado su fascinación por la posibilidad de crear otros seres que participen de sus propias cualidades esenciales, valiéndose de la ciencia y de la tecnología. La idea fue asociada a cuestiones como la recuperación de la vida perdida, a la derrota de la enfermedad, al diseño de criaturas más fuertes que pudieran proteger a ciertos grupos vulnerables frente a sus enemigos; a la remoción del peso de las tareas tediosas y rutinarias de las espaldas de los seres humanos y también, a la creación de seres más inteligentes que constituyeran una demostración de la genialidad de sus creadores.

La literatura universal da extensa cuenta de todo ello; también exhibe un oscuro temor referido a las consecuencias que podría tener este tipo de creaciones, presente en las más diversas concepciones filosóficas y bioéticas sobre el tema. Así, por ejemplo, Shelley en su emblemática novela *Frankenstein*, colocó en boca de su protagonista, las siguientes palabras:

A lo largo de dos años había trabajado encarnizadamente con el solo objeto de otorgar la vida a un organismo inanimado. Para lograrlo me había privado del necesario descanso, puesto en serio peligro a mi salud, sin que ninguna moderación pudiera apaciguar mi fervor. Y sin embargo cuando mi obra ya estaba lista, mi sueño perdía todo atractivo y una repulsión invencible se apoderaba de mí ⁽¹⁾.

(*) Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) SHELLEY, Mary W., *Frankenstein*, Alfaguara, Bs. As., 2008, P. 94.

Borges en su poema “*El Golem*”, hizo referencia a un ser animado, fabricado con barro, como algo anormal y tosco, cuyo *padre* miraba con algún horror y se preguntaba “¿Cómo [...] pude engendrar este penoso hijo y la inacción dejé, que es la cordura?”⁽²⁾. Por su parte, Asimov, en su ficción titulada “*Yo robot*”, propuso tempranamente las conocidas leyes de la robótica, pensadas como un límite para un escenario futuro, con el cual fantaseaba para el año 2052, a cuyo respecto se sentenciaba “...Las Máquinas son robots y gobiernan el mundo...”⁽³⁾.

En la actualidad, los conceptos de “transhumanismo”, “ciborgs” y “personas aumentadas” dejaron de ser una construcción exclusiva de la literatura de anticipación y de las ficciones del séptimo arte, para integrar el vocabulario de nuestra lengua. De hecho, el diccionario de la Real Academia Española diferencia el concepto de “persona”, que es el “individuo de la especie humana”, del “ciborg”, que es un “ser formado por materia viva y dispositivos electrónicos”. A su vez, en la actualidad se propician estudios jurídicos diversos que se basan en casos de la realidad, donde la materia viva se entrelaza con dispositivos electrónicos.

Vale la pena así discurrir sobre cuáles son algunos de los factores que demarcan la frontera entre el concepto de *persona humana* y lo que aquí denominaremos indistintamente *ciborgs*, *organismos cibernéticos*, *transhumanos* o *personas aumentadas*; también sobre algunos criterios y reglas a considerar para tiempos en los cuales tales figuras podrían coexistir en nuestro medio. Es esa la propuesta de este trabajo.

II. LA PERSONA HUMANA Y SU CUERPO, EN EL DERECHO CIVIL CLÁSICO Y EN SU EVOLUCIÓN

En el Código de Vélez Sarsfield, se designaba con la palabra “persona” a todo ente dotado de la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 30). Los autores clásicos planteaban su interés por determinar si esa aptitud provenía del sujeto en sí mismo, de alguna calidad esencial suya o bien si se trataba de una vestidura externa que le otorgaba el ordenamiento jurídico. Se reconocía una diferencia sustancial entre la posición del positivismo jurídico y el *iusnaturalismo*.

En palabras de Llambías, para la primera posición, las ideas de “persona” y “hombre” respondían a realidades diferentes, captadas por con-

(2) BORGES, Jorge Luis, *Obras Completas*, Bs. As., Emecé, 1984, p. 885.

(3) ASIMOV, Isaac, *Yo Robot*, 1950, Edhasa, Bs. As., 2017, P.332

ceptos jurídicos también distintos, pudiendo investirse con personalidad a otras realidades naturales diversas del hombre, como los animales o los muertos, por cuanto la persona, en definitiva, constituía un centro de imputación de normas. En cambio, para los *iusnaturalistas*, el derecho no sería una creación arbitraria del legislador, sino una disciplina instrumental de la conducta al servicio de los fines humanos, de allí que el ordenamiento jurídico reconocía en todo hombre la calidad de sujeto de derechos, cumpliendo así su finalidad esencial ⁽⁴⁾.

A su vez, Orgaz expresó que resultaba equívoco asimilar el concepto de vida humana al de *persona humana*: aquélla comenzaría con la concepción, en cambio ésta respondería a una idea más estricta que supone *una vida individual y autónoma*, que tiene lugar con el nacimiento ⁽⁵⁾. Y aún hoy la cuestión del comienzo de la existencia de la persona humana sigue dando lugar a controversias en nuestro derecho ⁽⁶⁾.

En la actualidad, la sola postulación del binomio “hombre-persona”, puede ser objeto de variadas críticas a la luz de la normativa de identidad de género (L26743/12). A su vez, según señala Nicolau, se piensa en la persona en su relación con los otros, que como la naturaleza y los animales podrían ser entidades con derechos especiales; interpretándose que la noción de persona debe ser reelaborada, si se pretende incluir en ella a esos otros entes susceptibles de adquirir derechos ⁽⁷⁾.

Pero en estos cambios, muchos ocurridos en el contexto del proceso de constitucionalización del derecho privado, se ha venido reafirmando que el fin último del Derecho Civil es la protección de las personas en un sentido genérico e integral. Como expresa Saux, se les reconoce una tutela mayor, que atienda aspectos vinculados al resguardo de sus derechos esenciales, como la dignidad y autodeterminación, manteniendo vigencia el personalismo ético kantiano, que predicara que el *hombre*, por su propia irrepetible esencia humana, es portador de un valor en sí mismo que lo hace acreedor del respeto irrestricto a su existencia y su

(4) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, tomo I, Abeledo Perrot, Bs. As. 1991, p. 246/251. En esta línea, también Orgaz, Alfredo “La persona humana”, Bol. Inst. Dcho. Civ. Córdoba, 1942, p. 141/165.

(5) ORGAZ, Alfredo “La persona humana”, Bol. Inst. Dcho. Civ. Córdoba, 1942, p. 141/152.

(6) A tenor del contenido del art. 19 Cód. Civ. y Com. y el precedente “Artavia Murillo y o. c/Costa Rica”, Corte IDH, caso 12.361, 28/11/12, entre muy diversos dispositivos legales.

(7) NICOLAU, Noemí, “La persona, una categoría jurídica claudicante. La persona humana y su debilidad jurídica”, en *Liber amicorum*, homenaje a Luis F. P. Leiva Fernández, Pérez Gallardo, Leonardo coordinador, La Ley, Bs. As. 2020, p. 36 y 53.

dignidad, lo cual quedó plasmado en la regulación del Código vigente (especialmente en sus arts. 51 a 61), de acuerdo a los nítidos designios constitucionales de la reforma de 1994 ⁽⁸⁾.

Ahora bien, para abordar el presente análisis, vale la pena recordar las discusiones jurídicas habidas con relación a la naturaleza del cuerpo humano y sus partes, no porque el fenómeno del transhumanismo suponga iguales alcances a los planteados en aquellas sino porque, en definitiva, éste significa en gran medida el agregado o reemplazo de órganos y tejidos humanos por dispositivos cibernéticos. En esa medida, las citadas discusiones pueden significar un aporte de interés.

Al respecto ⁽⁹⁾, cabe recordar que, con el avance de la ciencia, ciertos atributos propios de las partes del cuerpo humano, como su carácter “vital” o “no vital”; “renovable” o “no renovable”, cuestiones como su destino (procreación, trasplante, investigación) y su diferenciación en partes, sustancias y residuos, resultaron demostrativos de la diversidad de intereses comprometidos en la definición de su naturaleza y de ciertos conflictos posibles a partir de su utilización. En ese contexto, el Derecho se interesó por los actos jurídicos que comprometían las partes del cuerpo humano.

En la doctrina, por un lado, se planteó un enfoque “propietarista” o “patrimonialista”, sustentado en la tradición filosófica y religiosa anglosajona, que propusiera la libre disposición del individuo sobre su cuerpo, justificando la regulación del tema en el ámbito de los derechos patrimoniales. De acuerdo con este criterio, las partes separadas del cuerpo o sus productos serían “cosas” y como tales, objeto de los derechos patrimoniales. El estatuto de la propiedad privada les resultaría aplicable, pudiendo la persona a cuyo cuerpo corresponden, apropiarse de tales objetos o incluso hacerlo ciertos terceros legitimados para obtener su transferencia, con o sin fines de lucro. Según señala García Manrique, los partidarios de este enfoque, el régimen de la propiedad privada permitiría encuadrar a todos los biomateriales en un estatuto único y coherente, con soluciones más claras ante conflictos referidos a su conservación y manipulación, contando con flexibilidad suficiente para atender

(8) SAUX, Edgardo Ignacio, director, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*; DE-PETRIS, Carlos Emiliocoautores ores Carlos Emilio Depetris, FABIANO, Aidilio Gustavo, REYNA, Carlos Alejandro, SAUX, Edgardo Ignacio y WAGNER, Claudia M., T.I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa FE, 2018, p. 111/114.

(9) El tema fue tratado previamente en WIERZBA, S. “El cuerpo y sus partes en el caso de personas aumentadas”, capítulo de libro, en Danesi Cecilia, dir. “Inteligencia Artificial, tecnologías emergentes y derecho”, T. II, Hammurabi, Bs. As. 2021, p. 87/102.

a su diversidad y coadyuvando a la prevención de la vulnerabilidad ⁽¹⁰⁾, entre otros beneficios. Así, desde los países nórdicos, Halvorsen ha sostenido que la imposibilidad de aplicar la legislación sobre la propiedad en forma total no sería un obstáculo y si bien una persona no podría ser dueña de otra, sí lo es de sí misma y puede serlo de determinados materiales biológicos legalmente obtenidos de otra persona ⁽¹¹⁾.

De hecho, Tobías nos recuerda que en nuestro medio y con anterioridad a los desarrollos de la biotecnología, a ciertos materiales renovables como el cabello, las uñas y la leche de nodriza, se les aplicaba un criterio contractualista, avalándose la disposición de tales elementos, incluso en forma onerosa ⁽¹²⁾. Así, por ejemplo, Orgaz propuso que aquellos eran *res nullius* —objetos sin dueño— susceptibles de ser apropiados ⁽¹³⁾, con preferencia para la persona de las que provenían. Pero al ampliarse la disponibilidad y destino de algunos materiales biológicos utilizables, se abandonó la idea de la *res nullius*, asumiéndose desde ciertas lecturas, que tales materiales correspondían inmediatamente al ser corpóreo que ha sufrido la separación, mutando su derecho personalísimo a uno de dominio, sin solución de continuidad (Hardcastle, en el derecho anglosajón) ⁽¹⁴⁾.

Desde otra perspectiva, se planteó un enfoque personalísimo, según el cual el cuerpo de las personas, hasta en sus partes más ínfimas, debiera permanecer fuera del mercado, respetándose plenamente el derecho a la dignidad y a la integridad. Con gran predicamento en la doctrina latinoamericana y europea, autores como Bergel sostuvieron que el cuerpo

(10) GARCÍA MANRIQUE, R. “La propiedad sobre las partes separadas del cuerpo: un *test* para el enfoque propietario”, 40, *Rev. Bioética y Derecho* (2017), p. 53 y 54, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6093867>, al 1/8/23.

(11) HALVORSEN, M., “The Human Body and Norwegian Property Law-Ancient and Modern”, *Nordic Health Law in an European Context -Welfare State Perspectives on Patient’s Rights and Biomedicine*, Elizabeth Rynning & Mette Hartlev, eds., Sweden & Denmark, 2012. P. 275/276.

(12) TOBÍAS, José W., “Comentario al art. 17”, en Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial de la Nación, Tratado exegético*, TR-La Ley (2016), p. 132

(13) ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, 1961, (2da ed.)

(14) HARDCASTLE, R. *Law and the human body. Property rights, ownership and control*, Oxford, (2009), p. 148 y ss., claramente parece a favor de la solución mencionada en el texto. En contra, en el precedente de la Suprema Corte de California de 1990, *Moore v. Regents of the University of California* (51 Cal.3d 120), se negó al actor un derecho de propiedad sobre las células que se le habían extraído (aunque cabe aclarar que, en el caso, estaba en juego el patentamiento de un método asociado a un interés público).

en su integridad constituye el soporte de la persona humana y todo lo que con él se relaciona, cae dentro de la esfera de los derechos de la personalidad ⁽¹⁵⁾. Así, éste constituiría una unidad funcional abarcativa de partes ubicadas en lugares distintos: un cuerpo distribuido en el espacio y en el tiempo, tutelado por el derecho a la salud y a la integridad física, en palabras de Rodotá y Zatti ⁽¹⁶⁾. Sus partidarios afirman que interpretar que las partes separadas del cuerpo vivo son cosas, importaría autorizar a que éstas entren en el tráfico mercantil, desvirtuando la consideración y el respeto por la dignidad humana ⁽¹⁷⁾.

Según Andorno, ello habilitaría el tratamiento de los biomateriales como verdaderas mercancías, lo cual sumado a la confianza en la bondad y eficacia del mercado como mecanismo de asignación de recursos de todo tipo, permitiría pensar que la colonización del cuerpo por el mercado no ha hecho más que empezar ⁽¹⁸⁾. De hecho, la distinción entre “personas” y “cosas” sería el principio más básico y estructurante de los sistemas jurídicos modernos ⁽¹⁹⁾. En Bioética, el concepto de cosificación aparecería sobre todo en los debates acerca de la venta de órganos y la maternidad subrogada, quedando claro que ni el “consentimiento informado”, ni el “precio justo” alcanzan para frenar la explotación y mercantilización que afecta a los estratos sociales más empobrecidos del planeta ⁽²⁰⁾.

En esta línea de pensamiento, Tinant ha afirmado que los seres humanos no “tendríamos” un cuerpo, sino que “seríamos” un cuerpo vi-

(15) BERGEL, Salvador D. “Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo”, 26-82, *Rev. Alegatos* (2012), 693, p. 704 disponible al 1/8/23 en <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/200/180>

(16) RODOTÁ, S. y ZATTI, P. *Il governo del corpo*, Giuffrè Editore, Milano, T1, p60 y ss y DE LORENZO, Miguel Federico. “El cuerpo humano que se vuelve cosa, cosas que se vuelven cuerpo humano”, *LA LEY* 2010-B, 807, cita Online: AR/DOC/612/2010, p. 811

(17) BERGEL, Salvador D., cit. p. 708.

(18) GARCÍA MANRIQUE, R., cit. p. 51.

(19) ANDORNO, Roberto “La venta de órganos: problemas de cosificación, explotación y respeto de la dignidad humana”, *JA* 2018-III . AP/DOC/461/2018, publicado originariamente en inglés con el título “Buying and Selling Organs: Issues of Commodification, Exploitation and Human Dignity”, en el *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, nro. 22017, ps. 119-127 y “La distinction juridique entre les personnes et les choses à l’épreuve des procréations artificielles”, *LGDJ*, París, 1996, p. 5.

(20) ANDORNO, R., “La venta de órganos: problemas de cosificación, explotación y respeto de la dignidad humana”, cit.

viente, inviolable, que no podría ser objeto de derechos de naturaleza patrimonial ⁽²¹⁾.

Para Ferrajoli, los biomateriales humanos, al menos cuando resultan vitales, integrarían la categoría de “bienes personalísimos”, que pertenecen únicamente a cada persona, no siendo susceptibles de apropiación privada, constituyendo una subcategoría de los bienes fundamentales, correspondientes a los derechos fundamentales ⁽²²⁾, con especial gravitación de los principios de extrapatrimonialidad, finalidad y revocabilidad. Por ello, Bergel sostuvo que al admitir que las partes separadas del cuerpo deben tener el mismo trato que el cuerpo en su unidad, el enfoque de los derechos personalísimos sería aquel que mejor expresa el respeto a la dignidad del ser humano ⁽²³⁾.

También han existido enfoques eclécticos sobre la materia y entre ellos hay quienes consideran que la modernidad jurídica demuestra la necesidad de considerar al cuerpo humano como una problemática en sí misma, diferenciada de la propia persona y contar con un concepto de cuerpo como categoría autónoma, a la que debería reconocérsele ciertas “propiedades jurídicas”.

En este sentido, De Lorenzo sugirió que, así como existen atributos y derechos de la persona, podría pensarse en atributos y derechos del cuerpo ⁽²⁴⁾.

En cuanto a la regulación de este tema, se observa por ejemplo que el Convenio europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina ⁽²⁵⁾, dispone que “El cuerpo humano y sus partes no podrán constituir fuente de lucro como tales” (art. 21).

(21) TINANT, Eduardo L. “A propósito de los derechos y actos de disposición sobre el propio cuerpo. Código Civil y Comercial y legislación especial”, *Microjuris.com* (2015), MJ-DOC-7543-AR | MJD7543, disponible aql 26/2/21 en <https://aldia-argentina.microjuris.com/2016/01/14/a-proposito-de-los-derechos-y-actos-de-disposicion-sobre-el-propio-cuerpo-codigo-civil-y-comercial-y-legislacion-especial/>

(22) FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos*. Madrid, Trotta. 2014: 211, 214.

(23) BERGEL, Salvador D. “Estatuto del cuerpo humano y sus partes (arts. 17 y 58)”, *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, S. D. BERGEL, L. R. FLAHERTY, M. HERRERA, E. LAMM y S. WIERZBA coautores, Thomson Reuters-La Ley, Bs. As. 2015, Cap. IV, p. 68.

(24) DE LORENZO, Miguel Federico, “El cuerpo humano que se vuelve cosa, cosas que se vuelven cuerpo humano”, *LA LEY*2010-B, 807, cita Online: AR/DOC/612/2010

(25) “Convenio de Asturias de Bioética”, Consejo de Europa; Oviedo, 4 de abril de 1997.

A nivel comparado, cabe destacar el caso del Código Civil francés, que dispuso que el cuerpo humano es inviolable y que tanto éste, como sus elementos y productos no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial; que son nulos los contratos que tengan como finalidad conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, sus elementos o sus partes; y que no podrá concederse ninguna remuneración a quien se preste a un experimento sobre la persona, a la extracción de un elemento de su cuerpo o a la recogida de productos del mismo ⁽²⁶⁾ (art. 16.6).

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación argentina, optó por una alternativa original. De acuerdo a su art. 17:

...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.

En sus *Fundamentos*, criticándose un posible escenario donde prime el criterio “patrimonialista” y con grandes empresas que puedan comercializar partes humanas a gran escala, se justifica la opción de asignar al “valor” de estos bienes un lugar trascendente, afirmándose que dicho valor hace a su “tipicidad”. Es así que, según la ley, los derechos sobre el cuerpo humano y sus partes cuentan con los valores extra-comerciales citados, remitiéndose a la legislación especial en cuanto a su regulación concreta ⁽²⁷⁾.

Se observa así que la noción de dignidad humana se encuentra en la base de nuestro sistema. A pesar de haber sido muchas veces criticada por su vaguedad, Kemelmajer de Carlucci y Lloveras precisaron su concepto al expresar que:

[...] implica el respeto al ser humano en su condición de único e irreplicable, para lo cual deberán tenerse en cuenta los estándares y convenciones de la cultura o comunidad en la que una persona se encuentra inserta, siempre que esos estándares no violenten lo humano irreductible ⁽²⁸⁾.

(26) Arts. 16, 16.1 y 16.5, introducidos por la Ley 94-653 de 29/7/94, Diario oficial del 30/7/94.

(27) *Fundamentos* y LORENZETTI, Ricardo L. comentario al art. 17, *Código Civil Comentado*, Lorenzetti Ricardo Luis dir, T.1, Rubinzal Culzoni, 1ª. Ed. SFe, 2014.

(28) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y LLOVERAS, N. «La dignidad humana en la Declaración universal sobre bioética y derechos humanos», en “Sobre la dignidad

Lejos de ser inútil, tendría un significado muy profundo, encontrándose en la base misma de todo el sistema internacional de derechos humanos, como por ejemplo, en el Preámbulo de la Declaración Universal de los DDHH, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Económicos y en la Declaración de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos, siendo además el eje central y fundamento último de la bioética y de los derechos personalísimos consagrados por el Código armonizado ⁽²⁹⁾. La dignidad humana se habría convertido en el nudo gordiano de los más significativos documentos internacionales vigentes en materia de Bioética, operando como el valor fundante y matriz de todos los demás valores ⁽³⁰⁾.

Es así que si bien resulta bien diferente asociar las consecuencias jurídicas de —por ej.— la utilización de órganos con fines de trasplante o genes con fines de investigación; con las propias del implante de dispositivos de inteligencia artificial en un individuo, aquello que sí hace a un elemento común y de interés jurídico para todas estas prácticas, es la idea de dignidad, que deberá estar presente en las regulaciones y resoluciones que afecten uno u otro modelo.

III. NOTAS SOBRE EL DEVENIR Y LA ACTUALIDAD DEL FENÓMENO EN CUESTIÓN

A lo largo de la historia, el ser humano ha sentido la necesidad de suplir la falta o limitaciones de algunas de las partes de su cuerpo, tanto por razones individuales como sociales. De hecho, si bien existen antecedentes sobre el implante de prótesis en la antigüedad, los mayores avances en la materia se dieron luego de las grandes guerras industriales (la primera y segunda guerra mundial, en particular) que dejaron una gran cantidad de personas amputadas. En ese ámbito, se desarrolló la protésica como disciplina técnica y de base científica, con aportes de la cirugía, la biomecánica y la tecnología de materiales ⁽³¹⁾.

y los principios. Análisis de la DUBDDHH de la UNESCO», María CASADO (Coord.), CIVITAS, 2009, p. 226.

(29) BERGEL, Salvador D. “Derechos y actos personalísimos: la inclusión de los temas bioéticos”, en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, S. D. BERGEL, L. R. FLAH, M. HERRERA, E. LAMM y S. WIERZBA coautores, Thomson Reuters-La Ley, Bs. As. 2015, Cap. III, p. 46/48.

(30) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “La Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”, SJA 28/11/2012, 33, JA 2012-IV

(31) MONTANÉ, Favio “El desarrollo de la protésica a lo largo de la historia humana”, *Ortesis, prótesis y movilidad*, 2018, p. 9 a 12, disponible al 26/6/23 en <https://www.re->

Ahora bien, existiría una brecha significativa entre el concepto de “prótesis” tradicional, como *pieza o aparato empleado para sustituir un órgano o un miembro del cuerpo* ⁽³²⁾ y los implantes que combinan la biología, con la electrónica y la cibernética, que da lugar a los fenómenos que son objeto del presente estudio.

A nivel olímpico, se plantearon serios debates en torno a la utilización de prótesis por participantes portadores de algún tipo de limitación física, habiéndose concluido que *el deporte con prótesis no es dopaje tecnológico*. Ahora bien, tal criterio debió acompañarse de un pronunciamiento del Comité Paralímpico Internacional (CPI), que actualmente permitiría sólo prótesis pasivas, sin electrónica ⁽³³⁾ y asimismo de normas específicas que tienen en cuenta el grado en que las discapacidades de cada atleta afectan su rendimiento ⁽³⁴⁾ y un sistema de aprobaciones de nueva tecnología deportiva que no resulta estático ⁽³⁵⁾.

A su vez, se han publicitado algunos casos paradigmáticos de *artistas vanguardistas activistas ciborg* ⁽³⁶⁾, que dan cuenta de la realidad que inspira este estudio. Por ejemplo, un joven británico habría sido la primera persona con una antena implantada en la cabeza, que le permite ver y percibir colores invisibles como infrarrojos y ultravioletas, así como recibir imágenes, videos, música o llamadas telefónicas directamente a su cabeza desde aparatos externos, como móviles o satélites ⁽³⁷⁾. En el

searchgate.net/publication/344321505_EL_DESARROLLO_DE_LA_PROTESICA_A_LO_LARGO_DE_LA_HISTORIA_HUMANA_1_2018_Ortesis_Protesis_y_Movilidad

(32) RAE, actualización 2022, disponible al 26/6/23 en <https://dle.rae.es/pr%C3%B3tesis?m=formedici%C3%B3n%20del%20tricentenario>

(33) “Las prótesis innovadoras cambian los juegos paraolímpicos”, OMPI Revista, septiembre de 2021, disponible al 26/6/23 en https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2021/03/article_0007.html

(34) “Reglas técnicas y reglamentos”, enero 2022, disponible al 26/6/23 en <https://www.paralympic.org/sites/default/files/2022-01/WSPS%20Rulebook%202022-2024%20Translation%20to%20Spanish.pdf>

(35) Ver por ej. “Competing in winter sports with one leg and a prosthetic: game on for parathletes at Beijing 2022”, disponible al 26/6/23 en https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/ip-at-work/2022/parathletes.html

(36) Para una mejor definición del concepto “ciborg”, que en este trabajo se utiliza como un genérico, referido a personas humanas que cuentan con implantes de dispositivos de inteligencia artificial, se sugiere leer Álvarez Larrondo Federico M. (2020), *Inteligencia artificial y derecho*. (1ª Edición). Hammurabi. <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/inteligencia-artificial-y-derecho?location=9>, p. 86 y ss

(37) ABC informática, “Neil Harbisson, la primera persona, en el mundo reconocida como «cyborg»”, actualizado al 5/12/13 y disponible al 25/2/21 en <https://>

año 2004, las autoridades del Reino Unido habrían rechazado la renovación de su pasaporte, ante la prohibición legal de incluir en su fotografía dispositivos electrónicos externos. Sin embargo, luego de presentar una serie de recomendaciones médicas que justificaban su uso y que informaban que la antena le mejoraba su calidad de vida, se autorizó la renovación del documento, portando el interesado su *eyeborg* en la foto. Es así que la antena comenzó a formar parte de su identidad, de tal modo que no sólo no puede obligarse al portador a su retiro, sino que su daño por un tercero bien podría considerarse un daño a su persona, con las consecuencias jurídicas —penales y civiles— correspondientes, entre variados efectos. A su vez, el interesado habría declarado que se convirtió en un *ciborg* cuándo dejó de sentir la diferencia entre su cerebro y el *software*.

Por su parte, se ha difundido el caso de otra artista de vanguardia conocida por desarrollar e implantarse sensores sísmicos en su cuerpo, con aptitud de percibir los terremotos del mundo en tiempo real, lo cual le permitiría expresarse artísticamente mediante un nuevo sentido, creado a partir de la unión permanente entre su cuerpo y la cibernética ⁽³⁸⁾. Ha ganado fama por su técnica de danza contemporánea, consistente en esperar las vibraciones sísmicas en su cuerpo para luego dirigir sus movimientos de baile ⁽³⁹⁾.

Fuera de estos casos particulares, hoy en día se observan situaciones más extendidas, que suponen el implante de dispositivos que suplantán el uso de llaves, medios de pago y otros elementos de aquellos que nos facilitan la vida cotidiana. Así, en Suecia, miles de ciudadanos se habrían injertado microchips ⁽⁴⁰⁾, que reemplazan el *ticket* tradicional y les permiten viajar mediante la empresa de transporte ferroviario estatal. Estos dispositivos se irían mejorando con el fin de que funcionen como verdaderos teléfonos inteligentes, siendo este país líder en los progresos del transhumanismo, como movimiento que pretende mejorar la humanidad mediante la tecnología, aprovechando su máximo potencial al in-

www.abc.es/tecnologia/informatica/20131203/abci-neil-harbisson-persona-cyborg-201312031832.html?ref=https:%2F%2Fes.wikipedia.org%2F

(38) Conf. Info disponible al 25/2 /21 en https://es.wikipedia.org/wiki/Moon_Ribas

(39) “The World’s First Cyborg Artist Can Detect Earthquakes With Her Arm”, disponible al 16/7/23 en <https://www.vice.com/en/article/8q8e4a/the-worlds-first-cyborg-artist-can-detect-earthquakes-with-her-arm>

(40) Puede verse “Why human microchipping is so popular in Sweden | ITV News”, disponible al 17/7/23 en <https://www.youtube.com/watch?v=qWVQR99bXt8>

corporarla al cuerpo de las personas ⁽⁴¹⁾. Incide sin duda en la adopción extendida de estos sistemas en el país nórdico, el hecho que tal sociedad no exhibe grandes preocupaciones por la divulgación de los datos personales de sus ciudadanos, protegidos por un sólido sistema de seguridad social. De hecho, cierto tipo de información sensible como el nombre completo, dirección, teléfono e incluso nivel de ingresos de las personas, estaría fácilmente disponible en internet ⁽⁴²⁾.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES FILOSÓFICAS Y JURÍDICAS SOBRE LA IDEA DEL “TRANSHUMANISMO”

Con buen criterio Casas Martínez ha afirmado que *el cuerpo humano se ha convertido en el lugar físico de las decisiones extremas y ahora es un novedoso campo de expresión de la libertad humana donde se rebasan los aspectos terapéuticos y se abre el espacio para lo perfecto y para las opciones personales*. Aparecen situaciones inéditas, generadoras de incertidumbre y se diversifican las ideas de la representación del cuerpo por la persona ⁽⁴³⁾, lo cual genera la necesidad de plantearse sus alcances desde la Filosofía, la Bioética y también el Derecho.

En este contexto, desde un sector de pensamiento asociado al “transhumanismo”, se afirma que la humanidad tal como la conocemos, está en vías de fusionarse con la tecnología y que luego de atravesar una etapa en la cual las personas combinaremos el pensamiento biológico y el no-biológico, llegaremos hacia la década del 2040 a un pensamiento humano predominantemente no-biológico. Por ejemplo, Kurzweil luce convencido de que, mediante ciertos implantes, como los intracerebrales, los humanos podríamos convertirnos en seres mucho más inteligentes y sanos ⁽⁴⁴⁾. En nuestro medio, Corvalán ha venido sosteniendo que

(41) “Suecia, un país de ciborgs” (3/11/18), disponible al 16/7/23 en <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20181103/452692821489/suecia-microchips-implantes-movil-biohacking.html>

(42) PETERSEN, Moa, investigadora en Cultura Digital de la Universidad de Lund, “Thousands of Swedes are inserting microchips into themselves - here’s why”, en *The Conversation*, 20/6/18, disponible al 26/2/21 en <https://theconversation.com/thousands-of-swedes-are-inserting-microchips-into-themselves-heres-why-97741>

(43) CASAS MARTÍNEZ, María de la Luz “La experiencia del cuerpo propio” en TEALDI, Juan Carlos, Directo, Diccionario *Latinoamericano de Bioética*, UNESCO, 2008, p. 228.

(44) KURZWEIL, Ray “The singularity is near: When humans transcend Biology”, Viking, Nueva York, 2005, citado por Bartra, Roger, *Chamanes y Robots. Reflexiones sobre el efecto placebo y la conciencia artificial*, Anagrama, Barcelona, 2019, p. 80.

la inteligencia artificial —*componente esencial del transhumanismo*— con un gran potencial para optimizar y simplificar actividades, efectivizando derechos, destacándose, por ejemplo, su aptitud para lograr la superación de las discapacidades sensoriales de las personas ⁽⁴⁵⁾.

Pero desde una postura crítica, bien interesantes, por cierto, Bartra ha afirmado que “los transhumanistas parecen más bien unos chamanes que viajan al futuro y predicán la sustitución de órganos por prótesis tecnológicamente sofisticadas con el objeto de llegar a una condición utópica”, cuando en realidad, para que esta nueva condición poshumana ocurra, debería emerger una nueva forma de conciencia artificial, como un híbrido que enlace circuitos neuronales con redes socioculturales ⁽⁴⁶⁾. A su vez, Harari desconfía del devenir de las vidas aumentadas con cerebros de diseño, al afirmar que “los humanos siempre han sido mucho más duchos en inventar herramientas que en usarlas sabiamente” ⁽⁴⁷⁾. Por su parte, Sadin se ha referido al transhumanismo como un fenómeno sensacionalista cuyo alcance está demasiado sobreestimado, que en lugar de instalar una “poshumanidad”, en todo caso dará lugar a una *humanidad maternizada, incubada y guiada desde servidores que suponen la irrupción solapada de una regresión civilizatoria* ⁽⁴⁸⁾.

También la doctrina jurídica viene ocupándose del tema. Desde Europa, donde la cuestión de las personas aumentadas o ciborgs constituye hoy una realidad, se han propuesto ciertas clasificaciones en torno a los injertos concernidos. Así, por ejemplo, Navas Navarro destaca la diferencia entre el dispositivo tecnológico implantable activo, que suele revestir una finalidad médica y los chips con sensores RFID, Bluetooth o Wireless colocados para ampliar habilidades que no suelen tener la referida finalidad. Los dispositivos tecnológicos injertados en el cuerpo humano podrían considerarse legalmente como “productos sanitarios implantables activos” y tener finalidad médica de reparación (ej.: un miembro inferior ortopédico), de mejora (ej.: implantes mamarios) o ser simples productos, acercándose a la noción de “bien de consumo” (ej.: chips). Estos podrían emplearse para el aumento de habilidades y de capacidades humanas más allá de las mejoras del cuerpo humano actualmente

(45) CORVALÁN, Juan G. “Inteligencia artificial desde una perspectiva de desarrollo asimétrico”, en *Diario Constitucional y Derechos Humanos* Nro. 253 -03.02.2020, disponible al 28/2/21 en <https://dpcuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2020/01/Doctrina-Constitucional-Corvalan-03-02.docx.pdf>

(46) BARTRA, Roger, *Chamanes y Robots...*, cit., p. 81/82 y 89.

(47) HARARI, Yuval Noah, *21 lecciones para el siglo XXI*, Debate, Bs. As., 2018, p. 25.

(48) SADIN, Eric, *La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical*, Caja Negra, Bs. As. 2020, p.242/243.

aceptables. En la actualidad y en ese contexto, tales elementos se regularían por el Reglamento de la Unión Europea sobre productos sanitarios, que comprende los productos sanitarios con finalidad médica, sin ella y mixta ⁽⁴⁹⁾.

En nuestro país, algunos constitucionalistas estudiosos del tema se han mostrado entusiastas con la idea de transhumanismo. Gil Domínguez ha puesto de relieve que las normas fundamentales de los siglos XIX y XX, como así también, los instrumentos internacionales de derechos humanos partieron de una plataforma antropocéntrica, interpretándose que luego habría comenzado una especie de “movimiento de descentramiento”, que motiva la fisura del concepto moderno de humanidad y el progreso hacia una condición antrobiológica que entrelazará organismos humanos y artificiales ⁽⁵⁰⁾; afirmando que cuando la inteligencia artificial alcance un grado evolutivo que trascienda al homo sapiens y cuando los robots humanoides sean parte de la comunidad, el interrogante por los derechos alcanzará una dimensión hasta acá desconocida. Entonces, la subjetividad reconocida por la normativa constitucional y convencional requerirá de respuestas más adecuadas a esta realidad y al futuro que se avecina ⁽⁵¹⁾.

Santos ha afirmado que en la historia de los derechos humanos a nivel internacional *nunca se pudo llegar a un acuerdo sobre qué compone esa “esencia” humana y cuáles son los derechos fundamentales de este sujeto de derecho. Los derechos humanos están en constante transformación, adaptándose el concepto mismo de humanidad, a la coyuntura política, económica y social de su época.* Así como resultaba impensable reconocer derechos a la mujer, a los NNA, a los esclavos y extranjeros para los revolucionarios del SXVII, aquello que hoy resulta difícil de admitir, como el reconocimiento de los derechos de los robots, bien podría resultar natural en un futuro, siendo que el derecho debería acompañar la

(49) NAVAS NAVARRO, Susana “La persona Ciborg contemplada por el derecho”, en C., Danesi Cecilia. *Inteligencia artificial, tecnologías emergentes y derecho 1*. Hammurabi, 2020, <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/inteligencia-artificial-tecnologias-emergentes-y-derecho-1?location=>, p. 160/162.

(50) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés “El transhumanismo no es ciencia ficción”, en C., Danesi Cecilia. *Inteligencia artificial, tecnologías emergentes y derecho 1*. Hammurabi, 2020. <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/inteligencia-artificial-tecnologias-emergentes-y-derecho-1?location=> p. 142, con cita de Sadin, “La humanidad aumentada. La administración digital del mundo”, 2018, p. 130 y siguientes.

(51) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés “El transhumanismo no es ciencia ficción”, cit. p. 142

evolución artificial, hacia una humanidad atravesada por la tecnología que deberá construir un ordenamiento legal para los posthumanos ⁽⁵²⁾.

Desde el Derecho Civil, Tobías ha planteado su preocupación sobre el impacto en la teoría jurídica de esta era de robots, humanoides, androides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas; planteándose el interrogante acerca de si será posible la futura inserción de tales entes en una de las categorías existentes o bien si deberá crearse una nueva categoría, con sus propias características jurídicas, concluyendo que en cualquier caso, será el derecho quien deba establecer su naturaleza y categoría jurídica y no a la tecnología ⁽⁵³⁾.

Lo cierto es que la cuestión de las personas aumentadas impacta en el corazón de los derechos personalísimos, en cuyo ámbito ya Cifuentes planteaba la necesidad de poner límites a las facultades de los seres humanos sobre sus cuerpos, cuestionaba el valor que podría tener el consentimiento de la persona para actos contrarios al orden público y alertaba sobre la necesidad de evitar su cosificación ⁽⁵⁴⁾.

Por lo demás, Alvarez Larrondo ha defendido enfáticamente el desarrollo de una ética de la inteligencia artificial (IA), instando a identificar de qué modo este tipo de tecnología puede mejorar la calidad de vida de las personas. Ha propuesto también la generación de innovaciones que busquen fomentar valores éticos, de manera que una IA fiable pueda mejorar el bienestar individual y colectivo mediante la generación de prosperidad, la creación de valor y la maximización de la riqueza ⁽⁵⁵⁾, para lo cual sería necesario impulsar el estudio, la promoción y el seguimiento de desarrollos en la materia, con un perfil humanista, como objetivo esencial para nuestro país, en los próximos años ⁽⁵⁶⁾.

Se observa asimismo que los intentos legislativos no resultan ajenos a la realidad descripta. En este sentido, por ejemplo, el Parlamento Eu-

(52) SANTOS, Estefanía, "La Inteligencia Artificial: Hacia un Derecho Internacional de los Derechos Posthumanos", 17/9/19, elDial DC2875

(53) TOBÍAS, José W. director del tomo -arts. 1 a 224-; Alterini, Jorge, director general, Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, 2ª. Ed. actualizada y aumentada, Thomson Reuters, La Ley, Bs. As. 2019, p. 192.

(54) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Editorial Astrea, 3ª. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2008, p. 287/290

(55) ALVAREZ LARRONDO, Federico M. (2020). Inteligencia artificial y derecho. (1ª Edición). Hammurabi. <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/inteligencia-artificial-y-derecho?location=66>

(56) *Ibid*, p. 101 y ss.

ropeo ha elaborado unas *Normas de Derecho civil sobre robótica* ⁽⁵⁷⁾, que entre otras cuestiones refiere la posibilidad de “crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots...” y que “...puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar...aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente”. Este instrumento tiene por antecedente un estudio sobre la materia ⁽⁵⁸⁾, que contemplaba ya las siguientes pautas: 1) Proteger a los seres humanos de daños causados por robots; 2) Respetar la denegación de atención por un robot; 3) Proteger la libertad humana contra los robots; 4) Proteger a la humanidad en contra de vulnerabilidades a la intimidad cometidas por robots; 5) Resguardar la administración de datos personales procesados por robots; 6) Proteger a la humanidad del riesgo de manipulación por robots; 6) Evitar perder lazos sociales; 7) Procurar la igualdad en el acceso al progreso en robótica y 8) Restringir el acceso humano a las tecnologías de mejora.

Por su parte, en Chile se ha propuesto una reforma constitucional que pretende proteger la integridad y la indemnidad mental con relación al avance de las neurotecnologías, en los siguientes términos:

...Ninguna autoridad o individuo podrá, por medio de cualquier mecanismo tecnológico, aumentar, disminuir o perturbar dicha integridad individual sin el debido consentimiento. Solo la ley podrá establecer los requisitos para limitar este derecho y los que debe cumplir el consentimiento en estos casos. El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos y condiciones para su utilización en las personas, debiendo propender especialmente al resguardo de la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella ⁽⁵⁹⁾.

(57) Resolución del Parlamento Europeo, de 16/2/17, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), disponible al 26/7/23 en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html

(58) European Civil Law Rules in Robotics, Study for the Juri Committee (2016), disponible al 26/7/23 en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf)

(59) “Protección de los neuroderechos en la Constitución ya es un hito histórico”, disponible al 26/7/23 en <https://www.senado.cl/noticias/neuroderechos/proteccion-de-los-neuroderechos-en-la-constitucion-ya-es-un-hito-historico>

V. UNAS REFLEXIONES FINALES

La cuestión bajo estudio involucra múltiples interrogantes de interés jurídico, de difícil respuesta, pero que vale la pena hacerse para dimensionar los alcances del fenómeno. En este sentido, ¿Qué medidas habrá que tomar de tal modo de alcanzar cierto grado de justicia en el acceso al empleo, si concurren personas humanas y cíborgs por un mismo cargo? ¿Cómo se lidiará con la discriminación que podría afectar a las personas humanas que no hayan tenido acceso a las “mejoras” físicas, psíquicas o de otro tipo? ¿Quién responderá por los daños causados por cíborgs cuando éstos deriven de la acción de los dispositivos de IA implantados? ¿Qué tipo de seguros deberán diseñarse para responder a estos daños, y qué límites en cuanto al objeto, montos, tiempo y territorio deberán aplicarse? ¿Habrá un derecho individual o social a obtener la materialización de aumentos corporales mediados por la cibernética? En sociedades profundamente desiguales, como la nuestra ¿será que el transhumanismo sólo contribuirá a acrecentar la brecha entre las personas más ricas (con acceso a la tecnología ciborg) y las más pobres? ¿Se acudirá acaso a la vía del amparo para exigir de los financiadores (obras sociales, empresas de medicina prepaga, o del propio Estado), la cobertura económica de los injertos de dispositivos de inteligencia artificial? ¿Acaso los implantes de IA serán reconocidos como parte del derecho al disfrute del más alto nivel de salud posible de las personas, con criterio individual, contribuyendo a desfinanciar —aún más— un sistema en el cual muchas personas todavía carecen de los servicios esenciales?

Desconocemos hoy los reales alcances que podrá tener el fenómeno de enlace entre personas humanas y mecanismos cibernéticos, es decir, la *robotización* de nuestras existencias. Razonablemente podemos dudar acerca de si se tratará de un proceso global y extendido en cada una de las sociedades que habitamos el planeta.

Pero actualmente y a la luz de las experiencias y criterios mencionados parece prematuro establecer una frontera definida y jurídicamente sustentable entre la idea de persona humana y cíborg. En todo caso, deberá hacerse una construcción dinámica de tal límite, respetando siempre el concepto de dignidad citado, que contempla a la persona humana como sujeto único e irreplicable, dentro de una cultura comunitaria, pero con respeto a unos estándares —jurídicos y extraterritoriales—, pensamos que hacen a la esencia de tal humanidad.

En ese trayecto, se impone desplegar una mirada muy cuidadosa sobre las prácticas que impliquen la introducción en el organismo humano

de dispositivos de inteligencia artificial, con propiedades de autonomía, interoperabilidad y posibilidad de aprendizaje, que puedan desvirtuar la acción voluntaria de las personas de una manera que carece de precedentes históricos.

Se impone —pensamos— un examen bioético, social y jurídico sobre cualquier práctica de aumento o reemplazo de habilidades humanas por mecanismos cibernéticos, con las características mencionadas. Las disposiciones legales sobre investigación en seres humanos (sintetizadas en disposiciones como el art. 58 del Código Civil y Comercial de la Nación), hoy aplicadas naturalmente a los ensayos clínicos y farmacológicos, debieran aplicarse con tanto o más rigor a las pruebas que signifiquen incorporación de inteligencia artificial a nuestros cuerpos, en la medida en que sus consecuencias encierran un desconocimiento que excede la propia vida de los sujetos de estudio y las de su descendencia, comprometiendo el futuro de la humanidad toda.

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD ANTE LA SOCIEDAD DIGITAL. RESPUESTAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA

POR MARIANO YZQUIERDO TOLSADA (*)

I. INTRODUCCIÓN

Escribo estas páginas en homenaje al gran maestro Guillermo Borda con una profunda satisfacción, y también desde mi agradecimiento a los organizadores del libro homenaje por haber querido contar conmigo. Y lo hago mirando desde el derecho de la persona y a propósito de la lectura de una sentencia dictada recientemente por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo español. Se trata de la STS de 28 de julio de 2022. Qué duda cabe de que la *Ley Orgánica 1/1982, de Protección Jurisdiccional del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (que sin duda es la ley de desarrollo de los derechos fundamentales que más jurisprudencia ha generado en España). Una ley que vio la luz hace más de cuarenta años, y que lo hizo cuando aún nuestra sociedad pertenecía a eso que el maestro Lacruz Berdejo llamaba “galaxia Gutenberg”. Pero es que Internet primero, y después las redes sociales han dado lugar a nuevos problemas que eran inimaginables en 1982, relacionados con el derecho al honor o a la intimidad, y también con el derecho a la propia imagen. Aunque también habrá que decir que, tal vez, los aspectos verdaderamente nucleares o conceptuales siguen mereciendo las mismas respuestas.

De problemas relacionados con Facebook ya se habían ocupado las SSTS de 15 de febrero de 2017 y 19 de diciembre de 2019. De Twitter se ocupó la de 20 de julio de 2018. Y en el caso de la STS de 28 de julio de 2022 (que se apoya con comodidad en las anteriores), las imágenes

(*) Catedrático de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid.

estaban en YouTube. Mi propósito es poner énfasis en que, en lo auténticamente nuclear, las cosas no han cambiado tanto como pudiera pensarse.

II. RESUMEN DE LOS HECHOS

Unas fotografías del actor que habían sido obtenidas de la plataforma YouTube se habían utilizado para ilustrar tres reportajes emitidos en el magazín “El Programa de Ana Rosa”, y que informaban sobre una operación contra el narcotráfico en Mallorca. De hecho, el demandante se encontraba implicado y había sido detenido por ello. En la demanda contra Mediaset España Comunicación, S.A. (en adelante, Mediaset) se reclamaba la declaración de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, así como la condena al pago de 220.000 euros, a la retirada de todas las imágenes relativas a su persona en los reportajes aludidos, y también a la retirada de todas las plataformas en las que pudieran encontrarse los mismos. La demanda relataba que en los programas se hacía mención a un clan de los que controlan la droga en Mallorca, señalándose al demandado y a su familia como los directos herederos del negocio regentado por la mayor narcotraficante de toda la isla.

La demandada interesaba la desestimación de la demanda en todas y cada una de las pretensiones deducidas. La representación de Mediaset alegó que las fotografías ilustraban acerca de una investigación de la Guardia Civil —de hecho, provenían de una fuente tan fiable como es el propio instituto armado— y que se emitieron en el marco de una información de interés público. Se alegaba también que la crónica mantenía un tono neutral, pues incluso se le había permitido al afectado que se grabara su imagen para dar su versión de los hechos.

III. SOLUCIÓN DADA EN PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Primera Instancia N.º 4 de Palma de Mallorca dictó sentencia en la que se declaraba la vulneración pretendida, pues se trató de una difusión de imágenes obtenidas sin consentimiento de unos vídeos subidos al canal YouTube por el hijo del actor. Se condenaba a la demandada al pago de 30.000 euros y se ordenaba la retirada de todas y cada una de las imágenes contenidas en los reportajes y de todas las plataformas en las que pudieran encontrarse.

IV. SOLUCIÓN DADA EN APELACIÓN

La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia de fecha 2 de noviembre de 2020. Efectuando una ponderación de los derechos en conflicto, confirmó la sentencia recurrida, al entender que el derecho a la propia imagen había de prevalecer con respecto a la libertad de información. Las diferencias entre las formas de funcionamiento de Facebook y YouTube no habían de tener repercusión ante unas fotos obtenidas (y, desde luego, difundidas) sin el consentimiento de su titular, con escenas del ámbito personal y familiar del actor, desvinculadas de la comisión de cualquier infracción penal y carentes, por ello, de interés informativo. Nada importaba que tiempo después, al salir del juzgado, el actor hubiera contestado a unas preguntas efectuadas por un periodista de la entidad demandada, permitiendo la grabación de su imagen. Por último, se reputó que la indemnización establecida, al producirse la intromisión a través de veintidós fotografías y en tres programas diferentes de un medio de comunicación social, era proporcional a la entidad de la intromisión sufrida.

V. LOS MOTIVOS ALEGADOS ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

El recurso de Mediaset se interpuso por infracción del art. 20.1. a) y d) de la Constitución Española ⁽¹⁾ en relación con el art. 18.1 ⁽²⁾, y por incorrecta aplicación de los art. 2.1, 7.5 y 8.2. c) de la LO 1/1982 ⁽³⁾, con

(1) Art. 20 C.E.: “1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”.

(2) Art. 18.1 CE: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

(3) Art. 2.1. L.O. 1/1982: “1. 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”.

Art. 7º L.O. 1/1982: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2º de esta Ley: 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 8.2”.

Art. 8º L.O. 1/1982: “1. No se reputarán, 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.

interpretación indebida de la doctrina jurisprudencial correspondiente. En lo que toca a la libertad de información, se argumentaba que en los reportajes concurría interés informativo indudable, que el actor tenía una también inequívoca proyección pública por su implicación en los hechos delictivos, que no se le mostraba en circunstancias vergonzantes o vejatorias y que la información era veraz al haber sido obtenida de fuentes fiables como la propia Guardia Civil.

Y en cuanto al derecho a la propia imagen, la recurrente aducía que las imágenes eran accesorias de la información, y además, al continuar alojadas y colgadas en la plataforma YouTube, seguían siendo susceptibles de ser compartidas libre e ilimitadamente.

En un segundo motivo, se insistía en que, de existir intromisión ilegítima, la indemnización concedida en la sentencia recurrida era desproporcionada.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso, si bien entendió que la indemnización fijada era desproporcionada, postulando que se fijara en la suma de 6000 euros.

VI. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La STS de 28 de julio de 2022 reproduce buena parte de las SSTS de 15 de febrero de 2017 y 19 de diciembre de 2019 (Facebook) y 20 de julio de 2018 (Twitter) y establece una doctrina que tiene poco o nada de novedoso. Y es que en un ámbito tan extraordinariamente casuístico como es el de los derechos gobernados por la Ley Orgánica 1/1982, se antoja prácticamente imposible unificar criterios. Por lo demás, no tiene YouTube unas especificidades que, a los efectos que interesan, precisen una argumentación nueva y distinta a la que el Tribunal Supremo había mantenido ya en relación con las otras plataformas. Sirvan, pues, estas páginas para hacer una advertencia: en lo esencial, la sociedad digital, las redes sociales y las plataformas no han venido a alterar sustancialmente el contenido básico de los derechos de la personalidad. Pero me

2. 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 acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio."

servirán también para aportar mi aportación, en clave de derecho español, para esta obra que la comunidad científica dedica a quien, como el profesor Borda, fue en maestro en derecho de la persona.

VI.1. De nuevo sobre el juicio de ponderación en los casos de colisión de derechos fundamentales

Con precisión puntualiza el Alto Tribunal que el asunto litigioso no era propio del terreno de la libertad de expresión, sino de la libertad de información, pese a la cita incorrecta que se hacía en el recurso del art. 20.1 a) CE. Es llamativo que el demandante ejercitara solamente una acción en defensa de su derecho a la propia imagen, cuando resultaba que ésta había servido para ilustrar tres programas de televisión de notable audiencia que daban información acerca de un clan importante de narcotráfico en el cual se decía que el afectado estaba involucrado. Por la misma razón, el consabido juicio de ponderación era el propio de un conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen.

“Determinar el peso de algo” es la primera acepción de la palabra “ponderar” en el DRAE, lo que en términos más eruditos significa:

[L]a operación racional y motivada de examinar el grado de intensidad y trascendencia con el que cada uno de los derechos fundamentales en colisión resulta afectado, con la finalidad de elaborar una regla resolutoria que permita solventar el conflicto objeto del proceso, y, de esta manera, determinar cuál ha de prevalecer, en tanto en cuanto no existen derechos absolutos, que deban gozar de una incondicionada prioridad en cualquier contexto de enfrentamiento entre sus respectivos núcleos de protección jurídica. En dicho juicio de ponderación, debemos determinar cuál de los derechos en conflicto tiene mayor peso para reputarlo prevalente, en tanto en cuanto no puedan convivir, de forma armónica, en la balanza del derecho.

Con claridad meridiana, ya dijo esto el Tribunal Supremo en las SSTs de 31 de enero y 20 de abril de 2022, sentencias muy próximas en el tiempo a la que es objeto del presente estudio, y el texto es reproducido nuevamente en ésta.

En principio, y desde un punto de vista axiológico abstracto, la libertad de información ha de gozar de una protección reforzada, dada la función constitucional que le corresponde para formar opinión pública en un estado democrático. Pero eso no significa que se trate de un derecho absoluto y sin límites. Repetidamente ha dicho el Tribunal Supremo que las libertades reconocidas en el art. 20 C.E. encuentran sus límites más señalados precisamente en los derechos al honor, a la intimidad y a la

propia imagen del art. 18. Ahora bien, esto último tampoco significa que entonces el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen necesariamente haya de prevalecer. Y en eso consiste precisamente la ponderación, que siempre habrá de llevarse a cabo caso por caso.

A partir de ahí, la sentencia establece el marco conceptual propio de cada derecho, nuevamente con cita de abundante jurisprudencia, aunque con reflexiones que no presentan novedades.

VI.2. El derecho a la propia imagen

Por lo pronto, el derecho a la propia imagen consiste, como ya pudo leerse en la STS de 21 de diciembre de 2021:

[D]erecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública y, por lo tanto, abarca la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental.

Ello comporta una faceta positiva, que consiste, por un lado, en la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, y por otro, le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. Y también comporta una faceta negativa, a saber, la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de la imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, y sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta. Todo ello ya lo había señalado, también en Pleno de la Sala, la STS de 19 de diciembre de 2019.

Es importante resaltar que se trata de un derecho autónomo respecto de los derechos al honor y a la intimidad. En esta sentencia queda patente de nuevo que la LO 1/1982, pese a contener un régimen aparentemente genérico de todos los derechos regulados (honor, intimidad personal, intimidad familiar y propia imagen), trata de derechos de diferentes contornos. Ya el Tribunal Constitucional, en STC 139/2001, de 18 de junio, sentó que el derecho a la propia imagen es autónomo de los demás. De hecho, únicamente el art. 8.2 se ocupa de uno solo de los derechos (el de la propia imagen en particular ⁽⁴⁾), mientras que, en el resto de los artículos, o se llama a los cuatro por su nombre, o las normas se refieren a los cuatro derechos de modo más o menos explícito, pero siempre *juntos y revueltos*. Es a la jurisprudencia de cuarenta años a la que debemos la elemental precisión que no hizo el legislador: puede haber una intromi-

(4) Véase de nuevo el texto del precepto en la nota anterior.

sión que sea legítima en el derecho a la propia imagen pero ilegítima en el derecho al honor (v. gr., una buena caricatura, hecha según los cánones al uso, pero que denigre al caricaturizado), u otra que sea legítima en el derecho al honor pero no lo sea en el derecho a la intimidad (pues la información dada sobre el sujeto era veraz pero invadía el terreno de lo íntimo), por sólo poner dos ejemplos.

Y, en definitiva, la regla ha de ser que para poder captar, reproducir o publicar la imagen de una persona, es indispensable su consentimiento inequívoco, más allá de los casos muy excepcionales previstos en el art. 8.2 LO 1/1982 ⁽⁵⁾: a) captación, reproducción o publicación de imágenes 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 ⁽⁶⁾; b) utilización de la caricatura

(5) Sin ánimo de desviar la atención sobre el elemento central de la sentencia del Tribunal Supremo cuyo dictado motiva el contenido de estas páginas, aprovecharé en las notas 6, 7, 8 y 9 para explicar en apretada síntesis la jurisprudencia española en alguna materia nuclear acerca de ciertos aspectos de los derechos protegidos.

(6) Repárese en que la excepción enunciada lo es, según indica el encabezamiento del apartado 2º del art. 8º, a la consideración de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, único campo de juego de la norma: es la información gráfica (“captación, reproducción o publicación”) o la utilización de la caricatura de estas personas lo que se autoriza. Se trata de una norma de derecho excepcional que impide la consideración de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen en particular, y que por su mismo carácter excepcional, permite deducir que lo que es intromisión legítima en este derecho puede ser intromisión ilegítima en los demás derechos objeto de protección (honor e intimidad), según cómo sea el trato que el informador dispense a la noticia. En una palabra, nada impide que una revista publique la fotografía de un famoso cantante, actor o político cenando con una señorita en un restaurante (art. 8.2 a); pero si el retratado es una persona normalmente recatada en sus conductas y declaraciones, y mantiene reservado para sí misma y su familia un muy apreciable margen de estima en cuanto a su intimidad, tal vez una información gráfica acompañada de conjeturas e hipótesis acerca de una eventual crisis matrimonial sí podría ser considerada como intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad (por mucho que la acción fuera legítima en cuanto a la propia imagen). O hasta en el honor, pues de las relaciones de un conocido hombre de finanzas con una modelo “no se deriva nada para el mundo financiero” (STS de 22 de junio de 2004).

Como bien señala la STS de 24 de octubre de 1988, “el valor preponderante de las libertades de expresión e información (...) solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyen, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información...”

de acuerdo con el uso social ⁽⁷⁾; c) imagen meramente accesoria de una

De la misma manera, puede no ser intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen la captación por cámara de televisión de una persona que se encuentra en una comisaría por asuntos burocráticos, y hasta puede que tampoco lo sea en el derecho a la intimidad. Pero si la imagen aparece luego en televisión ilustrando una información sobre tráfico de drogas, de manera que conduce a que el espectador asocie la noticia sobre una actividad delictiva con quien nada tiene que ver con ella, hay atentado contra el derecho al honor (STS de 30 de marzo de 2001). Y al contrario: puede haber ataque al derecho a la propia imagen pero no al honor ni a la intimidad, como puede verse en el caso a que puso fin la STS de 11 noviembre 2004: fotografía de una pareja saliendo del Registro Civil, ilustrando un reportaje titulado “una pareja sale del Registro Civil tras el *sí quiero*”.

Y, finalmente, también puede suceder —no es infrecuente— que una intromisión en la propia imagen lo sea también en el honor y en la intimidad, como declaró la STS de 25 de noviembre de 2002, para un caso en el que las fotografías playeras que aparecieron en la publicación no correspondían a la modelo Judith M. (como decía el reportaje), sino a otra persona distinta. Hubo, según la sentencia, suplantación de imagen, ataque a la intimidad (por no haber ella dado su consentimiento ni posado en el momento de tomar el baño) y agresión en el honor, por los títulos que acompañaban al reportaje.

(7) Por lo mismo que se apunta en la nota anterior, una caricatura que no atenta contra el derecho a la propia imagen puede hacerlo en el derecho al honor. De lo contrario, como se deduce de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 9 de diciembre de 2002, bastaría con publicar una caricatura en vez de un retrato para que fuera legítimo llamar a alguien “viejo nazi, borracho, ladrón, pederasta y cabrón”. Por lo mismo, la utilización de expresiones difamatorias, por mucho que sean “expresiones del lenguaje hablado”, no son caricatura (STS de 20 de mayo de 1993: el periodista deportivo jugaba con el apellido Roca, para convertirlo en “Pedrusquito”, añadiendo que era impresentable y traidor, que no tenía vergüenza y que su ética deportiva tenía más tripa que cabeza. El género de la caricatura satírica, por consustancial que sean a él la ridiculización y el tono jocoso, “no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el personaje objeto de burla (STS de 14 de abril de 2000).

En cualquier caso, es importante destacar que no cualquier cosa puede considerarse caricatura estos efectos. En primer lugar, ha de tratarse de personajes públicos, siendo el apartado b) una norma cuyo ámbito subjetivo coincide con el del apartado a). Pero, además, la excepción prevista en este apartado b) permite utilizar la imagen de un político u otra figura pública siempre que la misma tenga la condición de caricatura. Por ejemplo, una reproducción de tipo cómic de la imagen de un personaje público sin su consentimiento sería una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, pero en cambio si la representación gráfica lo es de una “figura ridícula en que se deforman o exageran las facciones y el aspecto de alguna persona” (Acad.) la situación entraría en el ámbito de la excepción. Así, la STS de 7 de marzo de 2006 trató de unos hechos bastante expresivos: en aquel semanario aparecía la fotografía de la actriz D^a Isabel Iglesias P. con el texto “La doble de Chabeli se desnuda”. Debajo aparecía una composición fotográfica que conjugaba perfectamente la cabeza de la actriz, Sra. I., y el cuerpo desnudo de una mujer hasta la parte superior de los muslos, cubierta con sólo un taparrabos y exhibiendo unos pechos protuberantes. Debajo de esta fotografía había otro recuadro en forma de cupón recortable, con la leyenda: “Usted decide:

información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público ⁽⁸⁾. Si no se trata de estos casos, el consentimiento ha de ser absolutamente inequívoco. Y, además, ha de ser un consentimiento otorgado “al efecto”

Ponga una X donde considere: Creo que los pechos de la auténtica Chabeli no pueden ser tan bonitos como los de su doble, María S. Creo que los pechos de Chabeli deben ser más bonitos que los de su doble”. La publicación alegaba que el fotomontaje estaba justificado por su carácter humorístico, jocoso y burlón, insistiendo en la semejanza de la fotocomposición con la caricatura. Algo a lo que el Tribunal contesta que no se trata de una caricatura sino de un fotomontaje compuesto de dos fotografías con encaje perfecto, lo que impedía apreciar que se trataba de una cabeza perfectamente identificable pegada a distinto cuerpo. Muy parecido el caso de la STS de 20 julio 2011, donde aparecía también un fotomontaje de la cara de una conocida política con un semidesnudo de cuerpo ajeno y con contenido satírico de escaso gusto.

El tercer requisito es que el uso de la caricatura se haga “de acuerdo con el uso social” (STS de 17 de mayo de 1990 y SAP de Gerona de 7 de octubre de 2002). Aquí ya no se trata de comprobar la naturaleza del retrato como caricatura, sino el uso que se le da a la misma. En la SAP de Huesca de 14 de mayo de 2004 se hace referencia a este requisito para no considerar aplicable la excepción de la caricatura al supuesto tratado. El demandante era un inspector de Policía que participó en una rueda de prensa con la misión de informar sobre una operación desarrollada por supuestos delitos contra la propiedad industrial. Un fragmento de las imágenes de dicha rueda de prensa fue emitido en el programa de TV de tono satírico-humorístico denominado «El Informal», si bien en esta emisión se sustituyeron las declaraciones originales del funcionario por un doblaje de tono y contenido cómico en el ámbito futbolístico, sin ninguna relación con la operación policial de referencia.

(8) No son meramente accesorias del reportaje televisivo las imágenes de los primeros planos del rostro de un accidentado, aprisionado entre el asfalto de la carretera y el vehículo destrozado, ocupando todo el espacio de la pantalla (STS de 23 de mayo de 2003). Ni es accesorio la imagen del que practica el nudismo, cuando es tomada de cuerpo entero y en posición frontal, perfectamente identificable, para ilustrar un reportaje sobre playas nudistas (STS de 28 de mayo de 2002).

Como tampoco lo es la imagen a toda página de una pareja de desconocidos, agarrados de la mano cruzando la calle, integrada en un reportaje sobre las crisis de las relaciones amorosas en nuestros días: la STS de 9 de mayo de 2003 entiende que no es posible separar la fotografía de la pareja (que resultó identificada por las personas de su círculo de conocimiento) para independizarla del reportaje que narra los desamores de una pareja imaginaria. Y, por otra parte, no cabe ampararse en que el personaje es de relevancia pública para con ello legitimar la intromisión en la imagen de su acompañante. Cuando una persona de proyección pública aparece fotografiada en una playa junto con una menor, y el reportaje les atribuye una relación erótica, la imagen de la menor no es precisamente accesorio, como se lee en la STS de 15 de julio de 2004. En cambio, sí es accesorio la imagen en casos como el de la STS de 22 de febrero de 2007: la imagen del actor había sido captada en vídeo por unos detectives en la vía pública, pero el vídeo, tomado con fines de prueba para un proceso judicial, fue realizado en el seguimiento de la actividad de un tercero. Además, sólo fue visionado por el Tribunal.

(art. 2.2º), como después veremos al trasladar la reflexión al marco de la sociedad digital.

VI.3. El derecho a comunicar y recibir información veraz

Nada nuevo tampoco en la descripción del otro derecho en conflicto, y que da lugar al ejercicio de ponderación. Se trata de la libertad de información, que comprende “el derecho a informar libremente” (dimensión activa) y el “derecho a ser informado” (dimensión pasiva), cuyo objeto son “hechos susceptibles de contraste con datos objetivos”, cuyos titulares son “los miembros de la colectividad y los profesionales del periodismo” y cuyo contenido es el de comunicar y en recibir información veraz. La STS de 28 de julio de 2022 cita numerosas sentencias anteriores en este sentido, aunque no considera necesario —acaso porque ello es bien sabido ya— recordar que la veracidad no significa verdad objetiva sino diligencia profesional. Una información puede ser objetivamente falsa, pero si los datos de los que se nutrió fueron obtenidos con diligencia, rigor y contraste de las fuentes, no existirá intromisión ilegítima. La idea tiene como principal consecuencia que la responsabilidad civil de los periodistas y medios de comunicación es subjetiva o por culpa: no basta con que el “producto” sea defectuoso, sino que es preciso que la acción “originadora del defecto” haya sido negligente ⁽⁹⁾.

VI.4. El nuevo marco: la sociedad digital

VI.4.a. Facebook, Twitter, Instagram, Tuenti

Pero es que el juicio de ponderación tiene en la actualidad un contexto bien distinto al que tenía ante sí el legislador en 1982. Dice la sentencia que:

[E]l uso masivo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, así como el papel que desempeñan las redes sociales en internet, suponen la aparición de nuevos escenarios en los que entran en colisión los derechos fundamentales de las personas, y en los que los

(9) Siempre me ha parecido falaz decir que la Constitución Española no admite otra fórmula de responsabilidad de los medios de comunicación. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, «veraz» no significa «diligente», sino «que dice, usa o profesa siempre la verdad». ¿Es inconstitucional hacer responder a los medios por las informaciones que terminan revelándose como objetivamente falsas, aunque hubieran sido obtenidas de manera diligente, o es éste simplemente uno de los varios modelos posibles? ¿No cabe en la Constitución una responsabilidad sin culpa de los medios de comunicación, en la que sí haga falta culpa para establecer la responsabilidad personal del periodista? ¿Es ésta una cuestión de constitucionalidad o es sólo una cuestión de pura oportunidad legislativa?

usuarios, inicialmente simples receptores o consumidores de contenidos, se convierten ahora en sujetos que incorporan a las redes información propia que, con mayores o menores limitaciones, comparten con los demás en procesos de interacción.

Y, con apoyo en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la sentencia precisa que, ante los nuevos métodos de obtención de la información, se precisa una vigilancia reforzada.

También se cita al respecto una interesante jurisprudencia constitucional:

[L]os usuarios han pasado de una etapa en la que eran considerados meros consumidores de contenidos creados por terceros, a otra (...) en la que los contenidos son producidos por ellos mismos. Con plataformas como Facebook, Twitter, Instagram o Tuenti, por citar solo algunas, los usuarios (porque jurídicamente ostentan tal condición) se han convertido en sujetos colaborativos, ciudadanos que interactúan y que ponen en común en redes de confianza lo que tienen, lo que saben o lo que hacen, y que comparten con un grupo más o menos numeroso de destinatarios -usuarios igualmente de la redes sociales en Internet- todo tipo de imágenes, información, datos y opiniones, ya sean propios o ajenos (...) de modo que en pocas décadas ha pasado de ser un sujeto pasivo receptor de información a un sujeto activo que elabora, modifica, almacena y comparte información (STC 27/2020, de 24 de febrero).

Es cierto, en fin, que el art. 2.2 establece que no existe intromisión ilegítima cuando el titular del derecho “hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”, aunque éste no tiene por qué ser formal, sino que basta con que sea “un consentimiento inequívoco, como el que se deduce de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas”. Así, no ofrece dudas la intención que tiene quien sube su imagen a Facebook. El Supremo cita aquí la STS de Pleno de 15 de febrero de 2017 ⁽¹⁰⁾. A mi juicio, el adjetivo “expreso” se debe combinar, para quedar claro lo que el legislador quiso decir, con la locución “al efecto”. El consentimiento del sujeto para que una ilegítima posterior no tenga carácter ilegítimo ha de ser un consentimiento dado “al efecto”. A “ese” efecto, “para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de

(10) Al respecto, YZQUIERDO TOLSADA, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (91/2017). «Si una fotografía es accesible al público por haberse subido a *Facebook*, ello no legitima a un tercero para publicarla en un medio de comunicación sin consentimiento», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 9 (2017), Madrid, ed. Dykinson, 2018, pgs. 347 y ss.

una red social”, con la consiguiente posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de la cuenta e interactuar con su titular. No “a otro efecto”, como es “hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta”. En el caso, la imagen del sujeto, tomada de su perfil de Facebook, había servido para ilustrar un reportaje acerca de un episodio violento sufrido en el seno de una conocida familia de Zamora. Un individuo había herido a su hermano con arma de fuego y después se había suicidado. La sentencia entendió que debía prevalecer el derecho a la información veraz sobre el derecho a la intimidad, y no consideró que hubiera intromisión ilegítima en este derecho, aunque sí la hubiera en el derecho a la propia imagen. Recurrida en amparo, fue éste desestimado por la STC 27/2020, de 24 de febrero.

Ese alcance limitado del consentimiento también se encuentra en la STS de Pleno de 19 de diciembre de 2019 ⁽¹¹⁾, según la cual no queda legitimada la utilización inconsentida de la imagen en un medio de comunicación, y ni siquiera cuando la imagen se pone al servicio de una información noticiable como es la detención y entrada en prisión del acusado de la comisión de un delito. Una cosa es la reproducción de la imagen del sujeto en el acto del juicio, entrando en el edificio del tribunal, en el curso de la reconstrucción judicial de los hechos, lo cual es algo que puede considerarse como imagen accesorio de la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público (art. 8.2.c), acomodada a los cánones de la crónica de sucesos y, por tanto, acorde con los usos sociales (art. 2.1), y otra bien distinta si se trata de una imagen obtenida de una cuenta de una red social y difundida sin su consentimiento y sin que, obviamente, haya relación de ninguna clase con los hechos cuya relevancia pública justifica la emisión de la información.

Por lo mismo, tuvo respuesta distinta el caso de la STS plenaria de 20 de julio de 2018 ⁽¹²⁾, de la que también la sentencia que objeto de atención en estas páginas contenía una breve alusión, y que merece aquí un relativo mayor desarrollo. En el caso, era Twitter la plataforma en cuestión.

(11) YZQUIERDO TOLSADA, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2019 (202/2019). «De nuevo acerca del derecho a la propia imagen cuando ésta se toma del perfil público de una red social», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 11 (2019), Madrid, ed. Dykinson, 2020, pgs. 199 y ss.

(12) YZQUIERDO TOLSADA, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (476/2018). «Twitter y las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen que resultan ilegítimas en el derecho a la intimidad», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 10 (2018), Madrid, ed. Dykinson, 2019, pgs. 217 y ss.

La fotografía se había tomado de un determinado sitio web de acceso general, y la doctrina establecida descartó la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, aunque sí la hubiera en el derecho a la intimidad, pues la información revelaba cuestiones acerca de la salud del actor. La utilización privada en cuentas de Twitter de particulares de las imágenes que se hallan disponibles al público en Internet sí puede considerarse como una “consecuencia natural” de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. La inclusión de una imagen en un *twit* equivale en buena medida a la inclusión en el propio *twit* del enlace a la web en que tal imagen se halla. Conforme a lo previsto en el art. 2.1, los “usos sociales” legítimos de Internet, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, *twits*, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas en la red, bien *retuiteando* el *twit* en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro *twit* o en la cuenta de otra red social, bien insertando un link o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, excluyen el carácter ilegítimo de la pretendida intromisión en el derecho a la propia imagen.

En definitiva, cabe decir que, sin necesidad de que haya habido modificaciones de la LO 1/1982 al respecto, se puede concluir que los usuarios de las redes sociales continúan siendo titulares de sus derechos, y el contenido de estos sigue siendo el mismo que en la era analógica. Por consiguiente, la persona sigue pudiendo controlar los datos que circulan en la red social y que le conciernen. El entorno digital no es el “lugar abierto al público” al que se refiere el art. 8.2.a para precluir la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. Si la captación, reproducción o publicación de la imagen no se encuentra justificada por el interés público y la libertad de información, tendrá que existir autorización inequívoca al efecto pretendido y sólo a éste. Se trata de un consentimiento concreto y bien definido, que ni se extiende a otros usos ni tampoco a actos posteriores (STC 27/2020, de 24 de febrero).

VI.4.b. ¿Presenta YouTube alguna singularidad?

Después de relatar la STS de 28 de julio de 2022 que las imágenes habían sido incorporadas a YouTube por el hijo del actor, y que éste en ningún momento cuestionó esa circunstancia, entiende la sentencia que ello implica un consentimiento a tal incorporación. Pero resulta algo sorprendente que se planteen, en epígrafe propio, las consecuencias jurídicas que ha de tener la *subida* de las imágenes a la plataforma YouTube. De hecho, la sentencia dice, como si ello fuera una singularidad propia de esta plataforma, que:

YouTube es un sitio web, que permite a sus usuarios subir vídeos para que otros puedan visionarlos en cualquier momento y de manera online. YouTube «permite configurar la privacidad de los vídeos incorporados para controlar quién puede acceder a su contenido y dónde aparecerá, bajo tres niveles u opciones: público, oculto o privado. En la primera de ellas, cualquier usuario de YouTube puede ver los vídeos de tal forma anexados. Además, se pueden compartir con cualquier persona que use la plataforma.

Sin embargo, no hay tal singularidad. Tanto Facebook como Twitter permiten a los usuarios subir vídeos para que otros puedan verlos en línea en cualquier momento, y lo pueden hacer también desde su teléfono móvil o computadora. En ambas plataformas los usuarios pueden ajustar la privacidad de sus vídeos y eliminarlos por completo. En Facebook, los usuarios pueden anexar vídeos a su perfil o página, y también pueden transmitir vídeos en vivo a través de Facebook Live. Además, Facebook también tiene una suerte de videoteca donde los usuarios pueden descubrir y visualizar vídeos populares de todo el mundo.

Y en el caso de Twitter, los vídeos se pueden subir directamente a Twitter o a través de servicios de alojamiento de vídeo externos como YouTube o Vimeo. Además, Twitter también tiene una función de transmisión en vivo llamada Periscope, que permite a los usuarios transmitir en vivo y compartir vídeos en tiempo real con su audiencia.

En Facebook, cuando un usuario comparte un vídeo en su perfil o en una página, puede seleccionar la audiencia específica que tendrá acceso al vídeo. Las opciones de audiencia incluyen “Público”, “Amigos”, “Amigos excepto...” y “Personalizado”, entre otras. Y en cuanto a Twitter, los vídeos pueden ser públicos (visibles para cualquier persona), privados (visibles solo para los seguidores aprobados) o no listados (solo accesibles a través de un enlace directo). Además, los usuarios también pueden seleccionar quién puede responder a sus vídeos, limitando la respuesta solo a personas que siguen la cuenta o mencionándolas específicamente.

En una palabra, no es una cualidad específica de YouTube el que el usuario pueda seguir teniendo el control sobre los vídeos incorporados a la plataforma. Naturalmente que el titular de la imagen no se desprende de su derecho, porque no existe “una supuesta presunción de autorización de uso indiscriminado que derivase del simple y único dato de la incorporación del vídeo a esta plataforma”. Y por la misma razón, el consentimiento que un usuario pueda haber otorgado para publicar una imagen no legitima para que ésta pueda ser utilizada con una finalidad distinta.

Todo lo anterior es también predicable de Instagram. No se olvide además que Instagram fue comprada por Facebook en 2020. En cuanto a Tuenti, plataforma que es también mencionada en la STC 27/2020, dejó de existir en 2022.

VI.5. Prevalencia en el caso de la libertad de información. Valoración del ámbito de reserva que, según sus propios actos, cada persona mantiene para sí y su familia

Pues bien, cuando la sentencia va llegando al final y parecía de su lectura que el Alto Tribunal iba a desestimar el recurso de Mediaset tras una argumentación clara y decidida acerca de la prevalencia del derecho a la propia imagen, el apartado 3.6 del Fundamento tercero da un giro inesperado al discurso. La prevalencia en el caso la tiene el derecho a la información. Y debo decir que, a mi juicio, el resultado (aunque parecía inesperado), resulta impecable, aunque hay alguna matización que hacer.

Eso sí, a base de hacer acopio de argumentos, a mi juicio hay dos que no eran necesarios, y que acaso no fuera correcto hacer:

(v) (...) las fotos difundidas no están dirigidas a suscitar o satisfacer la curiosidad ajena por conocer el aspecto físico del actor (...y) tampoco se corresponden con momentos íntimos o especialmente privados de la vida del demandante.

(vii) El tratamiento de la información es respetuoso con la persona del actor, sin insultos o descalificaciones injuriosas o despectivas, sin perjuicio de la atribución de los presuntos hechos delictivos, que no son objeto de la demanda por supuesta afectación del derecho al honor.

En efecto, el epígrafe (v) habría sido oportuno para un caso de colisión entre libertad de información y derecho a la intimidad, y el epígrafe (vii) lo habría sido si el conflicto se hubiese suscitado entre libertad de información y derecho al honor. El objeto de la demanda era exclusivamente la intromisión en el derecho a la propia imagen. Y entonces, la sentencia valora lo siguiente:

(i) No se cuestiona el contenido del reportaje emitido por la entidad demandada, referente al narcotráfico en la isla de Mallorca, en el que aparece el demandante como investigado, sino la proyección inconsciente de su imagen, obtenida de la plataforma YouTube, a través de veintidós fotografías, proyectadas en tres sucesivos programas de televisión.

(ii) (...) la información difundida está contrastada. El actor estuvo privado de libertad por estos hechos, al menos durante diez meses,

hasta que obtuvo su libertad provisional con una fianza de 50.000 euros. La información recoge la imagen oscurecida del capitán de la Guardia Civil que explica la presunta implicación del demandante en los hechos noticiosos, manifestaciones de testigos protegidos, así como otras imágenes oficiales de las investigaciones llevadas a efecto por agentes de dicho cuerpo en funciones de policía judicial.

Estos dos primeros cardinales encajan a la perfección en el requisito de la veracidad de la información.

(iii) No ofrece duda, tampoco, que dicha información alberga interés público, en tanto en cuanto se refiere a la investigación de un hecho delictivo, de indiscutible transcendencia e impacto social, como son los delitos de narcotráfico cometidos por una supuesta banda criminal.

(iv) El demandante es una persona que goza de proyección pública, como consecuencia de su presunta implicación en los delitos de narcotráfico en la isla balear, a quien se le atribuye la condición de jefe de un clan, que se dedica a dicha actividad y consiguiente blanqueo de dinero.

Estos cardinales (iii) y (iv) ponen de manifiesto que, a juicio de la Sala y aunque no se diga de manera explícita, se trataba de imágenes a las que resultaba de aplicación el art. 8.2.a: la imagen pertenecía a un personaje público en la misma medida en la que se le relacionaba con la información que el medio de comunicación ofrecía en sus documentales. Esta circunstancia resultaba suficiente para que la respuesta consistiera en la prevalencia del derecho a la información.

(vi) las fotos no se encuentran desconectadas de la información difundida, en tanto en cuanto se proyectan para ilustrar el elevado nivel de vida del que disfruta el demandante y su familia, supuestamente derivado de los ingresos provenientes del narcotráfico, en el marco de un periodismo de investigación. Y así se proyectan fotos en las que se ve al actor comiendo ostras y langostas, exhibiendo unas deportivas de marca, haciendo ostentación de billetes en la mano, con vehículos de alta gama, así como en diversas fiestas en las que aparece elegantemente vestido.

(viii) las fotografías difundidas fueron subidas, con la anuencia del actor, a YouTube, de manera tal que cualquier persona puede tener acceso a ellas, aunque no consta que el Sr. Cornelio hubiera dado su consentimiento para su difusión en los programas de la demandada.

No obstante, en el tercero de ellos, en que se informa que, tras diez meses en prisión, el actor fue puesto en libertad con fianza de 50.000 euros, el Sr. Cornelio no cuestiona la grabación de su nueva imagen, mucho más delgado y sin barba, al tiempo que da su versión sobre los

hechos, que es expresamente difundida, incluso con referencia crítica al programa de Ana Rosa. De nuevo hace ostentación de sus bienes, con exhibición de un reloj que lleva en la muñeca, del que afirma tratarse de un Rolex; mientras se escucha una voz de mujer, que dice que el dinero de la familia proviene de la construcción a la que se dedican su suegro, marido y cuñado.

(ix) (...) el art. 2.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, señala que la protección civil del derecho a 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. Y, en este caso, existe una ostentación pública de una elevada capacidad económica. Es precisamente, en el contexto de los reportajes difundidos, en el que debe ser valorada dicha información gráfica y no de forma aislada o descontextualizada.

Finalmente, en estos epígrafes (vii), (viii) y (ix) se viene a decir, siquiera de una manera indirecta y creo que no muy bien conseguida, que se trataba de imágenes amparadas por la excepción establecida en el art. 8.2.c., en cuanto que resultaban accesorias de la información. Esto no resulta convincente, a mi juicio. Este caso no es comparable, por poner solamente algún ejemplo, al de la STS de 17 de julio de 1993, dictada para un conocidísimo asunto contra la editora de la ya extinta revista *Interviú*, y en la que se consideró que las indiscretas fotografías de la esposa del más famoso empresario español del momento sentada con falda corta sin ropa interior en las que se apreciaba la más íntima parte de su anatomía, no eran precisamente accesorias de la información sobre la entrega de premios que estaba teniendo lugar en aquella discoteca. Y menos cuando había una fotografía a doble página, tipo poster, cuya leyenda era "Lo nunca visto de Marta Chávarri". Está bastante claro que en este caso no es accesoria la imagen, sino principal, y por ello es ilegítima la intromisión.

Pero en el caso de la sentencia que se comenta, las imágenes sí se consideran accesorias de lo que se considera puro periodismo de investigación. El argumento es discutible. Con la misma autoridad se puede decir que los reportajes tenían a esa imagen como núcleo mismo de una información acerca del *recochineo* gráfico que hacía el sujeto en cuestión, alardeando de sus ostras y langostas, sus puñados de billetes y su valioso reloj...

Sin embargo, la sentencia insiste repetidamente en estos mismos cardinales en algo que, aunque conduce al mismo resultado, constituye a mi juicio la clave de la decisión tomada. Y es que del art. 2.1 se deduce

algo tan sensato como que, a diferencia de lo que sucede con cualquier otro derecho subjetivo, los derechos gobernados por la LO 1/1982 tienen una fuerte dosis de relativismo, y su protección ha de depender, entre otras cosas, “atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. Es ésta una delimitación que, en mi opinión, tiene muy poco juego en el derecho al honor: el *ius retorquendi* tiene poca cabida en las difamaciones hechas en forma de insultos o expresiones vejatorias, y su ámbito principal debe buscarse en el derecho a la intimidad (sobre todo) y también en el derecho a la propia imagen.

Me explico relatando el caso de una conocida sentencia sobre difamación y derecho al honor: la STS 31 enero 1997. En el caso, el conocido periodista deportivo José María García era, por una vez, demandante. El entonces presidente del Real Madrid, Ramón Mendoza, había dicho en una Asamblea del Club que el padre del periodista había estado procesado por estafa, ocultando el dato de que fue absuelto posteriormente, y que padre e hijo eran “chorizos” y “personas sin moral”. Pero, como previamente, el informador había llamado al señor Mendoza “embustero”, “mentiroso”, “tonto”, “descarado”, “perjuro”, “cobarde” y “cantamañanas”, dice la sentencia que:

[N]o puede reclamar la protección de su derecho al honor el que con sus actos haya evidenciado la escasa trascendencia que para él comporta el referido derecho, al que no considera un valor digno de ser tenido en cuenta. (...) [E]l demandante no puede invocar la protección de su derecho al honor, dado que con sus propios actos reduce el ámbito de protección de su derecho a la mínima expresión.

La sentencia se cuida mucho de poner en evidencia el contexto de la agria polémica existente previamente, lo que lleva a decidir que la mención que hace el art. 2.1 a “sus propios actos” permite pensar que cuando esos actos habían sido justo aquéllos, no puede pretender su autor que sea “protegida su honorabilidad más allá de lo que él mismo respeta la de los demás”.

La idea no es despreciable, pero debe administrarse con exquisita precaución. Y es que, llevada al extremo, permitiría confundir sin pudor el relativismo del derecho al honor con una inexistente legítima defensa. Ante las agresiones al honor, la respuesta del agredido no puede consistir en el pueril “y tú más”. Como regla general, hay que partir justo de lo contrario: cuando una persona está siendo objeto de insultos por parte de un informador, lo que tiene que hacer es demandarle, y no insultar él. No me convence mucho la STS 13 junio 2003 cuando dice que las expresiones

“sectario, servil y perito en traiciones”, aparte de que hay que entenderlas cuando se incorporan como subtítulo de la noticia como “licencias toleradas por los usos sociales a los profesionales del periodismo”, no han de tener reproche jurídico si el propio demandante fue quien había comenzado la contienda.

Por ello, considero que cuando el legislador se refirió en el art. 2.1 al ámbito que cada persona mantiene para sí y para su familia, estableciendo que, en definitiva, debe tenerse en cuenta el grado de intimidad, discreción, compostura y reserva que cada uno guarda en su vida para valorar si, en cada caso concreto, su pretendido perjuicio debe ser reprimido por el Derecho, se estaba pensando en el derecho a la intimidad, y acaso también en el derecho a la propia imagen.

Y, en el caso de la STS de 28 de julio de 2022, existía ostentación pública de una elevada capacidad económica por parte de un individuo que estaba implicado en una importante trama de narcotráfico. Ése era el objeto de los reportajes, en los que, gracias a las fotos subidas a YouTube con su anuencia, aparecía exhibiendo puñados de billetes, vehículos de alta gama y comiendo ostras y langostas. Imágenes, en fin, que, fueran accesorias de la información o fueran el propio núcleo de la misma, no superan el umbral de la ponderación exigida conforme la manera que tenía el actor de guardar discreción y compostura. El problema no se soluciona tanto con lo dispuesto en el art. 8.2.c LO 1/1982 (licitud de la imagen cuando es accesorio), sino más bien con lo que establece el art. 2.1 (necesidad de atender al grado de reserva y discreción de cada cual).

VII. CONCLUSIÓN

La STS de 27 de julio de 2022 se viene a añadir a las que había dictado ya el Pleno de la Sala en relación con otras plataformas como Facebook y Twitter, sin que en el caso de YouTube exista ninguna nota diferenciadora. Básicamente, se viene a insistir en que, si no existe interés público, la captación y reproducción de la imagen de una persona debe contar con su consentimiento. Un consentimiento que debe darse “al efecto”, y que no puede presumirse otorgado para otros usos, otras finalidades u otros hechos posteriores.

Pero en el caso, prevalece la libertad de información acerca de un asunto grave y de interés público cuyo protagonista era un personaje de proyección pública que además hacía en esas imágenes una ostentación de su alto nivel de vida. La ponderación tiene en cuenta el elemento del

mayor o menor grado de reserva y discreción que cada persona mantiene para sí y su familia.

Sirvan, en fin, estas páginas como discreta aportación desde España al merecido homenaje que la comunidad científica tributa a Guillermo Borda, uno de los juristas hispanoamericanos más reconocidos de los últimos cincuenta años.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Yzquierdo Tolsada, «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por F. Reglero Campos), t. III, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pgs. 1366 y ss.

Yzquierdo Tolsada, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (91/2017). «Si una fotografía es accesible al público por haberse subido a *Facebook*, ello no legitima a un tercero para publicarla en un medio de comunicación sin consentimiento», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 9 (2017), Madrid, ed. Dykinson, 2018, pgs. 347 y ss.

Yzquierdo Tolsada, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (476/2018). «Twitter y las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen que resultan ilegítimas en el derecho a la intimidad», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 10 (2018), Madrid, ed. Dykinson, 2019, pgs. 217 y ss.

Yzquierdo Tolsada, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2019 (202/2019). «De nuevo acerca del derecho a la propia imagen cuando ésta se toma del perfil público de una red social», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 11 (2019), Madrid, ed. Dykinson, 2020, pgs. 199 y ss.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA EN INTERNET

POR RAMÓN DANIEL PIZARRO (*)

I. ADHESIÓN A UN MERECIDO HOMENAJE

Es para mí un gran honor participar de este muy merecido homenaje que tributamos a don Guillermo A. Borda, figura emblemática de nuestro derecho civil que dejó su impronta no sólo en su monumental Tratado de Derecho Civil Argentino, sino también, fundamentalmente, por ser el padre de la gran reforma de 1968 introducida por la ley 17.711 al código civil argentino. Una reforma que abrió camino transformó el espíritu del viejo cuerpo normativo y tendió los puentes necesarios para un proceso evolutivo que habría de culminar con la sanción del código civil y comercial de 2015.

Yo, al igual que muchísimos estudiantes, empecé a estudiar derecho civil leyendo a Borda. Y me enamoré del derecho civil gracias a Borda, quien desde mis inicios me mostró un derecho “distinto”, gracias a su claridad conceptual, a su espíritu generoso y humanista y a su maravillosa pluma, que le permitía explicar en pocos párrafos, con estilo claro, directo y elegante, las temáticas más profundas. Valoré todavía mucho más su obra cuando comencé mis primeros pasos en la docencia y en el ejercicio profesional, a punto que, a más de cincuenta años de aquel tiempo añorado, con la nostalgia que a veces da mirar para tras, me ha acompañado permanentemente.

Para mí, Borda estaba, está y estará siempre en un pedestal, reservado a los muy grandes.

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Quizás por eso me permitiré iniciar este trabajo contando una anécdota que tuve la primera vez que lo traté personalmente. Corría el año 1977, yo tenía 23 años recién cumplidos, hacía dos que me había recibido de abogado y estaba como adscripto y auxiliar docente en la Cátedra de Obligaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, cuyo profesor titular era mi Maestro, Luis Moisset de Espanés.

Moisset de Espanés había invitado a Borda a dar una conferencia en la Sala de las Américas de la Ciudad Universitaria, organizada dentro de un ciclo bajo su dirección por el Colegio de Abogados de Córdoba. Era una de las primeras conferencias que Borda había aceptado dar después de la reforma de 1968, quizás porque había sido demasiado combatido de manera personal por sectores conservadores del derecho civil, contrarios a las modificaciones que introducía la ley 17.711 (muchos de ellos, en verdad, opositores a cualquier cambio al código de Vélez). Finalmente, Borda aceptó venir a Córdoba y fue todo un suceso en el foro local, a punto que se agotaron todas las localidades para asistir a esa conferencia en el auditorio más grande de la ciudad.

Borda llegó a Córdoba por la mañana y se alojó en un hotel céntrico. Cerca de mediodía, Moisset de Espanés me mandó a llamar, me dijo que le había surgido un inconveniente para acompañar a Borda a almorzar y me pidió que fuera yo quien lo buscara por el hotel y lo reemplazara en ese almuerzo. No lo podía creer. ¡Iba a almorzar con Borda, yo solo! Pero inmediatamente, me asaltaron los temores: ¿De qué iba a hablarle? ¿Cómo comportarme? ¡Era Borda!

Para mi sorpresa, fue uno de los almuerzos más placenteros que recuerdo. Encontré a un hombre cálido, amable, educado y, sobre todo, muy humilde. Tan humilde que en más de un momento de ese almuerzo me pregunté a mi mismo si sería, en verdad, Guillermo Borda. Borda tenía la humildad de los verdaderamente grandes, algo que con el correr de los años pude comprobar también en otros grandes juristas argentinos a los que tuve el privilegio de conocer y en algunos casos de ser su amigo, como Atilio Alterini, Félix Trigo Represas, Jorge Mosset Iturraspe, Augusto M. Morello, por citar sólo a algunos. Me preguntó si pensaba hacer mi tesis doctoral, le conté que ya estaba trabajando en ella, que mi tema era “Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa”, o sea “su” artículo 1113 (t.o. ley 17.711) y se le iluminó la cara. Me dijo que era uno de sus temas favoritos y me dio importantes consejos respecto de las obras que debía consultar. Algo que fue para mí invaluable y de una enorme utilidad. Terminamos hablando, como corresponde, de fútbol, tema que también dominaba muy bien. Era hinch de Boca Juniors. No simpatizante, hinch.

La imagen y el recuerdo de aquél Borda que conocí me dejó muchas enseñanzas. La más importante: que la grandeza de su obra era acorde con la personalidad y la bonhomía de su autor. Y que un enorme jurista, como él, podía no solo interesarse por un trabajo de tesis en estado embrionario de un joven de 23 años, sino también aconsejarlo, alentarlo, motivarlo.

Inspirado en aquél hermoso recuerdo, comienzo mi trabajo.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN INTERNET. ASPECTOS GENERALES

II.1. Los proveedores de servicios internet

Son proveedores de servicios en internet quienes proveen una plataforma tecnológica para que otros usuarios intercambien información. Ellos ponen a disposición de terceros servicios, aplicaciones o recursos tecnológicos que permiten el aprovechamiento en las redes que componen Internet y de los contenidos, servicios y aplicaciones disponibles en la misma.

Entre otros, están incluidos en esta tipología ⁽¹⁾:

a. Los proveedores de acceso, interconexión, transmisión y/o direccionamiento de contenidos, que son aquellos que operan una red propia o ajena o que proveen servicios de acceso o interconexión a su red o a otras redes, así como la transmisión y/o direccionamiento de contenidos generados o provistos por terceros y la operación y resolución de direcciones IP y nombres de dominio. Así, por ejemplo, Fibertel, Arnet, Speedy, Telecentro, etcétera.

b. Los proveedores de servicios de almacenamiento automático o memoria temporal (*cache*) de contenidos, que son aquellos que almacenan en sus sistemas los contenidos provistos o solicitados por terceros de forma automática, provisional y temporal, con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de dichos contenidos a otros destinatarios del servicio. Comprende a las empresas que almacenan datos en la

(1) Sobre el tema: Garzino, María Constanza, *Contratos electrónicos y responsabilidad jurídica de los intermediarios en el sistema jurídico argentino*, tesis inédita, presentada en la Maestría en Derecho Privado de la Universidad Nacional de Rosario. Hemos utilizado copia que gentilmente nos suministrara la autora. Ver, asimismo: Molina Quiroga, Eduardo, *Contenidos publicados en internet*, LL 2011-A, 1058.

nube (*cloud storage*) para terceros. Se trata de un sistema que almacena datos en espacios virtuales. Las compañías que almacenan dichos datos operan enormes centros de procesamiento de estos últimos. Quienes requieren sus servicios contratan bajo distintas modalidades (compra, alquiler) la capacidad de almacenamiento que necesitan. Los clientes administran el almacenamiento contratado y el funcionamiento de los archivos, datos o aplicaciones. Así, por ejemplo, Dropbox, Google Drive, iCloud, OneDrive y Dataprius.

c. Los proveedores de servicios de publicación y alojamiento de contenidos, que son quienes, por sí o por intermedio de terceros, almacenan contenidos a requerimiento de terceros, o ponen a disposición plataformas tecnológicas que permiten la publicación y/o el almacenamiento de contenidos de terceros para su posterior acceso o transmisión a través de las redes. Así, por ejemplo, Facebook, Instagram, WhatsApp, Twitter, YouTube, Google +, y QZone.

d. Los proveedores de servicios de comercio electrónico, que son aquellos que, mediante la utilización de diversos recursos tecnológicos ponen a disposición, intermedian u operan un ámbito o plataforma que permite la realización de operaciones y actividades comerciales entre terceros. Así, por ejemplo, Amazon, eBay, Alibaba, Mercado Libre y OLX.

e. Los proveedores de las denominadas plataformas digitales de economía colaborativa o de consumo colaborativo (Uber, Airbnb, Wallapop, BlaBlaCar), que comparten o intercambian una serie de productos o servicios a través del uso de algunas plataformas electrónicas.

f. Proveedores de servicios de enlace y búsqueda de contenidos. Son quienes brindan servicios de indexación, direccionamiento, enlace y búsqueda de contenidos generados por terceros, disponibles en la red, mediante la utilización de diversos recursos tecnológicos. Así, por ejemplo, los motores de búsqueda, como Yahoo! y Google.

La actividad de estos intermediarios —relevante e indispensable en los tiempos que corren— puede, en ciertos casos, dar lugar a situaciones de dañosidad, derivadas de la lesión de derechos e intereses de terceros que hacen a la dignidad de la persona humana (intimidación, honor, imagen, identidad personal), o a la garantía de propiedad (propiedad intelectual y derechos afines), o a los derechos individuales y colectivos de los consumidores y usuarios.

¿Cuál es la responsabilidad que puede pesar sobre ellos?

El tema, polémico, complejo y opinable, requiere de algunas consideraciones previas para su adecuada ponderación.

II.2. Los derechos constitucionales comprometidos. El carácter jurídicamente multidimensional de esta temática

Para calibrar adecuadamente la problemática que nos ocupa no se debe perder de vista la importancia y entidad de todos los derechos e intereses comprometidos, la mayoría de los cuales tienen, inclusive, emplazamiento constitucional ⁽²⁾.

Por un lado, el *derecho a la información*, no sólo de los intermediarios en internet, sino de toda la comunidad, que comprende tanto la emisión como la recepción de contenidos por dicha vía ⁽³⁾. Un derecho que tiene dos caras, al decir de Fernández Areal ⁽⁴⁾: *el derecho a informar y el derecho a estar informado*. Ambas facetas permiten comprobar que se ha operado un fenómeno expansivo de la clásica libertad de expresión, cuyos presupuestos, estructuras y consecuencias resultan desbordados.

Se potencian los derechos del emisor de la información, que son reconocidos con amplitud en tratados internacionales ⁽⁵⁾, constituciones

(2) Álvarez, M.J., *Protección de la indemnidad ante agravios materializados vía internet*, SJA 22/01/2020, p.3.

(3) En este sentido se ha dicho que: “Las peticiones relativas a la actividad desarrollada en las plataformas que brindan las redes sociales deben ser analizadas a la luz de la protección que confiere la libertad de expresión como garantía constitucional y la especial valoración que debe conferírsele a ésta en sociedades democráticas, dado que el art. 1º de la Ley de Servicio de Internet dispone que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión” (CNCiv.Com.Fed., sala II, 22/12/2017, V.M.V. c. Twitter Inc., LL 1018-A, 199).

(4) Fernández Areal, Manuel, *Introducción al derecho a la información*. A.T.E., Barcelona, 1977, ps. 10-11. Ver, asimismo: Dumas, Roland, *Le droit de l'information*, ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1981, p. 25 y ss. y ps. 36-38; Desantes Guanter, José María, *La información como derecho*, Editora Nacional, Madrid, 1974, p. 25 y ss.; Zaffore, Jorge, *La comunicación masiva*, Depalma, Bs.As., 1990, p. 14 y siguientes.

(5) La primera formulación del moderno derecho a la información fue efectuada por el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Con posterioridad, han insistido en ideas similares el art. 10 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificado por nuestro país por ley 23.054.

y legislaciones del derecho comparado ⁽⁶⁾, pero —al mismo tiempo— se incrementan sus deberes, que asumen un contenido no sólo ético, sino también jurídico. Simultáneamente, se contempla la situación del destinatario del mensaje —*consumidor*— cuyos intereses difusos merecen también razonable protección ⁽⁷⁾.

Por otro, los derechos personalísimos esenciales para proteger la dignidad de la persona humana (intimidad, honor, imagen, identidad personal, igualdad, etcétera) de quienes resulten protagonistas de informaciones lesivas para su dignidad por aquellos contenidos (arts. 51, 52 y concs. Cód. Civ. Com.); los derechos de los consumidores y usuarios que adquieren bienes y servicios a través de esas plataformas; los de los titulares de derechos de propiedad intelectual, marcas, patentes, y derechos afines que pueden resultar conculcados a través de difusiones indebidas, etcétera.

Dentro de este contexto debe operar un profundo cambio en el *papel del Estado*, que ya no puede ser considerado meramente pasivo: debe ahora *garantizar el derecho a la información* en forma plena y posibilitar un *adecuado equilibrio de los distintos intereses comprometidos*.

La búsqueda de soluciones para la problemática de la prevención y de la reparación del daño, en tales supuestos, requiere de equilibrio y de mucha prudencia, que permitan armonizar delicadamente *todos* los relevantes intereses comprometidos y no solamente alguno de ellos de manera fragmentada. Por importante que éstos sean. Es necesario brindar una tutela jurídica preventiva y resarcitoria adecuada y sensata, que respete la plena vigencia y operatividad de los derechos que hacen a la dignidad de la persona humana, los derechos de los consumidores y los de propiedad intelectual, pero que al mismo tiempo proteja el derecho a la información de toda la comunidad, hoy estrechamente ligado a la operatoria de los de servicios informáticos en Internet.

Conviene recordar que tratándose de un posible conflicto entre derechos constitucionales la tarea de juez debe orientarse a dilucidarlo tra-

(6) Las constituciones más modernas también reconocen en forma expresa el derecho a la información. Así, por ejemplo, las de España de 1978 (art. 20), Italia de 1947 (art. 21), Portugal de 1976 (art. 37), Alemania —Ley Fundamental del año 1949— (art. 5°). La constitución de Francia del año 1958 remite, en su preámbulo, a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del año 1789, cuyo artículo 11 reconoce ampliamente la libertad de expresión.

(7) Boneschi, Luca, *L'informazione come essenza della democrazia moderna: la strada della disciplina giuridica per difendere i valori della persona e per attaccare il potere dei mezzi di comunicazione*, en "L'informazione e i diritti della persona", bajo la dirección de Guido Alpa, Luca Boneschi, Mario Bessone y Gian Doménico Caiazza, Ed. Jovene Editore, Napoli, 1983, p. 5.

tando de sacrificar lo menos posible de aquél que resulte relegado en el caso concreto. La Corte Suprema ha dicho reiteradamente que la Constitución es una estructura coherente, por lo que su interpretación “no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente” ⁽⁸⁾.

Las particularidades del supuesto que se analice y la índole de los intereses comprometidos determinaría, según los casos, la prevalencia de uno u otro derecho en conflicto. Es una regla que también debe ser ponderada por el legislador. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es pacífica en tal sentido ⁽⁹⁾.

Esta cosmovisión cierra las puertas a algunas construcciones extremas, que pierden de vista esta realidad, e impone una cuidadosa modulación de las distintas tipologías de dañosidad que pueden generarse, atendiendo a la naturaleza e importancia de los intereses comprometidos, todo dentro del diálogo de fuentes que impone el título preliminar del código civil y comercial en consonancia con los estándares de constitucionalización del derecho privado que rigen entre nosotros. Se impone, de tal modo, una interpretación coherente de la normativa vigente atendiendo a sus palabras, finalidades, las leyes análogas, “las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, *de modo coherente con todo el ordenamiento*” (art. 2° Cód. Civ. Com.).

No apresuramos a señalar que no nos interesa aquí la responsabilidad de quien publica a través de internet contenidos indebidos, que afectan a terceros. El tema es otro: determinar si se puede extender o no esa responsabilidad en forma concurrente a quienes operan como intermediarios, en calidad de proveedores de servicios de Internet, en cualquiera de sus posibles modalidades, y en particular, en lo que ahora nos interesa, al titular de una plataforma de comercio electrónico *on line*. Una responsabilidad que, sin duda alguna, puede asumir entidad y contenidos muy disímiles *según el tipo de proveedor de servicios en internet que se trate y la operatoria que realice*.

(8) CS 18/4/1989, “Portillo, Alfredo”, JA, 1989-II-657. Nos ocupamos del tema en Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos Gustavo, *Tratado de responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p 224 y ss.

(9) CS, 23/10/ 93, Granada, Jorge H. c. Diarios y Noticias Argentinas S.A., LL, 1994-A - 239; CS, 19/11/91, “Vago, Jorge A. c. Ediciones de La Urraca S.A.”, JA, 1992-I-559; LL, 1992-B- 367 y ED, 145 - 516.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha clarificado en buena medida el panorama en dos relevantes precedentes, dictados en las causas “Rodríguez María Belén” ⁽¹⁰⁾ (2014), “Carolina Gimbutas” (2017) ⁽¹¹⁾ y “Valeria Maza” (2021) ⁽¹²⁾, donde fijó estándares jurídicos para la responsabilidad de los motores de búsqueda (Google, Yahoo!) ⁽¹³⁾, algunos de los cuales resultan aplicables, *con lógicas matizaciones y ajustes*, a los demás proveedores de servicios de Internet. También al titular de una plataforma de comercio electrónico *on line*.

II.3. El principio de neutralidad de la red y su inescindible relación con el derecho a la información

II.3.a. Caracterización

En este orden de ideas, tiene especial importancia el llamado principio de *neutralidad de la red*, genuina manifestación actual del *derecho a la información*, que rige tanto en el derecho comparado como en nuestro país ⁽¹⁴⁾, conforme al cual, como regla que reconoce muy pocas excepciones, *las redes deben estar abiertas a la libre circulación de información entre los usuarios, sin restricciones sobre los contenidos que se comparten*. Corolario de aquél *es que los proveedores de servicios de internet tienen el derecho y el deber de garantizar a los usuarios, de manera igualitaria, el acceso y la interconexión al tráfico dentro de la red*.

(10) CS, 28/10/2014, “Rodríguez María Belén c. Google Inc.,” Fallos, 337:1174

(11) CS, 12/9/2017, “Gimbutas, Carolina del V. c. Google Inc.,” LL, 2017-E-266.

(12) CS, 24/6/2021, “Maza, Valeria Raquel c. Yahoo! SRL Argentina y otros/ daños y perjuicios,” CIV 53931/2007/CA1-CS1.

(13) La responsabilidad de las empresas propietarias de los motores de búsqueda constituye el paradigma en derredor del cual se edifica la solución jurídica de esta problemática.

(14) El plexo normativo que consagra el principio de neutralidad de la red en nuestro país se integra, entre otras disposiciones, por los decretos 554/1997 (que declara de interés nacional y propicia el desarrollo de tarifas adecuadas y estándares de calidad), el decreto 1279/1997 (que enmarca al servicio de internet dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, con todo lo que ello implica), la ley 26.032 de 2005 (que dispone que la búsqueda, recepción y difusión de ideas e informaciones de toda índole, a través de internet, está alcanzada por la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión y el derecho a la información), la ley 27.978 de 2014, denominada “Ley de Argentina Digital”, que estableció la neutralidad de la red en sus artículos 1° y 56. El DNU 690 del año 2020, se inserta también dentro de esta orientación.

II.3.b. Derecho comparado

En el derecho comparado se destaca, muy especialmente, el reglamento 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25/11/2015 que establecieron medidas relacionadas con acceso a internet abierta. A través de dicho marco normativo supranacional y de sus disposiciones conexas y complementarias se persigue proteger a los usuarios finales de internet y garantizar, al mismo tiempo, el funcionamiento continuado y generalizado de internet como instrumento relevante para la innovación y el desarrollo del derecho a la información.

El principio de neutralidad de la red está también consagrado en el art. 9° del Marco Civil de Internet de Brasil.

En cambio, en los Estados Unidos de Norte América, ha operado una regresión en desmedro del derecho a la información por cuanto la normativa que garantizaba la igualdad de condiciones para acceder a internet y lo amparaban como un servicio público quedaron eliminadas en 2015 por decisión de la Comisión Federal de Comunicaciones de EE. UU. (FCC). Primaron los intereses económicos de los proveedores de servicios de internet, a quienes ahora se les permite bloquear, acelerar o ralentizar el acceso a determinadas plataformas web. Ello significa que, en función de sus intereses económicos, pueden privilegiar o vetar a una u otra página en distintos aspectos como la velocidad de carga y acceso a sus contenidos.

II.3.c. Derecho argentino

El plexo normativo que consagra el principio de neutralidad de la red en nuestro país se integra, entre otras disposiciones, por los decretos 554/1997 (que declara de interés nacional y propicia el desarrollo de tarifas adecuadas y estándares de calidad), el decreto 1279/1997 (que enmarca al servicio de internet dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, con todo lo que ello implica), la ley 26.032 de 2005 (que dispone que la búsqueda, recepción y difusión de ideas e informaciones de toda índole, a través de internet, está alcanzada por la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión y el derecho a la información), la ley 27.978 de 2014, denominada “Ley de Argentina Digital”, que estableció la neutralidad de la red en sus artículos 1° y 56. El DNU 690 del año 2020, se inserta también dentro de esta orientación.

El art. 56 de la ley 27.978 (Ley de Argentina Digital), define a la neutralidad de las redes como la garantía “a cada usuario del derecho a de acceder, utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo a través de internet, sin ningún tipo de restricción,

discriminación, distinción, bloqueo, interferencia, entorpecimiento o degradación”. Libre acceso y uso en igualdad de condiciones sin restricciones de los contenidos, por un lado, e interconexión para promover la competencia, por otro, son, de tal modo, presupuestos básicos para la operatividad plena de este principio fundamental ⁽¹⁵⁾.

La plena vigencia de este principio debe tener, en nuestra opinión, algunas proyecciones concretas en materia de responsabilidad de los proveedores de servicios informáticos, con lógicos matices. Particularmente, veremos luego, en aquellos casos en los cuáles respetándolo en toda su plenitud, aquél permita el acceso a su red y el alojamiento de contenidos en ella, desempeñando un rol meramente neutral o pasivo.

II.4. Régimen aplicable en el derecho argentino para la responsabilidad de los proveedores de servicios en internet. Ausencia de un marco normativo específico

En Argentina aún no contamos con un marco normativo específico que regule orgánicamente la responsabilidad civil de los proveedores de servicios en internet ⁽¹⁶⁾, lo cual conduce a que su tratamiento deba realizarse a la luz de las reglas y principios generales de la responsabilidad por daños ⁽¹⁷⁾.

Sería altamente recomendable que el legislador asuma el papel relevante que debe corresponderle frente a esta delicada problemática y sancione una ley que la regule de modo específico.

Vale señalar que, de todos modos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mitigado esta orfandad normativa específica y clarificado en buena medida el panorama en tres relevantes precedentes, dictados en las causas “Rodríguez María Belén” ⁽¹⁸⁾ (2014), “Carolina Gimbutas” (2017) ⁽¹⁹⁾, y “Maza, Valeria” ⁽²⁰⁾, donde fijó estándares jurídicos de impor-

(15) Ver, Navarro, Damián, *La neutralidad de la red según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su relevancia en la Argentina*, LL del 3/11/2020, p.7.

(16) Existió un interesante proyecto de ley elaborado por los senadores Fellner y Pinedo, que tuvo media sanción por el Senado de la Nación el 2 de noviembre de 2016. La iniciativa no prosperó en la Cámara de Diputados y perdió estado parlamentario a finales de 2019.

(17) El despacho unánime de la Comisión número diez de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) reza lo siguiente: “1. Internet es un ámbito en que se generan daños que se rigen por las normas de responsabilidad civil”.

(18) CS, 28/10/2014, “Rodríguez María Belén c. Google Inc.,” Fallos, 337:1174

(19) CS, 12/9/2017, “Gimbutas, Carolina del V. c. Google Inc.,” LL, 2017-E-266.

(20) CS, 24/6/2021, M., V.R. c. Yahoo! Argentina y otros s/ daños y perjuicios, LL del 7/9/2021, p. 4 y ss.

tancia. La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha referido a la responsabilidad de los motores de búsqueda (Google, Yahoo!) ⁽²¹⁾, pero resulta claramente aplicable, también, con lógicos matices, a los demás proveedores de servicios de Internet.

III. RESPONSABILIDAD DEL TITULAR DE BUSCADORES POR CONTENIDOS PUBLICADOS EN INTERNET

III.1. ¿Qué son los buscadores?

Internet se ha convertido en una herramienta indispensable para la búsqueda de información. Para ello han surgido los buscadores (o motores de búsqueda), que son sistemas informáticos que buscan archivos almacenados en servidores web, que facilitan encontrar información rápida sobre cualquier tema de interés, en cualquier área y de cualquier parte del mundo.

Los buscadores brindan servicios de indexación, direccionamiento, enlace y búsqueda de contenidos generados por terceros, disponibles en la red, mediante la utilización de diversos recursos tecnológicos. Entre los principales motores de búsqueda mencionamos a Google, Yahoo!, MSN (Microsoft), Safari (Apple), Wikipedia, Bing, Alpha, Wolfram, Baidu, Alibaba, Yandley, MSN, Network ⁽²²⁾.

Utilizan una araña web (*spider*), que es un robot que recorren las páginas recopilando información sobre los contenidos publicados en ellas. Las arañas reconocen e indexan las páginas de entrada de cada web y todas las que residen en el servidor, y las almacenan en sus bases de datos ⁽²³⁾. Dichos robots recorren de manera permanente los contenidos de la web, buscando información, y extraen de ellos una clasificación que permite individualizarlos. Luego la indexa, clasifica y almacena ⁽²⁴⁾.

(21) La responsabilidad de las empresas propietarias de los motores de búsqueda constituye el paradigma en derredor del cual se edifica la solución jurídica de esta problemática.

(22) La mayoría tienen sus bases en Estados Unidos, pero también tienen sus filiales en numerosos países. Baidú y Alibaba, la tienen en China y Yandey, en Rusia.

(23) Molina Quiroga, Eduardo, *El derecho a la imagen y la responsabilidad de los buscadores. Una nueva sentencia de la Corte*, LL, 2017-E, 388, n. III.

(24) Algunos buscan únicamente en la web, pero otros lo hacen además en noticias, servicios como Gopher, FTP, etc. cuando se pide información sobre algún tema.

Los motores de búsqueda hurgan la red y construyen índices; con ello proporcionan respuestas mediante un cálculo de relevancia, mostrando resultados óptimos ⁽²⁵⁾. La exploración se efectúa por medio de palabras claves o con árboles jerárquicos por temas ⁽²⁶⁾.

Resultado directo de esa búsqueda es la confección de un listado de direcciones web (URL), que es puesto fácilmente al alcance del usuario. Se comprende, de tal modo, que los buscadores faciliten enormemente la navegación en la web y la búsqueda de contenidos, a punto que hoy sería casi imposible hacerlo sin ellos, dada la enorme cantidad de material que ingresa a la web segundo a segundo.

Existen tres grandes tipos de buscadores: los motores de búsqueda o buscadores por contenidos (*spiders*), los directorios índices (que son catálogos que agrupan sus enlaces por categorías) y los sistemas mixtos spiders, que tienen un directorio, además de su motor de búsqueda.

La titularidad de los buscadores suele pertenecer a megaempresas que brindan el servicio de facilitar enlaces a otros contenidos, o que incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de aquellos.

El usuario ingresa al buscador una o varias palabras que se vinculan con aquello que busca y éste le brinda un listado de sitios web que contienen las locuciones por él ingresadas o imágenes relacionadas con ellas.

Dicho procedimiento se efectúa por vías informáticas absolutamente automatizadas, prácticamente sin intervención directa del ser humano.

Por lo general, no hay vínculo entre el motor de búsqueda y el sitio *linkeado*. Sin embargo, ello no siempre es así, pues nada impide que pueda existir una vinculación contractual previa entre el motor de búsqueda y el sitio vinculado o *linkeado*, tal lo que sucede cuando los enlaces son patrocinados. En este último supuesto, quien contrata el servicio logra que su página web aparezca entre los primeros lugares de los resultados de las búsquedas.

(25) Conviene no confundir un navegador con un motor de búsqueda. El primero es un programa que se instala en el ordenador para acceder a cualquier sitio web en Internet y permite navegar o acceder a Internet (por ejemplo, Google Chrome, Apple Safari, Mozilla Firefox, Opera e Internet Explorer); el segundo es una página web que te busca lo que se le pida.

(26) Las palabras clave (del inglés keywords) hacen referencia a los criterios de búsqueda que se utilizan en Internet para encontrar determinada información.

III.2. Los buscadores de imágenes

Los motores de búsqueda tienen también sistemas que buscan imágenes y permiten mostrar reducciones de ellas, obrantes en otros sitios, sin necesidad de que el buscador participe en el armado del sitio original.

Las imágenes reducidas se denominan *thumbnails*. Ellas son cargadas rápidamente y usuales para publicar galerías de imágenes.

Al usuario se le muestra una copia de la imagen original, pero en menor tamaño en pixeles y en bytes.

Para crear *thumbnails* se requiere un *software* editor de imágenes que reduce el tamaño de la original.

III.3. La responsabilidad personal de quien emite información por internet

Si se asigna a la expresión de información por internet una protección normativa próxima o similar a la que se brinda a cualquier otro medio comunicacional, en principio serán válidos y aplicables todos los estándares normativos que rigen esa materia, por los contenidos publicados por quien realiza esa difusión.

En tal sentido, la ley 26.032 sobre Servicios de Internet dispone que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión” (art.1).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión del año 2013, señaló con énfasis esa relación.

Ello implica:

a. Que rige en esta materia la interdicción de censura previa, al menos como regla que reconoce pocas excepciones.

b. Ello sin perjuicio de responsabilidades ulteriores, que son muchas veces moduladas en base a particulares estándares constitucionales, opinables y en algunos casos de muy dudosa justificación, que suelen terminar generando privilegios sectoriales y una categoría de dañador privilegiado, muchas veces de muy dudosa justificación.

c. Se aplicará, entonces, en lo que hace a quien difunde la información por internet:

1. La doctrina “Campillay”⁽²⁷⁾, que ha sido ampliada, inclusive de manera excesiva, en ulteriores pronunciamientos de la Corte Suprema, en “Granada”⁽²⁸⁾, “Triacca”⁽²⁹⁾, “Espinosa”⁽³⁰⁾, “Acuña”⁽³¹⁾, “Ramos”⁽³²⁾, “Martínez Vergara”⁽³³⁾, “S.N.A.”⁽³⁴⁾, entre otros fallos. Conforme a ella, la información sobre asuntos de relevancia pública, cuyo contenido sea fiel y verazmente atribuido a una fuente, no compromete la responsabilidad del medio. Para nuestra Corte quien reproduce los dichos difamatorios de otro es un mero transmisor de aquéllos y no su generador responsable. Su actividad se limita a efectuar un reporte, que es uno de los aspectos fundamentales que hacen al objeto y al contenido del ejercicio regular del derecho de informar.

La doctrina “Campillay” también admite la eximente de responsabilidad del medio, a nivel de causa de justificación, cuando la información agravante para el honor sea efectuada manteniendo en reserva la identidad de los implicados en el hecho o cuando en la información que pueda rozar la reputación de un individuo se utilice el modo potencial para los verbos

2. La doctrina de la “real malicia”. Según ella, los funcionarios públicos y las figuras o personajes públicos afectados en su honor por noticias inexactas o agravantes deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de las circunstancias; en cambio, a los particulares les basta, en principio, con acreditar una negligencia simple para que proceda la reparación. La actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se inclina decididamente en tal sentido⁽³⁵⁾. Nos hemos ocupado de ella en otra obra, adonde remitimos al lector.⁽³⁶⁾

(27) CS, 15/5/ 86, Campillay, Julio c. La Razón, Crónica y Diario Popular, *CS-Fallos*, 308:789. Nos ocupamos de ella en Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, parag.58, p. 298 y ss.

(28) CS, 26/10/93, *LL*, 1994-A-237

(29) CS, 26/10/93, *LL*, 1994-A-246.

(30) CS, 27/10/94, “Espinosa, Pedro F. c. Herrera de Noble, Ernestina”, *JA*, 1995-II-196.

(31) CS, 10/12/96, *JA*, 1997-III-61 y 288.

(32) CS, 27/12/96, “Ramos, Juan J. c. LR3 Radio Belgrano y otros”, *JA*, 1998-I-206.

(33) CS, 19/2/2008, Martínez Vergara, Jorge, *LL* del 29/04/2008, 7 y *AR/JUR*/333/2008.

(34) CS, 5/2/2002, S., N.A. c. El día S.A., *RCyS*, 2002-360.

(35) CS, 24/6/2008, Patitó, José Ángel y otro c. Diario La Nación y otros, Fallos, 331: 1530; ídem, 10/08/2010, Locles, Roberto Jorge c. Arte Gráfico Editorial, *RCyS* 2010-X, 136; ídem, Di S., M. A. c. Diario La Mañana, LA LEY 2010-C, 570 y *RCyS* 2010-X, 146; ídem, 16/11/2009, B. J. a. c. Lanata, Jorge y otros, LA LEY 14/12/2009, 7.

(36) Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, cap. XII, parag. 87 y ss y en Pizarro, Ramón Daniel – Vallespinos, Carlos Gustavo, *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023 (en prensa), Cap. XXXIII.

3. La doctrina que atempera la tutela del derecho a la intimidad y al honor en la medida en que la información se vincula con funcionarios públicos, en asuntos relativos o que guarden relación con su función.

III.4 La responsabilidad del titular del buscador por los contenidos indebidos publicados en internet por terceros. Planteo de la cuestión

El problema que ahora abordaremos pasa por la responsabilidad civil del titular del buscador por los daños resultantes de contenidos publicados en internet por terceros ⁽³⁷⁾.

Se discute:

a. Si responde o no; y, en caso afirmativo, cuándo, cómo y con arreglo a qué criterios.

b. Si son dables las medidas de prevención en estos casos y en tal caso, cuándo, cómo y con arreglo a qué criterios.

La cuestión ha sido tratada en el derecho comparado a nivel supranacional y nacional, advirtiéndose algunas orientaciones definitivamente consolidadas en ciertos temas y fuertes discrepancias en otros.

III.5. Distintas modulaciones. El factor de atribución

Existen tres grandes líneas de pensamiento tanto en el derecho comparado, como en Argentina.

III.5.a. El buscador nunca responde

Conforme a la primera, los buscadores nunca responden por los daños derivados de los contenidos perjudiciales a los que se acceda mediante su utilización. Cuestión distinta, claro está, es la responsabilidad de quien efectúa tales contenidos. Es una orientación extrema que no tiene mayor predicamento en el derecho comparado pues claramente genera un ámbito de indemnidad (en verdad, impunidad) absoluto que es incompatible con la tutela armónica y equilibrada de todos los intereses comprometidos.

III.5.b. Responsabilidad objetiva

Según otro criterio, los buscadores son objetivamente responsables por el riesgo de su actividad ya que ella permite una amplificación de la difusión dañina. Regiría en este tema un estándar de responsabilidad

(37) Ver sobre el tema, González Zund, Ricardo, *Daños e internet. Daños, resarcibles, causados por internet*, ed. Contexto, Resistencia, 2022. p. 63 y ss.

objetiva por el riesgo de la actividad, con basamento, entre nosotros, en el riesgo creado o de empresa (arts. 1757 y 1758) ⁽³⁸⁾.

La Corte Suprema ha desechado dogmáticamente esta concepción por reputarla impracticable e incompatible con el funcionamiento y viabilidad de los motores de búsqueda ⁽³⁹⁾. Ha dicho, en tal sentido, que los buscadores no crean ni modifican la información que otros publican en la Web, a la que únicamente indexa a través de sus programas de rastreo, razón por la cual no pueden ser considerados autores ni editores. Responsabilizarlos por esa difusión equivaldría a sancionar a la biblioteca que, a través de sus ficheros y catálogos, facilita y permite la localización de un libro de contenido dañino ⁽⁴⁰⁾. Una solución contraria conduciría a la autocensura y a una fuerte restricción indebida del derecho a la información. Generaría, al mismo tiempo, pocos incentivos para los intermediarios, a quienes se les impondría por vía directa o indirecta una conducta de prevención imposible de ser llevada adelante desde una perspectiva económica.

III.5.c. Responsabilidad subjetiva

III.5.c.i. El factor de atribución es la culpa. Inexistencia de un deber general de supervisar contenidos

Finalmente, una tercera postura, mayoritaria, que nosotros compartimos, sostiene:

a. Que los buscadores no tienen deber u obligación alguna de supervisar o vigilar los contenidos que indexa en la red, lo cual, por otra parte, es algo imposible de realizar en términos de razonabilidad ⁽⁴¹⁾.

(38) En este sentido, ver Borda G.J. – Pereira, Carlos R (h), *El fallo de la CSJN sobre la información por internet y la libertad de expresión*, LL, 2014-F, 158, n. VII; Padilla (h), R., *Responsabilidad civil por información injuriosa en internet*, LLNOA, 2004- 1405; Responsabilidad *obligacional de los buscadores de internet: una mirada contractual*, LL 22/12/2020, p.6; (quien considera que la responsabilidad de los buscadores debe emplazarse en la órbita obligacional o contractual). CNCiv., sala A, 13/5/2013, R. M.B. c. Google Inc. y otro, AP/JUR/753/2013. Asimismo, el despacho minoritario de la, n. II; s XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015, suscripto por los doctores Messina, Lovece, Juárez Ferrer y Ronchi, con relación a la responsabilidad de los buscadores.

(39) Ver los fallos dictados en “Rodríguez, María Belén”, “Gimbutas” y “Maza”, citados en texto.

(40) CS, 28/10/2014, Rodríguez María Belén c. Google Inc., Fallos, 337:1174. La comparación es poco afortunada, pues las diferencias que existen entre un buscador y una biblioteca son tan abismales como las que pueden advertirse entre una dresina o zorra de rieles y un tren bala. Pese a que ambos circulan sobre rieles y conducen a personas, no puede seriamente sustentarse que, por ello, deban estar alcanzadas por el mismo régimen normativo en materia de responsabilidad por daños.

(41) Los contenidos son creados por terceros extraños al buscador, quienes no dejan de ser tales por el hecho de que éste los indexe y permita el más fácil acceso a los

b. Que los buscadores, en tanto intermediarios y no productores de los contenidos, como regla no responden por éstos salvo cuando:

- Debidamente notificados del carácter dañino o manifiestamente ilegítimo de dichas difusiones, no actúen con la diligencia para bloquear el acceso a ellos ⁽⁴²⁾.

- O se compruebe que tomó conocimiento efectivo de tales contenidos por otras vías y no actuó con la diligencia debida.

- O cuando el contenido de la publicación sea expresamente prohibido o resulte una palmaria ilicitud, por ejemplo, por incitación directa y pública al genocidio, el tráfico de armas y drogas, el terrorismo, la pornografía infantil, etcétera) ⁽⁴³⁾.

El factor de atribución es la culpa ⁽⁴⁴⁾.

Esta orientación prevalece de manera absoluta en el derecho comparado ⁽⁴⁵⁾ y también entre nosotros, de la mano de la jurisprudencia de la Corte Suprema antes citada ⁽⁴⁶⁾.

mismos. Ello nos persuade de la inconveniencia de calificar como actividad particularmente riesgosa por su naturaleza, por la naturaleza peligrosa de los medios empleados o por las circunstancias de realización, a la que realizan estos motores de búsqueda.

(42) Es cuestión controvertida, según veremos más adelante, la forma y modo en que debe practicarse dicha notificación.

(43) En este sentido, las disidencias de los ministros Lorenzetti y Maqueda en los precedentes “Belén Rodríguez” y “Carolina Gimbutas”.

(44) El despacho de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 1015, comisión número diez reza lo siguiente: “Los buscadores incurren en responsabilidad cuando son notificados efectivamente del carácter dañino del contenido” (Molina Quiroga, Pizarro, López Herrera, Calvo Costa, Frúgoli, Carestía y Urrutia). En este sentido: Monjo, Sebastián, *Responsabilidad civil por daños causados a partir del uso de internet. Motores de búsqueda, prestadores de servicios de intermediación y utilización de base de datos*, SJA 22/6/2016.

(45) Es el criterio que sigue la Directiva Europea 2000/31 en su art. 15.1. y las legislaciones de Chile (ley 17.336), Brasil (ley 12.965), España (ley 23/2002). El mismo temperamento campea de manera dominante en los EE. UU., en donde la Communications Decency Act establece que ningún proveedor de servicios informáticos interactivos podrá ser tratado como editor o vocero de la información proporcionada por otro proveedor de contenidos informativos.

(46) Sigue también este criterio: CNCiv.Com.Fed., sala III, V, A.A. c. Google Inc., 16/3/2021, RCyS, 2021-III, 116; ídem, 11/02/2021, S.G., c. Google Inc., LL Online, AR/JUR/139/2021; ídem, F.K.E. y otro c. Yahoo! de Argentina SRL y otro, LL Online AR/JUR/53217/2020; ídem, sala II, 19/6/2019, M.M.L. c. Yahoo! de Argentina y otro, LL

III.5.c.ii. Una cuestión controvertida: cómo debe realizarse la notificación

Dentro de esta corriente de opinión, se discute cómo debe operar el mecanismo de notificación por parte de los afectados.

a. Algunos, en posición que nosotros compartimos, admiten que la simple notificación privada (extrajudicial) a cargo de éste es suficiente a tal fin para generar el deber preventivo de bloquear el acceso a los contenidos por el titular del motor de búsqueda (argum. art. 1710 y siguientes) ⁽⁴⁷⁾. La notificación debe siempre indicar el sitio (URL).

Es el criterio que campea claramente en el derecho estadounidense en materia de propiedad intelectual: *notice and take down*.

b. Otros, en cambio, requieren que esa medida de bloqueo sea ordenada exclusivamente por la autoridad judicial competente, de manera cautelar o definitiva, criterio que siguen la mayoría de las legislaciones europeas.

c. Una posición intermedia, proclama que:

[L]a regla debe ser la notificación judicial, sin perjuicio de un bloqueo preventivo ante notificación privada, en razón de lo previsto en el art. 1710 y concordantes CCC. Excepcionalmente, basta la notificación privada en casos que deben estar claramente tipificados por la ley y no ser conceptos abiertos ⁽⁴⁸⁾.

d. Una variante de la posición anterior, más flexible, sostiene que la regla debe ser la notificación judicial, pero admite con mayor flexibilidad el bloqueo preventivo por simple notificación privada (extrajudicial), con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1710 y siguientes, no sólo cuando el contenido de la publicación sea expresamente prohibido, sino también cuando resulte una palmaria ilicitud, aún en defecto de una interdicción formal y tipificada ⁽⁴⁹⁾.

Online, AR/JUR/26175/2019; ídem, sala II, 24/9/2018, L., SN c. Yahoo! de Argentina SRL y otro, RCyS, 2018-XI, 81.

(47) En este sentido, despacho de Comisión número diez de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil suscripto por Pizarro, Alferillo, Urrutia y Frúgoli.

(48) En este sentido el despacho de comisión de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil suscripto por Molina Quiroga, López Herrera, Calvo Costa y Carestía.

(49) Es la tesis que sostuvieron los ministros Lorenzetti y Maqueda en los precedentes “Belén Rodríguez” y “Gimbutas, Carolina”.

e. Lógicamente, quienes sustentan un estándar de responsabilidad objetiva no requieren de notificación alguna (judicial o extrajudicial) al motor de búsqueda para que se configure su responsabilidad preventiva y resarcitoria ⁽⁵⁰⁾.

III.6. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre muchas de estas cuestiones en tres resonantes decisorios: “Rodríguez María Belén c. Google y Yahoo!” ⁽⁵¹⁾, “Gimbutas” ⁽⁵²⁾ y “Maza, Valeria R.” ⁽⁵³⁾, los dos últimos emanados del Tribunal de su actual composición ⁽⁵⁴⁾.

III.6.a. Buscadores de textos

Hubo consenso unánime en dos aspectos fundamentales:

1. No hay deber u obligación de los motores de búsqueda de monitorear los contenidos que se indexan ⁽⁵⁵⁾.

2. Rige un estándar de responsabilidad subjetiva ⁽⁵⁶⁾.

Los ministros Highton y Zaffaroni sostuvieron en “Belén Rodríguez”:

a. Que en defecto de una regulación legal específica, debe sentarse una regla que distinga nítidamente los casos en que el daño es “mani-

(50) En este sentido el despacho de Comisión número X de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), suscripto por Messina, Juárez Ferrer y Ronchi.

(51) CS, 28/10/2014, Rodríguez, María Belén. Google Inc., Fallos, 337:1174.

(52) CS, 12/9/2017, Gimbutas, Carolina V. c. Google Inc., LL, 2017-E-266.

(53) CS, 24/6/2021, M., V.R. c. Yahoo! Argentina y otros s/ daños y perjuicios, LL del 11/08/2021 y LL del 7/9/2021, p. 4 y ss, con nota de Molina Quiroga, *La Corte Suprema de Justicia reitera su postura respecto a la responsabilidad de los buscadores* (p.4).

(54) En “Gimbutas” los dos nuevos ministros de la Corte (Rosatti y Rosenkrantz) convalidaron la posición que en “Rodríguez” sustentaron los ministros Highton, Fayt y Zaffaroni. Ver, Molina Quiroga, Eduardo, *El derecho a la imagen y la responsabilidad de los buscadores. Una nueva sentencia de la Corte*, LL, 2017-E, 388, n. II; ídem, *La Corte Suprema de Justicia reitera su postura con respecto a la responsabilidad de los buscadores*, LL del 7/9/2021, p. 4; Moreno, Valeria, *La responsabilidad civil de los buscadores en internet. Régimen jurídico, doctrina y jurisprudencia argentina*, en Pérez Gallardo, Leonardo (Coord.), *Liber Amicorum*, Homenaje a Luis F.P. Leiva Fernández, La Ley, Bs.As., 2020, p. 573.

(55) En este sentido: CNCiv., sala I, 30/10/2020, B.A. c. Google Inc., LL 22/12/2020, p. 5.

(56) González Zund, Ricardo, *Daños a la persona causados por el uso de internet*, DJ, del 4/2/2015, p. 24, n.1.

fiesto y grosero”, de aquellos otros en los que es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento.

b. Que la negligencia del buscador recién se produciría cuando habiendo tenido notificación fehaciente de la publicación cuestionada, sea de autoridad competente o del propio afectado, no bloquee de manera permanente o transitoria el acceso a la misma.

Habría, de tal modo, un antes y un después de dicha notificación. Antes de ella, el buscador no sería responsable por los contenidos que indexa y clasifica de maneja mecánica y automática. Después de cursada la notificación, el buscador puede ver comprometida su responsabilidad si no adopta las medidas pertinentes para bloquear o suprimir la información antes referenciada ⁽⁵⁷⁾.

Se propicia, de tal modo, un sistema más o menos flexible de notificación privada, en el que campea una enumeración bastante abierta e indeterminada de casos que justifican el referido bloqueo, que lleva insito en su seno la protección del llamado derecho al olvido.

Los ministros Lorenzetti y Maqueda, en su disidencia parcial, fueron más allá y, de manera muy criteriosa, sostuvieron que también el buscador puede ser responsabilizado, aún en defecto de notificación fehaciente, cuando el contenido de la publicación sea expresamente prohibido o resulte una palmaria ilicitud, por ejemplo, por incitación directa y pública al genocidio, la pornografía infantil etc.) ⁽⁵⁸⁾.

III.6.b. Buscadores de imágenes

La responsabilidad de los buscadores de imágenes fue tratada tangencialmente en el caso “Rodríguez, María Belén c. Google Inc.” y de manera más específica en “Gimbutas, Carolina c. Google”.

También aquí se advierten diferencias en los votos de los ministros de la Corte.

1. Los ministros Highton y Zaffaroni (en “Rodríguez”) y Highton, Rosatti y Rosenkrantz (en “Gimbutas”) sostuvieron que el thumbnail tiene, respecto de la imagen original subida a una página de internet, mera

(57) Borda G.J. - Pereira, C.R., *El fallo de la CSJN sobre la información por internet y libertad de expresión*, LL, 2014F, p. 158, VII.

(58) Ver, Monjo, Sebastián, *Responsabilidad civil por daños causados a partir del uso de internet. Motores de búsqueda, prestadores de servicios de intermediación y utilización de base de datos*, SJA 22/6/2016.

función de enlace. Sólo da idea al usuario del contenido de la página y le permite decidir si accede o no a ella. Por ende, tanto la imagen como los contenidos que la acompañan son responsabilidad exclusiva de quien es creador del contenido. No correspondería, de tal modo, aplicar al buscador de textos y de imágenes un régimen distinto, pues ambos enlazan contenidos que no han creado.

2. Los ministros Lorenzetti y Maqueda afirmaron en ambos decisorios que a través de los thumbnail los buscadores utilizan, almacenan y reproducen, mediante una copia reducida, imágenes publicadas por terceros, con la posibilidad incluso de ser descargadas o impresas desde el propio sitio web del buscador. En este aspecto, el hecho de que la actora hubiera producido sesiones fotográficas para distintas revistas no impediría que el empleo de esas fotografías sin su consentimiento en un medio distinto importe quebrantar la regla del art. 31 de la ley 11.723 y de lugar a una acción resarcitoria. Ello por cuanto se exige el consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen, sin formular distinciones sobre el medio que se emplea.

III.7. Nuestra opinión

Nosotros pensamos que, si la responsabilidad es emplazada en el plano de la culpabilidad, deben regir los estándares previstos en los artículos 1724 y 1725. Esta normativa debe necesariamente ser relacionada con lo dispuesto en los artículos 1710 y siguientes del código civil y comercial. O sea, con la tutela preventiva y con la importancia que tienen esos dispositivos para edificar la figura del ilícito por omisión antijurídica.

El deber de prevención del daño gravita sobre “toda persona”⁽⁵⁹⁾, en cuanto de ella dependa, e impone no sólo de evitar causar un daño no justificado, sino de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, ya se trate de un daño propio o de un tercero (art. 1710 inc. a y b). Y de no agravar el daño si ya se produjo (art. 1710 inc. c). No hay razón alguna que permita o justifique excluir a los titulares de motores de búsqueda, o a otros proveedores de servicios en Internet de dicha normativa. Lo contrario importaría una grave claudicación lógica e ideológica, que tornaría en letra muerta a la normativa que regula la responsabilidad civil preventiva.

(59) El concepto incluye, lógicamente, a los titulares de los motores de búsqueda y a cualquier otro proveedor de servicios en Internet.

El tema pasa, en esencia, por determinar cómo y con arreglo a qué criterio edificamos los estándares de conducta exigibles a la empresa titular del motor de búsqueda.

¿Un criterio laxo, distendido, que no lo incentive a prevenir y poner fin a acciones dañosas de terceros manifiestamente evidentes que pueden ser fácilmente percibidas? Esto favorecería su economía, pero resulta gravemente injusto para los damnificados.

¿O un criterio más estricto que se oriente a una mejor tutela de todos los intereses comprometidos?

Creemos que debe distinguirse según haya o no vinculación contractual previa entre el motor de búsqueda y el sitio vinculado o linkeado.

Si hay un enlace patrocinado, el motor debe responder de manera más estricta, a tenor de la regla del art. 1725, porque mayor es su deber preventivo de calibrar el contenido lesivo de la publicación.

III.8. El derecho al olvido digital

Es muy importante reconocer, en esta temática, la importancia que el denominado “derecho al olvido” en materia digital tiene en múltiples aspectos y no sólo en lo referido a información crediticia ⁽⁶⁰⁾. Se trata, como bien se ha dicho, de un “desprendimiento del derecho a la supresión de datos personales en nuestra era moderna, digital, de la informática y de los datos” que asume especial dimensión en la hora actual ⁽⁶¹⁾.

En el derecho comparado se consolida una moderna tendencia doctrinaria y jurisprudencial, que reconoce, dentro de ciertos límites razonables, más bien estrictos, el derecho al olvido por parte de aquellos que han sido objeto de informaciones inexactas o agraviantes contra su ho-

(60) El tema fue objeto de una excelente ponencia de los doctores Emiliano Lamanna Guiñazú y Carlos Alberto Fonseca, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Bahía Blanca, en 2015. Ver, asimismo: Faliero, Johana, *El derecho al olvido digital: distorsiones, reflexiones y debates pendientes en torno a su ejercicio. El rol de los juristas, la autodeterminación dinámica, la responsabilidad de los intermediarios por el uso de algoritmos y la teoría de los propios actos en la era de la información*, LL del 9/12/2020, p. 5.

(61) Faliero, *El derecho al olvido digital: distorsiones, reflexiones y debates pendientes en torno a su ejercicio. El rol de los juristas, la autodeterminación dinámica, la responsabilidad de los intermediarios por el uso de algoritmos y la teoría de los propios actos en la era de la información*, LL del 9/12/2020, p. 5, I.; ídem, *Los peligros del derecho al olvido digital: cuando la autodeterminación informativa colisiona con el derecho a la información. El sesgo sobre el interés público de lo popular como parte de nuestra conformación cultural*, LL 2020-B, 227.

nor, intimidad e identidad personal, e inclusive ante difusiones veraces que han perdido actualidad y que no trasuntan interés público prevaleciente en el caso concreto ⁽⁶²⁾.

La figura que nos ocupa, por cierto, tiene también acerbos detractores, que ven en ella un instrumento peligroso y regresivo para el derecho a la información y se muestran inclusive escépticos respecto de la eficacia de sus vías de implementación. Tal como está planteado, dice un autor:

[E]l derecho al olvido no solo no olvida, sino que además se limita a ocultar información “no pertinente” durante un periodo de tiempo que será más o menos extenso de acuerdo con el interés del público en general. Imaginemos que Google efectivamente cumple con lo requerido y elimina de los resultados cierta publicación lesiva. La realidad es que el contenido permanecerá accesible a través de otros buscadores – Bing, Yahoo!, DuckDuckGo, etc. De hecho, podría volver horas después al mismo buscador que lo quitó de la lista con un URL apenas diferente al original. Esto es posible, porque el contenido en sí no se suprimió (ni mucho menos se olvidó) ⁽⁶³⁾.

El tema guarda estricta relación con el requisito de actualidad de la información como elemento ponderable para la configuración del ejercicio regular del derecho de informar ⁽⁶⁴⁾.

Los precedentes de la figura se gestaron, como no podía ser de otra manera, en derredor de informaciones suministradas a través de medios de comunicación social gráficos y televisivos y hoy se extienden también, lógicamente, a otras modernas vías de comunicación social, particularmente las que se canalizan a través de internet.

La jurisprudencia estadounidense registra antecedentes importantes en este sentido. Así, por ejemplo, el de una joven prostituta que llegó a ser juzgada por asesinato y que abandonó esa actividad, contrajo matrimonio y comenzó a llevar una vida ejemplar. Años después se produjo

(62) Ver, O'Callahan, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, p. 54 y ss; Pizarro, *Ramón Daniel, Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, 2ª ed., Hammurabi, ed., Bs.As., 1999, n.60, p. 322 y ss.

(63) Miller, Christian, *Google olvida también en la Argentina*, LL del 22/7/2020, p.7, n.I.

(64) Un valioso precedente en el derecho argentino lo encontramos en el caso “Triacca”, fallado por la CNCiv, sala C el 27/12/1989 con magnífico voto de Santos Cifuentes (ED, 138-455). Sobre el tema: Xifra Heras, Jorge, *La información (Análisis de una libertad frustrada)*, hispano-europea, Barcelona, 1972, p. 83; Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, N.º 60, p. 319 y ss.

una película, sin su consentimiento, que narraba su vida, con nombre real y expresando que era un caso verídico. Los tribunales estadounidenses acogieron la demanda resarcitoria, reconociendo que la accionante tenía derecho al olvido, máxime no tratándose de una cuestión que presentara interés público prevaleciente en el caso concreto. Lo cual “no era otra cosa sino el derecho a la intimidad” que se había visto “lesionado por aquella película” ⁽⁶⁵⁾. También en el derecho francés encontramos importantes precedentes, en los que el bien jurídico protegido por el derecho al olvido, no sólo es la intimidad ⁽⁶⁶⁾, sino también el honor y la imagen de una persona ⁽⁶⁷⁾.

Se trata de información que en la mayoría de los casos es veraz, pero “que el paso del tiempo debería enterrarlas al ser perjudiciales, sin causar un beneficio su difusión, por falta de interés público, histórico, científico, etcétera” ⁽⁶⁸⁾. De ser falsa, lógicamente, también habría otros medios de tutela del derecho conculcado, conforme lo admite la doctrina y jurisprudencia dominantes.

Volvamos al derecho argentino.

Conforme la recomendación unánime aprobada por la Comisión número diez de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015):

El derecho al olvido es un derecho relacionado con la protección de datos personales. Se puede definir como el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considere obsoleta por el transcurso del tiempo, o que de alguna manera afecte el libre desarrollo de algunos de sus derechos fundamentales, salvo que en el caso concreto prevalezca un interés público.

En el ámbito que nos ocupa se plasma en el derecho del titular de un dato personal a borrar, bloquear, suprimir información personal que se reputa obsoleta por el transcurso del tiempo, o que de alguna manera

(65) O’Callahan, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, p. 54/55.

(66) E el derecho francés, el derecho a la identidad personal ha sido desarrollado como un capítulo de la intimidad y no como un derecho autónomo.

(67) Ver, Faultrier-Travers, Sandra, *Aspects juridiques de l’information*. Propriété littéraire. Droit de la personne. Droit de la communication, ESF Editeur, Paris, 1991, p. 50. Esta autora considera criteriosamente que el derecho al olvido constituye un límite del derecho de informar.

(68) Kipper, Claudio, su voto in re “D.N.R. c. Google Inc. s/ derechos personalísimos. Acciones relacionadas”, LL del 9/12/2020, 5.

afecta el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales. Está ligado a la tutela del nombre, el honor, la imagen, la dignidad, la identidad personal. Como bien se ha dicho en un relevante decisorio, si bien “no hay una norma específica que regule el derecho al olvido”, dicha cuestión “debe ser enfocada como una derivación del derecho al honor o el de la intimidad”, en tanto constituye un instrumento útil y eficaz para hacerlos valer y lograr su tutela jurisdiccional más eficaz ⁽⁶⁹⁾.

Habrà que tener en cuenta la antigüedad, sensibilidad, irrelevancia pública, resultados ofensivos, injuriosos y el riesgo a la persona que la información pueda generar. Y proceder, en todos los casos, con máxima prudencia, pues un ejercicio extralimitado del derecho al olvido puede colisionar con otros derechos y garantías fundamentales que consagra la Constitución Nacional, relativos al derecho a la información ⁽⁷⁰⁾.

Cuando se configuren tales extremos, los motores de búsqueda deben, a solicitud de parte interesada, suprimir ese tipo de información, con basamento en los arts. 1710 y siguientes y 11 (abuso de posición dominante) y concs. También la ley de habeas data 25.326 en su art. 26 y su dec. Reglamentario, dan basamento a esta posición.

III.9. La prevención del daño causado a través de internet

Admitido que toda la difusión de ideas e informaciones de todo tipo, contenidas en la web, están alcanzadas por la garantía constitucional de la libertad de expresión, parece lógico trasladar a dicho ámbito las fuertes restricciones que rigen en materia de tutela preventiva (argum. arts. 14 y 32 Constitución Nacional).

Son válidas, por ende, todas las consideraciones precedentemente vertidas.

En este orden de ideas, se destaca un fallo relativamente reciente de la Corte Suprema, que con buen criterio revocó una medida cautelar por la cual se ordenaba a un motor de búsqueda en Internet eliminar provisoriamente determinadas difusiones vinculadas al nombre de un funcionario público y suprimir sus contenidos. Se dijo que tal resolución judicial, finalmente dejada sin efecto, importaba una grave restricción a la

(69) CNCiv, sala H, 11/8/2020, D.N.R. c. Google Inc. s/ derechos personalísimos, LL del 9/12/2020.

(70) Especial interés presentan las causas penales, ámbito en el cual las ofensas y delitos menores, bajo ciertas condiciones, podrían ser objeto de derecho al olvido.

circulación de información de interés público, reveladora de una fuerte presunción de inconstitucionalidad ⁽⁷¹⁾.

La cuestión puede ser distinta, particularmente en el plano cautelar, cuando se trate de difusiones que hacen a la intimidad o a al derecho a la imagen de una persona, o a la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, por ejemplo, supuestos en los cuáles los umbrales de tutela preventiva se incrementan razonablemente, desde el mismo momento en que pueden importar toma de conocimiento por parte del motor de búsqueda de la ilegitimidad palmaria de la difusión que se realiza y abrir con ellos las puertas a las medidas diligentes de prevención que conforme los estándares fijados por la Corte Suprema, a partir de dicho conocimiento efectivo, deberían adoptar ⁽⁷²⁾.

(71) CS, 3/12/2019, P.J.c. Google Inc. s/ medidas precautorias, RCyS 2020-II-138 y LL 2020-B, 64.

(72) CNCiv.Com.Fed., sala II, 24/9/2018, L., SN c. Yahoo! de Argentina SRL y otro, RCyS 2018-XI-81; CNCiv., sala A, 19/4/2018, M.A. c. Yahoo! De Argentina SRL y otros, LL 2018-C, 61.

IMPACTO DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS EN LAS PERSONAS VULNERABLES: NIÑOS Y ADULTOS MAYORES

POR ALEJANDRO BORDA (*)

I. PALABRAS PRELIMINARES

En el año 2022 se cumplieron veinte años de la muerte de Guillermo A. Borda, mi amado padre.

El Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires ha tenido la idea (que me emociona y enorgullece) de homenajearlo con una obra que gira alrededor de uno de los temas que más lo interpeló: “la persona humana”.

Bien decía mi padre que la persona humana trascendía el derecho, y afirmaba que la “(p)ersona es el hombre pleno e integral, aunque el derecho sólo se ocupe de él en tanto sujeto de derechos y deberes jurídicos”. Y añadía: “El derecho se ocupa de uno de los aspectos del hombre, sin perder de vista que se trata de él, criatura de Dios, y no de una entidad abstracta y puramente formal” (1).

No es un dato menor de la importancia que Borda le asignaba a este tema, que la última obra que dirigió se llamó justamente *La Persona Humana*, que fue editada por La Ley un año antes de su fallecimiento, en el año 2001 (2). Y allí, en su breve prólogo, recordaba las palabras de Miguel

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, La Ley, Buenos Aires, 14ª edición actualizada por Guillermo Julio Borda, t. I, N.º 223.

(2) Aprovecho para recordar y homenajear a los autores que escribieron en esa obra y que ya no están entre nosotros: Augusto Mario Morello y Jorge Mosset Iturraspe.

de Unamuno: es el “hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere —sobre todo muere—, el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere”.

Mucho se podría decir de la obra de mi padre. Podríamos detenernos en su extraordinario *Tratado de Derecho Civil*, en sus manuales que han acompañado a generaciones de estudiantes, en su recordada tesis doctoral *Error de hecho y de derecho*, en su estudio vigente sobre *Irretroactividad de la ley y derechos adquiridos*, en su labor legisferante liderando la reforma de 1968 al Código Civil, que insufló nueva vida a la monumental obra de Vélez Sarsfield. Pero resulta innecesario pues toda esa vasta obra es bien conocida entre nosotros.

En cambio, sí quiero manifestar lo que mi padre ha sido para mí, que es mucho más que el gran jurista: es el motivador infatigable, el que me impulsó a escribir, a enseñar, a dar más, el que confió siempre en mí, el que me alentó siempre. Y por ello, porque sigue estando bien presente en mi vida, es que puedo decir con alegría que la muerte no ha logrado interrumpir ese diálogo abierto, fecundo y enriquecedor que hemos tenido y seguimos teniendo.

II. INTRODUCCIÓN

La tecnología y, en especial, los sistemas informáticos nos han cambiado la vida.

Estamos viviendo una era en la que existe un incremento fabuloso de la velocidad de la comunicación (e-mails, Whatsapp, etc.) y una facilitación extraordinaria de la información (buscadores como Google). La inteligencia artificial avanza raudamente y los diferentes algoritmos permiten cantidad de operaciones diversas, tales como analizar sentencias o contratos, formular correcciones y elaborar textos nuevos. También permiten desarrollos para pilotos automáticos de vuelos comerciales o la fabricación de automóviles auto tripulados. También se generan nuevos medios de pago, a través de las billeteras virtuales, y hasta la creación de moneda virtual, como lo son los criptoactivos. Y a todo podríamos añadir una larga serie de etcéteras.

Pero junto con estas ventajas impactantes, se desarrollan riesgos severos que pueden dañar los derechos personalísimos ⁽³⁾. Piénsese en

(3) Imposible resulta abordar los derechos personalísimos sin recordar la fundamental obra del Académico Santos CEFUENTES, quien los definía como los “derechos

cuál sería la respuesta que debería dar un programa informático de conducción vehicular automatizada frente a la inminencia de un accidente que resulta inevitable. ¿Cuál es el daño que se prefiere causar frente a una diversidad de daños posibles pero donde no existe la posibilidad de evitarlos a todos? ⁽⁴⁾ Es claro, entonces, que se plantean dilemas éticos de enorme trascendencia.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las redes sociales (ej., Facebook o Instagram) forman parte de nuestra vida cotidiana y que vivimos conectados. Sin embargo, no hay un verdadero control sobre ellas y, por tanto, los riesgos se multiplican: perfiles falsos, noticias falsas, identidades falsas que permiten injuriar o agraviar sin que se los pueda identificar.

Por otra parte, es necesario tener bien en cuenta que nuestros datos, imágenes, fotografías, movimientos, etc., están siendo recopilados por terceros desconocidos, que pueden hacer uso de esa información y la pueden transferir. Puede haber un seguimiento de nuestras vidas, sin que se haya dado autorización alguna, todo lo cual vulneraría nuestra intimidad; en efecto la información puede obtenerse de manera oculta, rescatando lo que publicamos en redes sociales, o por las aplicaciones (las *apps*) que descargamos en nuestros celulares, o por las compras online que hacemos o las encuestas que respondemos. Pueden crearse sesgos discriminatorios (religiosos, culturales, sociales, etc.), que afecten nuestras vidas o nuestras posibilidades laborales.

Como se puede advertir, son muchísimos los desafíos que los medios tecnológicos plantean. Están en juego una buena cantidad de los derechos personalísimos, sobre todo aquellos que apuntan a la integridad espiritual de las personas: el derecho al honor, a la imagen, a la intimidad y a la identidad.

El tema es acuciante. En marzo de 2023, más de mil expertos pidieron que los laboratorios pausen de inmediato y durante al menos seis

subjetivos privados, innatos y vitalicios que tiene 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" (*Derechos personalísimos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2ª edición, N.º 38).

(4) Véase el muy profundo trabajo de ALVAREZ LARRONDO, Federico M., "Desafíos para el Derecho en general y del consumo en particular. La construcción del nuevo "Derecho artificial" y la excusa para cambiar el rumbo de la Argentina", RDCO, edición 50º Aniversario, septiembre - octubre 2018, p. 119, en especial punto VIII, Cita: TR LALEY AR/DOC/3487/2018.

meses el entrenamiento de los sistemas de inteligencia artificial más potentes ⁽⁵⁾. Con claro dramatismo se ha dicho:

¿Qué significaría para nosotros vivir en un mundo donde gran porcentaje de las historias, melodías, imágenes, leyes, políticas y herramientas fueran moldeadas por una inteligencia no humana, que sabe cómo explotar con eficiencia sobrehumana todas las debilidades, los sesgos y las adicciones de los seres humanos, con quienes además sabe establecer relaciones íntimas?

Y se añadía:

La inteligencia artificial podría devorar rápidamente toda la cultura humana —todo lo que hemos producido durante miles de años—, digerirla y empezar a escupir un diluvio de nuevos artefactos culturales. No solo ensayos académicos, sino también discursos políticos, manifiestos ideológicos o libros sagrados para nuevos cultos ⁽⁶⁾.

Ciertamente que el Código Civil y Comercial (en adelante Cód. Civ. y Com.) prevé una protección especial a los derechos personalísimos. En efecto, el art. 52 dispone que “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...”. Y el artículo siguiente establece que:

[P]ara 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... ⁽⁷⁾.

(5) Diario La Nación, 30/3/2023, p. 22.

(6) HARARI, Yuval, HARRIS, Tristán y RASKI, Aza, “Si se produce el caos, será demasiado tarde (para la humanidad)”; Trad. de Jaime Arrambide, The New York Times, publicado en el diario La Nación, 30/3/2023, p. 23.

(7) Añádase a lo expuesto que el art. 1770, Cód. Civ. y Com., prevé que “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”.

Sin embargo, este contexto normativo quizás no sea suficiente. En efecto, recordemos que los derechos personalísimos son disponibles por su titular, siempre que el consentimiento para tal disposición –que es libremente revocable- no sea contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, debiéndosele interpretar de manera restrictiva (art. 55, Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, es probable que quien dispone lícitamente de tales derechos sufra daños difíciles de imaginar en el momento de la celebración del acto.

Lo dicho hasta acá es suficiente para advertir que no es posible abordar una temática tan amplia en unas pocas páginas. Por ello, en este estudio me limitaré a analizar cómo impactan los medios tecnológicos digitales en las personas menores de edad y en los adultos mayores.

III. LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

III.1. Los riesgos

Los medios digitales tienen una enorme importancia en la vida diaria de los niños. Les permite jugar, divertirse, estudiar, mantener o recrear ciertos vínculos sociales (aunque, es preciso decirlo, nunca pueden sustituir la relación personal, cara a cara). Todas estas circunstancias, sin duda positivas, recientemente han permitido paliar los efectos adversos del aislamiento social causado por la pandemia del COVID-19.

Sin embargo, a la par de tales ventajas, es necesario tomar conciencia de los enormes riesgos que se ciernen sobre los menores de edad ante el uso de los medios digitales. Para tomar dimensión de ello, he de considerar un informe de UNICEF sobre el Estado Mundial de la Infancia del año 2017⁽⁸⁾. Allí se hace mención a tres categorías de riesgos, en atención a la clasificación que suelen hacer los investigadores. Se habla, entonces, de riesgos de contenido, de contacto y de conducta (pág. 21).

(i) Los *riesgos de contenido* apuntan a aquellos contenidos no deseados e inapropiados a los que está expuesto un niño. Es el caso de las imágenes sexuales, pornográficas y violentas que pueden recibir (el llamado *sexting*); algunas formas de publicidad; el material racista, discriminatorio o de odio; y los sitios web que defienden conductas poco saludables o peligrosas, como autolesiones, suicidio y anorexia.

(8) Puede consultarse en <https://www.unicef.org/media/48611/file>

(ii) Los *riesgos de contacto* se refieren a aquellos casos en que un niño participa en una comunicación arriesgada, como ocurre cuando se comunica con un adulto que busca un contacto inapropiado o se dirige a un niño para fines sexuales (*grooming* o cyber acoso), o se comunica con personas que intentan radicalizar al niño (adoctrinándolo) o persuadirlo para que participe en conductas poco saludables o peligrosas.

(iii) Los *riesgos de conducta* se enfocan en aquellas situaciones en las que un niño se comporta de una manera que contribuye a que se produzca un contenido o contacto riesgoso. Esto puede incluir que los niños escriban o elaboren materiales odiosos o burlescos sobre otros niños (*cyber bullying* ⁽⁹⁾), inciten al racismo o publiquen o distribuyan imágenes sexuales, incluido el material que ellos mismos produjeron.

El mismo informe de UNICEF añade (pág. 25) que internet y la manera en que los niños la utilizan, suscitan preocupaciones de diversa magnitud. Por un lado, la conectividad y la interactividad son difíciles de remover o de desactivar, y su uso por los niños es difícil de controlar. Por otro lado, el acceso de los niños a sitios de ocio o de información, o a las redes sociales, a través de un dispositivo conectado, permite que se reúna información sobre ellos.

A estas preocupaciones, cabe añadir otras. Hay coincidencia en considerar que la mayoría de los niños no son conscientes de los riesgos que existen al compartir en internet y en las redes sociales sus datos personales y sensibles. Es a partir de esos datos (que como se dijo son dados voluntariamente en algunos casos y en otros son tomados sin su conocimiento, extrayéndolos de las páginas de internet que van recorriendo) que se va conformando el propio perfil, el cual permite reconocer sus preferencias, sus patrones de conducta, y, sobre esa base, ir direccionando las necesidades de consumo de bienes o servicios o la inclusión en determinados grupos. Asimismo, los niños tienen serias dificultades para distinguir noticias verdaderas de noticias falsas o conversaciones amistosas de conversaciones con fines delictuales, entre otros ejemplos. Es claro, entonces, que los derechos personalísimos de los niños (y pensamos en la intimidad, la honra, la imagen o la reputación) pueden resultar vulnerados.

(9) El “ciber bullying” es el acoso escolar sin tregua a través de los medios electrónicos y comprende todo acto de discriminación, hostigamiento, violencia y exclusión en las interacciones entre los integrantes de la comunidad educativa, que se produzcan mediante entornos virtuales y otras tecnologías de la información y comunicación.

Esta situación fue tenida en cuenta por el Parlamento Europeo cuando, en diciembre de 2006, recomendó (N.º I) adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de los menores y de la dignidad humana en el conjunto de los servicios audiovisuales y de información en línea, promoviendo acciones que permitan a los menores utilizar de forma responsable tales servicios, mediante una mejor sensibilización de los padres, maestros y formadores sobre el potencial de los servicios y sobre los medios adecuados de protección de los menores (recomendación 2006/952/CE) ⁽¹⁰⁾. En esta línea, las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mendoza, 2022) concluyeron, unánimemente, en que la concientización y educación en general y en particular la de niños, niñas y adolescentes (y añadimos, por nuestra parte, maestros y padres) sobre el uso de tecnologías digitales, en especial redes sociales e internet, debe formar parte de una política pública (comisión 1, conclusión N.º 9) y añadieron, también de manera unánime, que cualquier regulación de los derechos personalísimos en relación a las nuevas tecnologías requiere un enfoque interdisciplinario (comisión 1, conclusión N.º 4) ⁽¹¹⁾.

En el año 2016, el Parlamento Europeo planteó que:

Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño ⁽¹²⁾.

Estos riesgos, debe destacarse, se van agravando a medida que mejora el nivel de desarrollo de los países, pues ello permite un mayor uso de internet. En el informe ya citado de UNICEF del año 2017 (pág. 17), sobre el Estado Mundial de la Infancia” ⁽¹³⁾, se da cuenta de que el 81% de

(10) Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo relativa la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica en relación a la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea, del 20/12/2006, pto. I.2.a). Puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/eli/reco/2006/952/oj>

(11) Véase en El Derecho, cita digital ED-MMMDXL-282.

(12) Reglamento 2016/679 relativo a la Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, del Parlamento Europeo y del Consejo, 27/4/2016, pto. 38. Puede consultarse en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

(13) Puede consultarse en <https://www.unicef.org/media/48611/file>

los habitantes de los países desarrollados usan internet, mientras que en los países en desarrollo la usan el 40% y en los países más pobres el 15%.

Por último, otro estudio de UNICEF de junio de 2016 ⁽¹⁴⁾ aporta datos importantes sobre la penetración de la tecnología en la vida de los niños y los riesgos que los acechan:

(i) El 60% de los niños y adolescentes se comunica usando celular y el 80% usa Internet, lo que permite advertir que los medios digitales son su modo habitual de comunicación y de interacción con el mundo.

(ii) El 78% de los adolescentes atravesó experiencias negativas (como recibir mensajes desagradables o hirientes) durante el año anterior al relevamiento, y el 40% ha atravesado tales experiencias con una altísima frecuencia.

(iii) El 68% de los adolescentes manifestó que su familia conoce entre más o menos y poco o nada sus hábitos en internet.

(iv) El 51% de los chicos de 13 a 15 años entrevistados usan Internet todo el tiempo, el 20% más de una vez por día, el 16% más de una vez por hora, y sólo el 12% lo usa una vez al día o menos.

(v) El 95% de los encuestados abrió al menos un perfil en Facebook (y desde la fecha del informe se han popularizado otras redes, quizás con mayor penetración hoy en día).

(vi) El 47% de los adolescentes que utiliza redes sociales configura su perfil de manera que todo el mundo pueda verlo.

(vii) El 68% de los entrevistados ha publicado imágenes, videos o música en las redes sociales o por mensajería instantánea como WhatsApp en el mes anterior al relevamiento.

(viii) El 70% de los entrevistados vio imágenes o videos con contenidos sexuales por Internet en los doce meses anteriores al estudio; el 56% vio en Internet imágenes violentas; y el 49% mensajes de odio que atacan a ciertos grupos o individuos.

Otro de los riesgos que afectan a los niños es el “*sharenting*” o “sobreexposición filial”, que hace referencia a la acción de los padres consistente en compartir imágenes y anécdotas de sus hijos menores de edad en las redes sociales, sin contar con el consentimiento de ellos. Esto que

(14) Puede consultarse (particularmente, págs. 7, 9, 16, 20, 21, 27, 39, 42, 43) en <https://www.unicef.org/argentina/media/1636/file/Kids-online.pdf>

puede parecer inocente o, incluso, constituir demostraciones de cierto orgullo por sus hijos, puede afectarlos severamente, en tanto sean vehículos de burlas y exclusiones, e, incluso, de daños más graves.

Es cierto que existen situaciones distintas, pero veremos que en todas ellas se pueden producir daños en los hijos, y esto debe ser contemplado para procurar evitarlos.

Acabo de mencionar a aquellos padres que publican fotografías y anécdotas de los hijos, quizás con cierto orgullo, pero que no han tomado conciencia de las consecuencias que ello les puede acarrear. Es que el mero hecho de compartir en una red social la imagen de sus hijos, puede provocarles un daño (ahora o en el futuro), desde que esa imagen circula entre un sin número de personas, que pueden conocerlos o no. Y no se sabe quiénes son esas personas o cuáles pueden ser sus intenciones.

Es necesario señalar que esas imágenes pueden ser capturadas y formar parte de las redes de pornografía infantil, o pueden ser alteradas y compartidas en grupos pedófilos. En la exposición de motivos de un proyecto de ley presentado el día 19/1/2023 en la Asamblea Nacional de Francia se dice que, según un informe del año 2020 del Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados, el 50% de las fotografías que se intercambian en los foros de pornografía infantil fueron publicadas inicialmente por los padres en sus redes sociales; y que ciertas imágenes, en particular fotografías de bebés desnudos o niñas con ropa de gimnasia, son de particular interés para los círculos de pedófilos.

Idéntica situación acaece en Australia, en donde se ha establecido también que la mitad de las fotos encontradas en redes de pedofilia provenía de imágenes compartidas por los progenitores ⁽¹⁵⁾. Algo similar parece suceder en Iberoamérica desde que se ha advertido sobre los riesgos potenciales que pueden derivarse con motivo del tratamiento de los datos personales.

[T]eniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes, quienes demandan de garantías adecuadas y suficientes de protección frente a usos indebidos o arbitrarios de su información personal, preservando de esta manera su interés superior, el libre desa-

(15) BATTERSBY, Lucy, "Millions of social media photos found on child exploitation sharing sites", citado por BENDEL, Yael; "El derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes en la era digital. Su posible tensión con el ejercicio de la responsabilidad parental", RDF 91, 16/09/2019, 169, Cita: TR LALEY AR/DOC/2390/2019

rollo de su personalidad, su seguridad y otros valores que son objeto de máxima protección por parte de los Estados Iberoamericanos ⁽¹⁶⁾.

Más grave, aun, es el caso de los mismos padres que exponen a sus hijos en las redes sociales, con fines claramente comerciales, persiguiendo réditos económicos. Es lo que ocurre con los llamados *influencers*.

Esta exhibición del niño puede ser el origen de padecimientos físicos o psíquicos, pues esa exposición pública, bien ha dicho Vanninetti, puede llevarlo a un aislamiento social ocasionado por las burlas de pares, conocidos o no (ciberbullying), ante las imágenes y contenidos subidos en su infancia y aun antes de nacer. Además, añade el autor citado, se pueden generar otros riesgos en tanto toda la información volcada en la red y sus plataformas puede quedar a merced de pederastas, acosadores, secuestradores, etc. ⁽¹⁷⁾.

A estos riesgos debe agregarse algo ya dicho pero que conviene reiterar. Toda la información que se sube a las redes digitales es recopilada y sobre ella se elaboran los perfiles digitales de los niños, a partir de los cuales se conocen sus gustos, intereses y preferencias. Con esa información se los puede direccionar —coartando claramente su libertad— para el consumo de ciertos bienes o para la realización de determinadas actividades. Como se puede advertir el mero hecho de subir fotografías genera un incremento de riesgos diversos.

Por último, otro tema que genera gran preocupación es el de los menores con deseo de ser *influencers*. Existe en este caso un fin de lucro a partir de los contenidos que se vuelcan en las redes. A los riesgos de la exposición que ya he mencionado, se agregan otras cuestiones que deben ser contempladas. Por un lado, tratándose de menores de edad, debe evitarse que se convierta en una obligación, con el mero propósito de generar dinero. Por otro lado, es necesario controlar que lo generado por el menor cumpla con ciertos presupuestos, tales como el tipo de contenido que se vuelca en las redes, el plazo fijado para mantenerlo en ellas, el depósito del dinero obtenido en cuentas bancarias a nombre del me-

(16) “Estándares de protección de datos personales para los estados iberoamericanos”, Red Iberoamericana de protección de datos, año 2016, pág. 9. Puede consultarse en https://www.redipd.org/sites/default/files/inline-files/Estandares_Esp_Con_logos_RIPD.pdf

(17) VANINETTI, Hugo, “Protección del derecho a la imagen, intimidad, honor e identidad digital de las niñas, niños y adolescentes. Responsabilidad parental y corresponsabilidad digital”, N.º III, La Ley, Cita: TR LALEY AR/DOC/3032/2021.

nor o en inversiones controladas que le resulten más favorables, entre otras ⁽¹⁸⁾.

III.2. Las herramientas legales para la defensa de los niños

Una serie de tratados internacionales con jerarquía constitucional contemplan el derecho de toda persona humana a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y reputación ⁽¹⁹⁾; más aún, ese mismo derecho ha sido previsto expresamente a favor de los niños en la Convención sobre los Derechos del Niño, reconociéndoseles que tienen derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques (art. 16).

Precisando algo más los principios que acabamos de exponer, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha afirmado que:

La protección digital de los niños debe ser parte integrante de las políticas nacionales de protección de la infancia. Los Estados partes deben aplicar medidas para proteger a los niños de los riesgos asociados con ese entorno, como la ciberagresión y la explotación y los abusos sexuales de niños en línea facilitados por la tecnología digital, asegurarse de que se investiguen esos delitos y ofrecer reparación y apoyo a los niños que sean víctima de esos actos ⁽²⁰⁾.

En nuestro país, la ley 26.061, luego de disponer que los niños tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar, y que tales derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales (art. 10), ha dado un paso más al establecer, no solo que:

[...] las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen, sino que (s)e prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se

(18) Conf. OJEDA, María Verónica y PANCINO, Bettina; “Los Niños Influencers o trabajo Infantil Encubierto”, nº IV.3, La Ley, Cita: TR LALEY AR/DOC/3168/2021.

(19) Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 12), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17).

(20) Comité de los Derechos del Niño. Observación General 25 del día 2/3/2021, relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital, párr. 25. Puede consultarse en <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation>

lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar (art. 22).

A su vez, el Decreto Nacional 415/2006 —reglamentario de la ley 26.061— dispone que se incluyen dentro de los datos cuya difusión se encuentra prohibida por el mencionado artículo 22, los referidos al grupo familiar, su vivienda, su escuela, su apodo o sobrenombre y todo otro que permita identificarlo directa o indirectamente. Agrega, que, cuando el contenido de difusión resulte manifiestamente contrario al interés superior del niño, no podrá desarrollarse, aun cuando se contare con el consentimiento de los niños y sus representantes legales.

En materia de niños, niñas y adolescentes, la normativa constitucional convencional argentina ha sido ampliada (i) por la ley 25.326 de protección de datos personales, que incluye dentro de la categoría de dato personal sensible a las imágenes o videos, y (ii) por la ley 26.032 de protección del servicio de internet, amparado por la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Ahora bien, más allá de las buenas intenciones proclamadas en los textos mencionados en pos de evitar injerencias arbitrarias tanto en la vida privada e intimidad de los niños y en su vida familiar, como en la propia dignidad, lo cierto es que las invasivas y potencialmente dañosas características de las redes sociales no han podido ser controladas.

Entre el escaso arsenal normativo con que contamos, debe destacarse la incorporación del “grooming” como delito tipificado del Código Penal. En efecto, el art. 131 castiga con la pena de prisión de seis meses a cuatro años a quien, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de esta última. También se debe destacar, aunque desde una óptica diferente, la ley 26.892, para la promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social, la cual ha procurado dar respuesta a patologías diversas (entre ellas el *ciberbullying*) desde el campo de la educación y formación. Es un trabajo complejo que requiere diferentes enfoques: por un lado, la necesidad de establecer sistemas eficaces de denuncia y seguimiento del acoso; por el otro, la necesidad de formar a los docentes y orientar a los alumnos afectados (arts. 2° inc. c, 3° inc. a, 4°, etc.).

Más allá de esta insuficiencia normativa, los jueces están llamados a tener una actividad ardua en esta cuestión. Veamos un par de casos resueltos.

La madre de una persona menor de edad requirió como medida cautelar que se ordene a un buscador que desindexe y bloquee determinadas URL con información de su hijo, pues su nombre era relacionado con noticias en las que se lo mencionaba como integrante de una barra brava de un club de fútbol, lo cual era materia de investigación penal. El tribunal admitió la medida pues sostuvo que “(s)i bien los hechos ventilados podrían categorizarse como de interés público, no puede soslayarse que los derechos del joven se encuentran amparados por la CDN, que establece el deber del Estado de garantizar que se respete su vida privada en todas las fases del procedimiento al que pudiera estar sujeto”⁽²¹⁾. De tal manera se reconoció que la libertad de expresión cede ante el “interés superior” del niño, cuestión está que puede merecer una lectura diferente a partir del fallo “Denegri” dictado por la Corte Suprema de Justicia en el año 2022⁽²²⁾, al que haré una breve referencia más adelante.

Otra resolución importante fue dictada en materia de *sharenting*. El tribunal interviniente hizo lugar parcialmente a una medida cautelar solicitada por el padre de dos niñas para que la madre de éstas se abstuviera en lo sucesivo de publicar fotos y videos de las niñas en las redes sociales, lo que venía haciendo para promover su propia actividad como referente en albañilería. La decisión se fundó en el interés superior del niño y en los principios rectores de la normativa convencional que se ordenan en el respeto por el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, y su centro de vida. También tuvo en cuenta la opinión de las niñas quienes manifestaron no sentirse muy a gusto con sacarse fotos para Instagram⁽²³⁾.

En el proyecto de ley francés, antes mencionado (véase N.º 3.a), se avanza algo más en la protección de los niños en materia de *sharenting*, pues propone agregar un párrafo al art. 373-2-6 del Código Civil, el cual dispone que, en caso de desacuerdo entre los progenitores sobre el ejer-

(21) CNFed. Civ. y Com., sala III, 5/12/2019, “G., X. c/ Google Inc. s/ hábeas data (art. 43 CN), La Ley Cita: AR/JUR/53297/2019.

(22) CS, 28/6/2022, “Denegri, Natalia Ruth c/Google Inc. s/derechos personalísimos”, *Fallos* 345:482.

(23) Juzg. de Familia N.º 1, Tigre, Prov. Buenos Aires, 20/9/2021, “V. F. c/ S. B. s/medidas precautorias (art. 232, Cód. Proc. Civ. y Com.)”, *El Derecho*, Cita Digital ED-MMCLXXXII-130, con nota favorable de NIETO, María Bibiana, “El *sharenting* y el ejercicio de la responsabilidad parental en una prudente decisión judicial”, *El Derecho*, Cita Digital ED-MMCLXXXII-128, quien cita un fallo de un tribunal italiano, en el que un hijo, que alcanzó la madurez suficiente, demandó a sus padres para que supriman la información personal que han subido sin su consentimiento, y otro, de un tribunal español, en el que una persona demandó a su propia madre que publicaba fotos de sus nietos (sus hijos) a pesar de su oposición.

cicio de actos no habituales relativos al derecho a la imagen del hijo, se podrá prohibir a uno de ellos la publicación o distribución de cualquier contenido sin la autorización del otro. Y tales medidas podrán, en caso de emergencia, ordenarse en proceso sumario.

Un paso más parece dar la Carta de Derechos Digitales de España, la cual —con la idea de garantizar los derechos de la ciudadanía en la nueva realidad digital— prohíbe los tratamientos de la información de personas menores orientados a establecer perfiles de personalidad en entornos digitales, salvo excepción prevista en la ley (punto X) ⁽²⁴⁾.

III.3. Capacidad

Una cuestión sumamente compleja es determinar el momento en que se considere que el menor de edad es capaz para buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo, lo que incluye obviamente la difusión de imágenes y el contacto con diferentes personas. La amplitud de los temas en juego obliga a tener sumo cuidado en las soluciones que se procuren dar.

Empecemos por recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión puede estar sujeto a ciertas restricciones que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias —entre otras circunstancias— para el respeto de los derechos o la reputación de los demás (art. 13). La misma norma prevé que el niño tendrá derecho a la libertad de expresión; derecho este que incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

Se advierte que la norma es amplia en reconocimientos y prevé escasos límites, entre los cuales encontramos el de no afectar derechos o la reputación de otras personas.

En el derecho argentino puede también defenderse la idea de reconocer amplios derechos a los niños para ejercerlos por sí mismos, desde que se les otorga —en la medida que cuenten con edad y un grado de madurez suficiente— el derecho para ejercer por sí todo acto que le sea permitido por el ordenamiento jurídico (art. 26, Cód. Civ. y Com.).

(24) Puede consultarse en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

Sin embargo, esta norma no puede leerse en forma aislada sino dentro del contexto de nuestro ordenamiento jurídico. En este punto, la Ley N.º 26.061 establece que *la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías*. Y añade que *(e)l padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos* (art. 6º). Claramente se pone de relieve la función de los padres.

Ahora bien, ¿a partir de qué edad puede juzgarse lícito el consentimiento dado por la persona menor de edad para el tratamiento de sus datos personales?

En nuestro derecho no tenemos una edad precisa todavía. Existe, sí, un proyecto de Ley de Protección de Datos Personales, del año 2023 ⁽²⁵⁾, cuyo art. 19 considera válido el consentimiento de un niño, mayor de trece años ⁽²⁶⁾, cuando se aplique al tratamiento de datos vinculados a la utilización de servicios de la sociedad de la información específicamente diseñados o aptos para ellos. En cambio, si son menores de trece años, más allá del asentimiento que éstos puedan dar, solo se considera lícito el consentimiento que haya sido otorgado por el titular de la responsabilidad parental o de quien se encuentra a cargo de su ejercicio, o de la guarda o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Además, se exige al responsable del tratamiento de los datos que realice esfuerzos razonables para verificar que el consentimiento haya sido otorgado conforme a lo expuesto, teniendo en cuenta sus posibilidades para hacerlo. A su vez, la norma proyectada prohíbe (i) realizar el tratamiento de datos personales de menores y adolescentes en los juegos, aplicaciones, desarrollos e innovaciones tecnológicas, u otras actividades que involucren información personal más allá de lo estrictamente necesario para la realización de la actividad, y (ii) tratar datos sensibles de menores y adolescentes a menos que se cuente con su consentimiento o del titular de la responsabilidad parental o quien se encuentre a cargo de su ejercicio o de la guarda o tutela o cuando dicho tratamiento fuera indispensable para el interés público o para salvaguardar la vida de aquéllos o de un tercero.

El Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2018/1725, del Parlamento Europeo y del Consejo, del día 23 de octubre

(25) El proyecto puede consultarse en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_de_ley_de_proteccion_de_datos_personales_-_febrero_2023.pdf

(26) La regla de los trece años encontraría fundamento en la responsabilidad de los menores por actos lícitos (art. 261, inc. c, Cód. Civ. y Com.).

de 2018 ⁽²⁷⁾, establece que en los casos de oferta directa a niños de servicios de la sociedad de información, el tratamiento de los datos personales de los niños se considerará lícito cuando tengan como mínimo trece años, ello sin perjuicio de las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros y de las normas relativas a la validez, formación o efectos de un contrato en relación con un niño ⁽²⁸⁾, Si tienen menos de esa edad, tal tratamiento sólo se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó (art. 8º) ⁽²⁹⁾.

La edad para considerar capaz al menor de edad a los efectos del tratamiento de los datos personales es una cuestión de enorme relevancia. Véase el siguiente caso. Una joven modelo de diecisiete años, que dio su consentimiento para realizar unas fotografías de tinte erótico en una revista para adultos, las que fueron tomadas en compañía

(27) Puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32018R1725>

(28) Justamente, este piso mínimo es el que ha permitido en España el dictado de la Ley Orgánica (LO) 3/2018, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, la cual prevé que si es un menor de edad, el tratamiento de los datos únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de 14 años con excepción de los supuestos en que la ley exija la asistencia de los padres o tutores para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. Y si tiene menos de 14 años, el consentimiento solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela (art. 7). La ley puede consultarse en <https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/06/pdfs/BOE-A-2018-16673.pdf>. En Italia, la edad mínima también parece ser la de 14 años. Así lo sostiene GRANELLI al afirmar que el art. 2º *quinquies* del decreto legislativo 196/2003 asume que el menor que ha cumplido los catorce años puede acceder al mercado de los llamados servicios de la sociedad de la información, consintiendo por sí mismo el tratamiento de los propios datos personales (párr. 1). Este decreto dispone, en clara protección a los menores, que cuando se trate de una oferta directa a menores de estos servicios, las informaciones y comunicaciones relativas al tratamiento de tales datos debe hacerse en un lenguaje particularmente claro y sencillo, conciso y exhaustivo, de fácil acceso y comprensible para el menor, con el fin de hacer significativo el consentimiento prestado por éste (párr. 2). Por otra parte, el art. 31 del código de consumo establece que la televenta no debe instar al menor a comprar un producto o servicio, aprovechándose de su inexperiencia o credulidad (Véase GRANELLI, Carlo, "Menor de edad y contrato", La Ley, Suplemento Internacionalización del Derecho, marzo 2023, p. 2, Cita: TR LALEY AR/DOC/324/2023). Últimamente, el Estado de Utah en Estados Unidos de Norteamérica ha dispuesto que las empresas de redes sociales deben verificar que los usuarios tengan al menos 18 años y que, si se trata del uso de sus aplicaciones por niños o adolescentes, deben recabar el consentimiento de los padres (La Nación, diario del día 26/3/2023).

(29) Puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32018R1725>

de su madre, demandó a la editorial que las exhibió por los daños sufridos. Esta última rechazó el reclamo aduciendo que la actora tenía más de dieciséis años al tiempo de las fotografías y que debía ser considerada como un adulto para la toma de decisiones relativas a su propio cuerpo, conforme al art. 26 del Cód. Civ. y Com. Sin embargo, el tribunal sostuvo que ese consentimiento era nulo de nulidad absoluta, y que el Estado debe dar una protección especial a los niños expuestos a situaciones de prostitución y pornografía⁽³⁰⁾. Es importante advertir que el tribunal consideró que si bien la actora tenía diecisiete años y expresó su consentimiento para que su imagen sea tomada y utilizada (incluso acompañada por su madre), era una niña y el acto resultaba ser lesivo a su interés superior y por lo tanto debía cesar. Se nota, entonces, que no se tuvo en cuenta que la damnificada tenía más de trece años sino que se había afectado su interés superior, lo que hacía prevalecer su derecho a que cese la publicación.

De lo dicho hasta acá, se advierte que el otorgamiento del consentimiento por parte de los menores para el tratamiento de los datos personales genera interrogantes en nuestro derecho.

Ciertamente, no es posible ignorar que los niños son sujetos de derechos con autonomía progresiva para su ejercicio, pudiendo hacerlo por sí mismos si cuentan con la edad y el grado de madurez suficiente para ello (arts. 26, párr. 2° y 639, inc. c, Cód. Civ. y Com.). En esta línea, se ha resuelto que, a medida que el niño vaya progresando en su autonomía, podrá por sí mismo disponer de sus derechos, autodeterminar su intimidad en internet y crear una identidad digital que lo represente. Y se agregó que corresponde a los padres un deber de cuidado respecto de sus hijos, lo cual —en la vida *on line*— importa la obligación de proteger los derechos personalísimos y la dignidad digital de sus hijos, lo que significa evitar injerencias arbitrarias en su intimidad, cuidar el uso de la imagen de sus hijos y soslayar publicaciones que los expongan y dañen su reputación⁽³¹⁾.

Sin embargo, me parece que en este tema es necesario fijar reglas más claras y no dejar la cuestión sujeta a una suerte de investigación privada (y con probables derivaciones judiciales) sobre dos cuestiones centrales que se advierten. La primera, si el niño tenía o no la edad y el grado de madurez suficiente para realizar tales actos; la segunda, la determi-

(30) CNCiv., sala B, 22/03/2016, “N., F. N. c/Editorial Televisa Argentina SA s/ daños y perjuicios”, La Ley t. 2016-B, p. 319, Cita: AR/JUR/1118/2016.

(31) CNCiv., sala C, 30/11/2020, “E. A. J. M. c. C. J. V. s. Art. 250, Código Procesal Civil - Incidente familia”, Rubinzal Online, RC J 803/21.

nación del tipo de datos que se trata (si están vinculados a la utilización de servicios de la sociedad de la información específicamente diseñados o aptos para niños; si son datos que involucren información personal más allá de lo estrictamente necesario para la realización de la actividad en los juegos, aplicaciones, desarrollos e innovaciones tecnológicas; y, si son datos sensibles). Es que no es posible dejar de tener presente que el mundo digital encierra graves riesgos —que ya hemos señalado— para las personas menores de edad.

Por ello, entiendo que es preferible fijar una edad a partir de la cual se reconozca que exista capacidad para dar el consentimiento. Referirse solo a la edad y grado de madurez suficiente implica caer en un subjetivismo imposible de acreditar. Pero también creo que considerar la edad de trece años para tener por válido el consentimiento es baja. Recuérdese que cuando se trata de la disposición de derechos personalísimos (y el consentimiento para el tratamiento de los datos personales los puede comprometer), nuestro Código exige que medie el consentimiento de la persona, el cual no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable (art. 55 Cód. Civ. y Com.).

Por eso, teniendo muy en cuenta el marco de protección especial que merecen los niños, pienso que la edad mínima para que ellos puedan dar su consentimiento, en forma personal, para el tratamiento de los datos personales debe ser de dieciséis años ⁽³²⁾, lo que coincide con la edad en la que se considera al menor como adulto para las decisiones atinentes al cuidado del propio cuerpo (art. 28, párr. final, Cód. Civ. y Com.). Entre los trece y los dieciséis años parece necesario que el consentimiento debe requerir de la asistencia de sus padres ⁽³³⁾.

De todos modos, aun cuando el consentimiento hubiese sido válido, si luego el acto se torna lesivo y afecta el interés superior del niño, debe prevalecer su derecho a hacer cesar la publicación que le resulta perjudicial ⁽³⁴⁾. De manera más protectora todavía, la legislación española dispone que cuando los datos en cuestión hayan sido facilitados durante la

(32) Coincide con este límite de edad, MELCHIORI, Franco Andrés, “Los criterios para otorgar el llamado “derecho al olvido” ante información que involucre a niños, niñas y adolescentes deben ser más amplios”, N.º III, *El Derecho*, diario del día 18/11/22, Cita Digital ED-MMMDCXXII-803.

(33) NIETO, María Bibiana, *Derecho a la intimidad del niño*, *El Derecho*, Buenos Aires, 2020, p. 170.

(34) TORDI, Nadia A., “El derecho al olvido como una garantía para ejercer Derechos Personalísimos de NNYA en los entornos digitales”, N.º III, *La Ley*, Cita: AR/DOC/1573/2021.

minoría de edad del afectado, el prestador debe, sin dilación, suprimir el dato por su simple solicitud, sin importar las características del dato (art. 94) ⁽³⁵⁾, es decir, sin importar si el dato es exacto, adecuado, actualizado, etc.

Antes de los dieciséis años, corresponde a los padres el ejercicio de los derechos directamente relacionados con el ámbito personal e íntimo de los niños, de modo que puedan impedir la divulgación, publicación, utilización y comercialización de información de la vida privada de ellos. Todo ello, desde luego, sin perjuicio del derecho a ser oído que tienen los niños. Resulta claro, entonces, que son los padres los primeros obligados a ejercer ese derecho en protección de cualquier derecho personalísimo de su hijo que pueda verse agredido. E, incluso, puede decirse que más que un derecho es una obligación de ellos: la de evitar injerencias arbitrarias en la intimidad de sus hijos, cuidar el uso de su imagen e impedir publicaciones que los expongan, todo lo cual podría dañarlos.

Por ello, considero absolutamente insuficiente que las redes sociales impongan una edad mínima para su uso, ya que es sumamente fácil crear perfiles falsos (pues no existe un procedimiento de verificación), lo que permite eludir la edad mínima exigida. Además, resulta imprescindible que la verificación de la edad del usuario se haga por medios rigurosos y estrictos. De tal manera, en los casos en que resulte necesario contar con la autorización de los padres, ello se pueda exigir y no sea, como hoy en día, una parodia.

Por último, también es necesario distinguir determinadas situaciones. Una de ellas es cuando el niño pretende divulgar imágenes o prestar su consentimiento respecto de la utilización de datos. Ya hemos dicho que, más allá de la capacidad progresiva de los menores, resulta razonable conferir tales facultades recién cuando se alcancen los dieciséis años. Otra situación diferente se da cuando son los padres los que realizan tales conductas. En tal caso, no solo deberá tenerse muy presente el derecho de los niños a ser oídos y, consiguientemente, a oponerse, sino que también existe un deber del Estado en controlar que no se afecten los derechos personalísimos del menor, pues es un deber del Estado el de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño (art. 6, inc. 2, Convención de los Derechos del Niño).

(35) Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE-A-2018-16673, en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>

III.4. El resarcimiento y la prevención

En nuestro país, más allá de que no exista una norma precisa que impida el uso de la imagen de los hijos, es necesario recordar que todos los derechos deben ser ejercidos de una manera regular (art. 10, Cód. Civ. y Com.) y es claro que los padres no ejercen sus derechos de tal manera cuando exponen públicamente a sus hijos, lo que implica una intrusión arbitraria en su vida privada, en los términos del art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño. Por ello, entiendo que los padres deben responder por tales daños.

En el caso de las fotografías subidas sin más interés que la exhibición, estamos ante un supuesto de responsabilidad culposa de los padres, en tanto su obrar se presenta como negligente o imprudente (art. 1724, Cód. Civ. y Com.). En el caso de *sharenting*, a mi entender, la cuestión se agrava pues parece claro que tales padres han actuado con manifiesta indiferencia por los intereses de sus hijos (art. 1724, Cód. Civ. y Com.), lo que agrava su responsabilidad. Y más se agudiza la responsabilidad en el caso de los *influencers*. Es que no es posible olvidar que los padres son quienes deben proteger la dignidad de los niños, evitando injerencias arbitrarias en su intimidad, cuidando el uso de la imagen de sus hijos, y todo lo que dañe su reputación.

Desde luego que la violación de un derecho personalísimo sea la lesión a su intimidad, honra, reputación, imagen o identidad, sea el menoscabo de la propia dignidad personal, acarreará consecuencias dañosas a la víctima (mayor o menor de edad) que deben ser reparadas con la correspondiente indemnización (arts. 52, 1738 y 1770, Cód. Civ. y Com.). Pero más importante resulta, a mi juicio, prevenir el daño que se puede causar al niño y para ello, tanto los padres como el propio hijo, están legitimados para promover la acción preventiva, cuando una acción u omisión antijurídica haga previsible la producción del daño, su continuación o agravamiento, pues claramente tienen un “interés razonable” en la prevención de ese daño (arts. 1711 y 1712, Cód. Civ. y Com.), y para reclamar el cese la actividad que mortifique sus sentimientos o perturbe su intimidad, y ser indemnizado por ello.

III.5. Derecho al olvido

Para terminar esta parte del trabajo, es necesario referirme al derecho al olvido, esto es, el “que tiene una persona a borrar de internet información sobre sí misma y preservar de este modo su privacidad y datos personales. La idea es que ciertos contenidos queden definitivamente

enterrados en el cementerio digital y que no resuciten milagrosamente, una y otra vez, mediante la acción del buscador de Internet”⁽³⁶⁾.

El llamado *derecho al olvido*, que implica el derecho a obtener la supresión del dato personal o su desindexación, según lo que se requiera⁽³⁷⁾, es una cuestión trascendente vinculada con la protección de la vida privada, que no está regulado en el derecho argentino. A nivel internacional, no es posible omitir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó un importante fallo sobre el tema en el que separó dos cuestiones. Por un lado, consideró que un periódico que publicó cierta información vinculada a una subasta por deudas de la seguridad social, lo hizo de forma legal, cumpliendo con el derecho a la información, con lo cual podía seguir manteniendo público el contenido. Sin embargo, por otro lado, obligó a Google a retirarlo de sus enlaces porque estos ya no eran pertinentes al tratarse de una información sobre una deuda comercial que carecía de actualidad, pues habían transcurrido dieciseis años. Esto es lo que se denomina *derecho al olvido*⁽³⁸⁾.

En nuestro país también se promovió contra Google Inc. una demanda por la que se solicitó que se aplicara el “derecho al olvido” respecto de información personal (que la actora reconoció que era real, sobre hechos de los que formó parte y en los que se vio involucrada) que continúa apareciendo en los resultados de búsqueda a través de los motores de internet, pero que —afirma la afectada— pertenecen a un pasado que desea olvidar, y de lo cual han transcurrido más de veinte años. Agrega que tal información le resulta perjudicial, y es antigua, irrelevante e innecesaria⁽³⁹⁾.

La Corte Federal resolvió rechazar el reclamo. Sostuvo, en uno de sus argumentos, que no existe espacio suficiente para producir una lesión ilícita del derecho al honor mediante la difusión de información veraz

(36) TOMELO, Fernando, “El derecho al olvido en Internet”, La Ley t. 2014-D, p. 816, Cita: TR LALEY AR/DOC/2431/2014

(37) Conf. despacho de mayoría de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (comisión 1, conclusión 19); véase en El Derecho, cita digital ED-MMMDXL-282.

(38) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, 13/5/2014, “Google Spain, S.L., y Google Inc., c/Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González”, Cita Online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0131>

(39) El tema fue tratado ampliamente en un número especial de El Derecho, del día 15/3/2022, que reunió aportes de Marcela I. BASTERRA, Guillermo Julio BORDA y Carlos R. PEREYRA (h), Enrique H. DEL CARRIL, y Carlos José LAPLACETTE, y un antiguo trabajo de Germán J. BIDART CAMPOS.

vinculada con un asunto de interés público y referida a una persona pública como fue y lo es la actora, de modo que se autorice una restricción al ejercicio de otro derecho fundamental como lo es la libertad de expresión. El mayor o menor agravio o mortificación que la difusión de dicha información pueda suscitar en la actora —y, eventualmente, en su familia— no es un argumento suficiente para limitar, sin más, el legítimo derecho a la libre circulación de ideas, desde que la intromisión ilegítima en el derecho al honor exige la falta de veracidad o exactitud de la información que se divulga.

Sin embargo, nuestro más Alto Tribunal señaló que no pueden ignorarse los criterios que utilizan los motores de búsqueda para determinar sus resultados, tales como el número de veces que las palabras-clave aparecen en el sitio, el lugar en el que aparecen, el título y la calidad del sitio, la cantidad de sitios que abrevan en tal lugar, o el orden en el que los contenidos se presentan, entre otros factores.

Por ello, afirma que el pronunciamiento no implica desconocer que el creciente uso de herramientas de tecnología informática y, en particular, de sistemas que podrían incluirse dentro de la categoría “Inteligencia Artificial” (IA), suscita numerosos interrogantes respecto de su campo de aplicación a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos. Y añade que, en base a la forma en que Google manifestó que aparecen los resultados, se podría generar un cierto perfil de las personas que podría condicionar la composición de lugar que el internauta se hará de la identidad de la persona auscultada. De ahí, concluye, la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática de ciertos aspectos del funcionamiento de los algoritmos de los que se sirven los motores de búsqueda, para que resulten más entendibles y transparentes para los usuarios, hoy sujetos a la decisión de aquellos ⁽⁴⁰⁾.

La cuestión adquiere mayor importancia cuando se trata de personas menores de edad. De allí que las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil hayan afirmado unánimemente que “(l)a tutela jurídica de la persona frente a los avances tecnológicos debe reforzarse en el caso de personas singularmente vulnerables como niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad” (comisión 1, conclusión 8), entendiéndose —en este caso, por mayoría— que “(e)l standard exigido para invocar el derecho al olvido debe ser más amplio cuando se trate de niños, niñas y adolescentes” (comisión 1, conclusión 20) ⁽⁴¹⁾.

(40) CS, 28/6/22, “Denegri, Natalia R. c/Google Inc. s/derechos personalísimos: acciones relacionadas”, *Fallos* 345:482.

(41) Véase en *El Derecho*, cita digital ED-MMMDXL-282.

Los niños pueden querer que se olviden diferentes cosas, tales como la sobreexposición de ellos por sus padres o los maltratos sufridos, que los afectan. En esa situación, “(e)l derecho humano al olvido digital es el único camino para asegurar que las personas no sean estigmatizadas y condenadas perpetuamente por hechos y acciones que pueden influir de manera negativa en sus vidas actuales máxime si ellos ocurrieron durante la niñez y/o adolescencia” ⁽⁴²⁾.

Y no importa que lo que se pretenda olvidar sea un dato personal veraz y lícito que fue voluntariamente compartido en una comunidad virtual por un niño o que fue expuesto por algún padre célebre durante la menor edad de su hijo. Es claro que el niño puede ir cambiando su personalidad durante su tránsito a la edad madura, y que en ese caminar quiera borrar aquel dato compartido cuando no se tenía plena conciencia de los riesgos o que lo expone en la actualidad cuando pretende recuperar su privacidad. Es que, como se ha dicho, la inexperiencia, la posible falta de desarrollo emocional, psíquico y físico, la falta de madurez para valorar el impacto que ciertas decisiones personales causan en la propia vida —entre otros factores— pueden colocar a los menores de edad en una situación de indefensión o de vulnerabilidad, frente a la vertiginosa realidad digital ⁽⁴³⁾.

No es posible obligar a los niños en los términos del consentimiento que han dado pues debe valorarse no solo la dificultad del lenguaje virtual sino también la evolución de las facultades y madurez de cada persona menor de edad. Y de nada sirve una autorización de los representantes legales, pues lo que importa es la opinión de los niños. Este derecho de los niños a solicitar que se borren sus datos personales o la información que los afecte puede ser ejercido al llegar a la mayoría de edad, pero también pueden hacerlo mientras sean menores, sin consentimiento de sus progenitores, pues deben ser escuchados y sus opiniones tomadas en cuenta para cumplir sus determinaciones en los asuntos que les conciernen ⁽⁴⁴⁾.

Y frente a esto, “las empresas (tecnológicas) deben respetar los derechos de los niños e impedir y reparar toda vulneración de sus derechos

(42) SILVA, Cristina I. y STRAMANDINOLI, María Gabriela, “Observación General N.º 25 (CDN) y el derecho al olvido digital en favor de los niños, niñas y adolescentes”, N.º VI, La Ley, Cita: TR LALEY AR/DOC/1745/2021.

(43) MELCHIORI, Franco Andrés, ob. cit., N.º III, El Derecho, diario del día 18/11/22, Cita Digital ED-MMMDCXXII-803.

(44) Conf. SILVA, Cristina I. y STRAMANDINOLI, María Gabriela, ob. cit., N.º V, La Ley, Cita: TR LALEY AR/DOC/1745/2021.

en relación con el entorno digital. Los Estados parte tienen la obligación de garantizar que las empresas cumplan esas obligaciones”⁽⁴⁵⁾. Por ello, aunque el consentimiento hubiese sido dado válidamente, si luego el acto se torna lesivo y afecta su interés superior, debe reconocerse el derecho del niño a hacer cesar esa publicación que le resulta perjudicial⁽⁴⁶⁾. Más aun, resulta conveniente receptar lo que establece la ley española, esto es, que si el dato ha sido facilitado durante la minoría de edad del afectado, el prestador debe, “sin dilación”, suprimirlo por su simple solicitud, sin importar las características del dato (art. 94)⁽⁴⁷⁾.

En “Denegri”, la CS tuvo un párrafo para los menores cuando dijo que “(e)n lo que respecta a la censura propiamente dicha, este Tribunal ha considerado, en otra ocasión, revertida la presunción referida en un caso sumamente excepcional en el que se buscaba prevenir una lesión al derecho a la intimidad de una menor de edad”⁽⁴⁸⁾. Allí se entendió —con fundamento en el interés superior del niño— que en ese supuesto la prevención del daño se imponía como única forma de lograr la protección judicial efectiva. Sin embargo, la misma Corte, siguiendo la naturaleza excepcional de la medida dispuesta, la redujo a lo estrictamente necesario e indispensable para satisfacer su finalidad tuitiva⁽⁴⁹⁾.

(45) Comité de los Derechos del Niño. Observación General 25 del día 2/3/2021, relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital, párr. 35. Puede consultarse en <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation>

(46) Conf. MELCHIORI, Franco Andrés, ob. cit., N.º III, El Derecho, diario del día 18/11/22, Cita Digital ED-MMMDCXXII-803.

(47) Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE-A-2018-16673, en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>

(48) CS, 3/4/2001, “S., V. c/ M., D. A. s/medidas precautorias”, Fallos: 324:975. En este fallo se dispuso que corresponde a la Corte Suprema armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de la censura previa —que juegan un rol decisivo en el mantenimiento del sistema republicano de gobierno— con la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad (considerando 12).

(49) CS, 28/06/2022, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas”, Fallos 345:482.

IV. LOS ADULTOS MAYORES

IV.1. Planteo de la situación

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores ⁽⁵⁰⁾ (en adelante CIPDHPM), de jerarquía constitucional desde el mes de diciembre de 2022 ⁽⁵¹⁾, define a la persona mayor o adulta mayor, como aquélla de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años (art. 2).

Se trata de un grupo social en continuo crecimiento, pues el envejecimiento de la población, la prolongación de la vida es un dato concreto de la realidad. Lo preocupante es que, como con gran fuerza expresiva señala Wilde, “pareciera que cuando se van perdiendo las fuerzas físicas, y a veces también las psíquicas y las espirituales, los derechos de esas personas se van desvaneciendo, perdiendo fuerza, decolorando” ⁽⁵²⁾.

Estamos ante un problema grave y el desafío que se tiene por delante es el de resguardar y mejorar la calidad de vida de los adultos mayores ⁽⁵³⁾, permitiéndole desplegar su personalidad, sin limitaciones injustas. Es importante destacar algo que parece obvio, pero que muchas veces implícitamente se desconoce, y es que la mayor edad no significa enfermedad, ni limitación de la capacidad ⁽⁵⁴⁾.

Es por ello que el Preámbulo de la CIPDHPM resalta que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas —lo cual dimana de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano—, y reconoce que, a medida que envejece, la persona debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, participando activamente en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades. Y añade que la persona mayor tiene el derecho a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y

(50) Ratificada por nuestro país por ley 27.360.

(51) Mediante ley 27.700.

(52) WILDE, Zulema, “Los derechos personalísimos y los adultos mayores”, en AAVV, *Estudio de los derechos personalísimos. Obra en homenaje al Académico Dr. Santos Cifuentes*, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 128.

(53) WILDE, Zulema, ob. cit., p. 124.

(54) WILDE, Zulema, ob. cit., p. 135.

creencias, y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos (art. 7°).

Como respuesta a estos derechos enunciados, nuestra Constitución ordena legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto —entre otros— de los ancianos (art. 75, inc. 23).

En esta línea, la CIPDHPM pregona un “envejecimiento activo y saludable”, que, entre otras cosas, permita al adulto mayor participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar su calidad de vida (art. 2°). La misma norma juzga discriminatorio “por edad en la vejez” a 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.

Parece claro que este grupo social se encuentra condicionado y muchas veces limitado por las particularidades de la vida contemporánea. Y en este punto, cobra relevancia la grieta que pueden producir los sistemas tecnológicos ante la dificultad de que el adulto mayor pueda comprenderlos y utilizarlos, como veremos en el párrafo siguiente. Resulta necesario, entonces, atender a esos límites para promover acciones que faciliten el ejercicio de sus derechos a los adultos mayores, en un marco de bienestar y libertad, en igualdad de condiciones con los demás sujetos⁽⁵⁵⁾. Es que, como ha sostenido Dabove, debe asegurarse que todos los individuos puedan contar con las mismas oportunidades de partida para el desarrollo de sus potencialidades⁽⁵⁶⁾. Por ello, la CIPDHPM considera como un principio general el enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor (art. 3°, inc. 1).

IV.2. Los riesgos tecnológicos

Las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mendoza, 2022) llamaron la atención sobre los riesgos tecnológicos al sostener, por una

(55) Conf. DABOVE, María Isolina, “Gerontología comunitaria para un derecho en transformación”, en AAVV, *El Derecho Privado en el siglo XXI (agenda presente y futura). Homenaje a la Prof. Dra. Noemí L. Nicolau*, La Ley, Buenos Aires, 2022, p. 39.

(56) DABOVE, María Isolina, ob. cit., p. 42.

nimidad, que la tutela jurídica de la persona frente a los avances tecnológicos debe reforzarse en el caso de personas singularmente vulnerables como niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad y, en lo que ahora nos importa, adultos mayores (comisión 1, conclusión 8) ⁽⁵⁷⁾.

Los riesgos son variados.

Por un lado, como afirma la CIPDHPM, es necesario resguardar el derecho que tiene toda persona mayor a la privacidad y a la intimidad y a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, o cualquier ámbito en el que se desenvuelvan, así como en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación (art. 16).

Desde luego, esas mismas injerencias a la privacidad y a la intimidad se pueden dar a través de las nuevas tecnologías, como puede ocurrir con cualquier persona. Por ello, las referidas Jornadas destacaron esta circunstancia al poner énfasis, también de manera unánime, en que la implementación de las nuevas tecnologías, con relación a las personas, debe estar inspirada en una visión humanista (comisión 1, conclusión 3) ⁽⁵⁸⁾.

Pero, por otro lado, también pueden provocarse riesgos derivados de la imposibilidad de gozar de derechos y beneficios, a raíz de la dificultad para entender y acceder a esas nuevas tecnologías. Esto, no solo puede afectar la plena autonomía personal del adulto mayor, autonomía que es uno de los pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, sino, también, puede provocar una ampliación de la brecha existente entre quienes acceden fácilmente a las tecnologías para celebrar diferentes actos jurídicos y quienes no lo pueden hacer, como suele ocurrir con las personas adultas mayores ⁽⁵⁹⁾, consagrándose así una suerte de desigualdad que contradice elementales principios constitucionales.

Lo que se acaba de decir es de suma importancia. No podemos perder de vista que los prodigiosos avances tecnológicos, casi mágicos, son tan rápidos que van quedando fuera del alcance de los adultos mayores. Recordemos que todos ellos han nacido antes de la explosión tecnoló-

(57) Puede verse en El Derecho, cita digital ED-MMMDXL-282.

(58) Puede verse en El Derecho, cita digital ED-MMMDXL-282.

(59) Conf. BESSONE, Nancy M., “La necesaria protección de la dignidad y autonomía de las personas adultas frente a los avances tecnológicos”, N.º IV, La Ley, 10/02/2023, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/231/2023.

gica, y que todos estos sistemas requieren de un difícil aprendizaje, el cual —lamentablemente— muchas veces no se puede adquirir.

Las 100 Reglas de Brasilia ponen el acento en esta cuestión cuando señalan que:

[E]l envejecimiento puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales y/o barreras producto del entorno económico y social, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia, con pleno respeto a su dignidad ⁽⁶⁰⁾.

Y la Corte Interamericana de Derechos Humanos levanta su voz cuando afirma que los adultos mayores “tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas” ⁽⁶¹⁾.

Esta preocupación que vengo expresando aflora en la CIPDHPM cuando pone en cabeza de los Estados Parte el deber de promover la educación y formación de la persona mayor en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) para minimizar la brecha digital, generacional y geográfica e incrementar la integración social y comunitaria (art. 20, inc. d). La misma Convención añade, luego, que a fin de garantizar la accesibilidad y la movilidad personal de la persona mayor para que pueda vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Parte adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones (art. 26). Y esta misma norma agrega que, entre esas medidas, está la de identificar y eliminar los obstáculos y barreras de acceso a —entre otras cosas— los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia, debiendo además promover el acceso de la persona mayor a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet, y que estas sean accesibles al menor costo posible.

Es claro que el mundo gira hoy en torno a los sistemas digitales y que no es posible ni bueno volver atrás. Pero este camino de avances tecno-

(60) Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, versión actualizada 2018, capítulo I, sección 2da. Punto 2. https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/2019/Reglas_de_Brasilia_Centro_actualizadas.pdf

(61) Corte IDH “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, 8/3/2018, serie C N.º 349, párrafo 127. Véase página web de la CIDH

lógicos impactantes no puede ser transitado a cualquier costo; no es posible que se acepte pagar el alto precio de excluir a un sector importante y vulnerable de la población.

Por un momento pensemos en la infinidad de operaciones que hacemos a diario, desde aquellas que podríamos calificar como simples (vg., el pago de una cosa adquirida con una tarjeta de crédito) a aquellas otras evidentemente complejas (como la compra de criptomonedas), pasando por una multiplicidad de actividades que pueden parecer comunes pero que, de hecho, muchas veces se complican (lo que puede ocurrir cuando se quiere extraer dinero de un cajero automático, o realizar una transferencia bancaria o un pago a través de los sistemas de *on line banking*, o tomar un préstamo, comprar una cosa, contratar un servicio o adquirir entradas para un espectáculo público a través de la web). Y pensemos, incluso, en el caso de que el adulto mayor haya podido terminar con el procedimiento contractual fijado por el sistema informático; muchas veces ocurre que el consentimiento que ha dado, ha sido dado a ciegas, pues la larga cantidad de cláusulas que el predisponente impone, acarrea en la práctica que no sean leídas, como todos sabemos.

Esta importante gama de actividades no puede quedar limitada a aquellas personas que manejan los sistemas informáticos, pues si así fuera, sería de toda evidencia que estaríamos, no solo, convalidando la exclusión de todos aquellos que no puedan acceder a tales sistemas, sino también afectando su dignidad, dignidad que hace a la esencia misma de la persona, no pudiendo deslindarse de ella ⁽⁶²⁾.

IV.3. El resarcimiento y la prevención

La cantidad de operaciones que los adultos mayores pueden realizar (o se ven obligado a hacer) y que he mencionado muy escuetamente en el párrafo anterior, no solo pueden ponerlos en una situación de verdaderos excluidos por la imposibilidad de manejar los sistemas informáticos, sino que, además, cuando pueden operarlos, y a raíz del poco dominio que muchas veces tienen de ellos, quedan expuestos a sufrir daños.

Está claro, y no me extenderé en este trabajo sobre el tema, que el daño sufrido podrá ser reparado de acuerdo con las normas establecidas en el Código Civil y Comercial a partir del art. 1716.

Pero, indudablemente, lo ideal es prevenir el daño.

(62) Conf. TOBÍAS, José W., “Una concepción integral de la persona humana”, N.º V, SJA 07/11/2018, 381 Cita: TR LALEY AR/DOC/3209/2018.

Ciertamente que serán de aplicación los arts. 1708 a 1715. Sin embargo, nos parece más importante todavía insistir una vez más en la necesaria educación tecnológica del adulto mayor.

Y hay algo más que se puede hacer. Las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mendoza, 2022) sostuvieron unánimemente que en el caso de actos jurídicos a materializarse por medios tecnológicos, debe ofrecerse a los adultos mayores la opción de celebrarlos por medios tradicionales (comisión 1, conclusión 11)⁽⁶³⁾. Esto es lo que, hoy en día, muchas veces falta. La vida diaria nos demuestra que en cantidad de ocasiones nos encontramos con la imposibilidad concreta de hablar con una persona humana; por el contrario, el sistema nos deriva a contestadores automáticos, a voces grabadas que informan opciones que hay que ir eligiendo (y muchas veces no escuchamos la que estamos necesitando), a otras voces que informan que el trámite debe hacerse exclusivamente por la web, etc.

La consecuencia de esta política administrativa es el aislamiento del adulto mayor y la resignada aceptación de su situación de inferioridad. Es hora de que esto cambie.

V. EPÍLOGO

He procurado poner de relieve los problemas que generan los modernos medios tecnológicos para la población vulnerable. Me he detenido en las personas menores de edad y los adultos mayores. Soluciones definitivas, como se ha visto, no tengo. Pero es necesario instar a toda la comunidad, de manera interdisciplinaria, a que reflexione profundamente sobre la cuestión y procure —al menos— mitigar los riesgos, preservando la dignidad de cada persona humana.

(63) Puede verse en El Derecho, cita digital ED-MMMDXL-282.

LA PRESERVACIÓN DE LA PERSONA COMO CENTRO DEL SISTEMA DE DERECHO DESDE LAS TEORÍAS ÉTICAS DEL CONTRATO Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

POR ARTURO CAUMONT (*)

En Homenaje al Profesor Guillermo Borda, Insigne Jurista de la República Argentina

I

A medida que la masificación poblacional de no pocas ciudades en el planeta acaece sin brújula que le imprima un imprescindible orden, a medida que el crecimiento demográfico se torna una tendencia abarcativa con efectos multiplicadores de progresión geométrica en no pocos países; a medida que las comunidades reciben los denominados avances tecnológicos con sus luces y con sus sombras y, sin agotar el elenco de situaciones de análoga estirpe; a medida que la cantidad lesiona la calidad e irrumpen desde esa herida maneras de inbienvenida frivolidad por las que se rinde culto a la apariencia estética por sobre el tributo a la imprescindible ética de la existencia, acaecen externalidades disvaliosas entre las que se encuentra el inagradable progresivo estado de desvalorización de la persona al sumírsele en el gradual desplazamiento de su condición central de preocupación y trato hacia una periferia en la cual es solamente un número más sumergido en la avalancha de otros números con los cuales deja de constituir comunidad para convertirse en aglomeración.

(*) Académico de Número Fundador de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay.

Y ese estado de situación que presentan no pocos territorios del castigado planeta Tierra, lesionado en su indemnidad por tantas vías dañosas, muestra una preocupante impronta de no regresión a la consideración de la persona como principio y fin de todo empeño humanista que lo reivindique en la centralidad de la vida predicada de dignidad sin dejar por ello de atribuirle deberes tanto como derechos, vale decir, de la centralidad de vida digna que se erige tanto sobre su constreñimiento a conductas debidas cuanto a derechos de los que todos son titulares, en función —deberes y derechos— del sentido y del sentimiento de pertenencia a lo que no se debe dejar de pertenecer, esto es, a una comunidad, con todo el significado que el concepto de comunidad posee y desde el cual —en el correspondiente plano semántico constituido por la relación del signo con su significado— resulta de evidencia que es desde su individualidad y la de los demás que esa comunidad se erige y que ello se construye con sujeción a reglas convenidas por todos y cada uno, expresa o implícitamente, de las que se derivan deberes y derechos en tono de multi reciprocidad y en inevitable sutil equilibrio desde el cual precisamente se hace imperiosa necesidad la preservación y salvaguarda del sentimiento comunitario.

II

En esta línea de articulación, no parece predicable de exageración aseverar que hace bastante tiempo ya, y con mayor empuje durante el transcurso del actual milenio impregnado de vorágine en múltiples aspectos pero sobremanera en el del desarrollo científico, que no obstante el incesante exponencial incremento de recursos tecnológicos no se pone en absoluto cese a la propensión de creación de grietas sociales, económicas y políticas sobre las que se descubren fundamentalmente dos extremos de manifiesto disvalor: la disgregación, aún dentro de la aglomeración; y la anomia, no obstante la regencia de reglas y normas de jerarquía tanto constitucional como legal, situación que comporta en verdad una real paradoja de cuya existencia derivan disvaliosas externalidades no siempre advertidas, sobremanera en contextos de clara enajenación causada por el engañoso incentivo de las maneras pasatistas afincadas en el exacerbado consumismo sin brújula, cautivo por sutiles programas de fidelización y distanciado de la real necesidad de los bienes y servicios elegidos para adquirir y usar. Estado de situación al que se suma la triste coexistencia de dichas maneras pasatistas con la marginación económica, educativa y cultural en la que tantas personas transcurren sin atisbo alguno de esperanza de superación y por ello impedidas de percibir aquella disgregación y aquella anomia.

III

Por ese inagradable estado de devaluación social —*lato sensu*— es que, salvo las excepciones que confirman la regla, la persona ha sido desplazada de su posición central que convocaba en su legítimo favor y prerrogativa el fuero de atracción de la preocupación proactiva de quienes eran los titulares del poder y del deber de honrarla procurando sin renunciamientos enaltecer su calidad de vida tanto inmaterial como material proveyéndole los medios aptos para alcanzar los objetivos encarnados en la ética humanista, tan sencilla de comprender como imposible resulta admitir la destitución de regencia de sus nobles imperativos de conducta que no pocos llevan a cabo al insano conjuro de sustituirlos por intereses que reniegan del bien común reemplazándole por el propio.

La disgregación y la anomia, juntas a la par, repercuten lesivamente en el derecho consolidado en el tiempo por el respeto que le han prodigado sucesivas generaciones desde el sereno sentimiento de pertenencia a las comunidades de las que forman inescindible parte y desde la convicción de que es la unidad en la diversidad la que constituye su elan vital porque ellas se nutren precisamente de la pluralidad que no las reduce a la linealidad propia de parificaciones forzadas que someten a sus integrantes a la nulificación de sus diferentes virtudes específicas insusceptibles de sobrevivir en igualaciones no alejadas de condición autoritaria.

La disgregación y la anomia se retroalimentan y en ello reside la profundización de su dañosidad que en el sensible territorio del derecho posee claros registros de acaecimiento.

Así, es constatable por detección empírica que provienen de la disgregación y de la anomia situaciones que, a solo título de ejemplos que, por cierto, no agotan el inbienvenido elenco de especies pertenecientes al disvalioso género: abusividad por posición dominante; competencia desleal; atribución desigual de potestades en un contrato; contratación por adhesión a cláusulas predisuestas; desequilibrio negocial entre expertos y profanos; cautividad contractual en negocios jurídicos de ejecución duradera; intransparencia de la tipología contractual social anglosajona en ámbitos de sistema legal continental; mercantilización del Derecho Civil antes que civilidad del Derecho Comercial; indemnizaciones de bajo monto por daño; decisión de reiterar dañosidad en base al cálculo económico del costo-beneficio por el causante; reparación mere dineraria antes que restauración de la indemnidad lesionada; dañosidad imperceptible al momento de su causación dificultando la reparación; inteligencia artificial y robótica (reem) y desplazando a la persona; daño

multidimensional in crescendo; inexistencia de clara receptación y regulación legal del riesgo creado y del riesgo beneficio como factores objetivos de atribución.

IV

El panorama respecto del acaecimiento de situaciones como las que vienen de referirse —se reitera, mero ejemplificativamente— no es en absoluto valioso. Tanto como no es a cabalidad valiosa la respuesta que en no pocas legislaciones se destina para siquiera atemperar —ya no eliminar, obsérvese— las consecuencias que ellas generan en relación a la persona que no solo en abstracto sino asimismo en concreto es la destinataria de la pérdida de centralidad mediante el doloroso proceso de su sustitución por consideraciones económicas prevalentes en quienes desarrollan los diseños organizacionales tanto de un país como de la sociedad del mismo con otros en empeños que poseen motivación causal económica ya desde su propia denominación como mercado. No debe prescindirse, en este sentido, del apoyo que desde la Teoría del Leguaje y hasta de la simple literalidad de las palabras en la estructura patente —conforme Chomsky ha denominado— para desarrollar el análisis crítico de emprendimientos como, por ejemplo, en la cercanía regional es posible lleva a cabo respecto del Mercosur. Y a partir de ello constatar que el mismo lleva en su propio nombre la impronta mercantilista destinada *inaudita altera pars* a más de 200 millones de personas a quienes se les ha trasladado de su condición de tales para pasar a ser clientes actores de vicisitudes de naturaleza comercial tanto como a los países integrantes del Tratado de Asunción de 1991 ya no se les refiere sino como Socios, rastros todos de corte semántico —relación del signo con el significado en el exquisito pensamiento de Charles Morris ⁽¹⁾— que denotan y connotan el alejamiento de personas y, más aún, de países, del centro de la civilidad de la cual se les distancia con consecuencias que continúan lesionando la indemnidad de aquellos a quienes el preindicado emprendimiento mercantilista involucra.

V

Y así como persiste el preindicado proceso de desplazamiento de la persona de su sitial central también se erigen voces críticas que presa-

(1) Morris, Charles, Fundamentos de la Teoría de los Signos

giaron esa disvaliosa vicisitud y alertaron tanto sobre las consecuencias negativas que ese desplazamiento acarrearía cuanto sobre la necesidad de reivindicar ese sitio restituyendo a su legítimo titular a la consideración de su imprescindible centralidad con la cual ha sido posible la construcción de tanto logros desde la inteligencia y desde la sensibilidad con la que desde siempre el hombre se impuso contra vientos y mareas la creación y la sustentabilidad de sociedades civiles en las que la persona convocaba el despliegue permanente a su favor de herramientas preordenadas para la procuración de calidad de vida en tono de admirable progreso. Y en tono de amparo, protección, custodia y salvaguarda de su valiosa esencia como ser racional y sensible de cuya preservación como tal dependía y continúa dependiendo la propia subsistencia del planeta a pesar de los pesares configurados por quienes, siendo asimismo personas, comportaron y continúan comportando conductas contrarias al paradigma de la rectitud y de la probidad.

En tal sentido debe subrayarse el noble rol de los juristas que a lo largo del tiempo han dedicado su pensamiento y su acción a la admirable lucha por los valores, principios, normas y reglas sobre las que se erige la civilidad como dimensión abarcativa de los más elevados postulados axiológicos por los que el derecho se predica precisamente de tal y por cuya existencia activa alcanza el desiderátum de toda juridicidad, vale decir, la eticidad como impronta y marca ontológica.

VI

Sobre Teoría Ética del Contrato y Teoría Ética de la Responsabilidad Civil ha dedicado el suscripto líneas de pensamiento y desarrollos al respecto sobre los cuales erigirá las ideas que conforman el presente estudio recostadas sobre la persona y su posicionamiento central en el todo Sistema de Derecho. Con ambas vertientes se reafirma en primer término la relevancia del pensamiento teórico, el que al igual que la persona ha sido y continúa siendo desplazado sin justificación razonable alguna del sitio prevalente que posee cuando de ciencia se trata pues no es dato inadvertido que la faena teórica es la que construye los marcos conceptuales de referencia en todas las disciplinas y, en especial, en derecho. Sin fundamentación conceptual abstracta no será posible elaborar enunciados con vocación de validez y lo que se sostenga no encontrará el respaldo necesario por el que se legitimen explicaciones y decisiones quedando estas huérfanas de las matrices conceptuales de las que nacen los fundamentos para su alegación. Las proposiciones teóricas derivan del pensamiento abstracto, libre y solo condicionado por el propósito de

resolver problemas científicos y no casos como ocurre con el casuismo inductivista que, no sin profunda consternación de no pocos ius pensadores, ha ganado terreno en las infundables preferencias también de no pocos operadores que encuentran en él una suerte de seguridad al recurrir a casos anteriores con los que parangona el actual a resolver convirtiendo la faena jurídica en una búsqueda de precedentes que al mismo tiempo que desplaza al pensamiento teórico se acerca a sistemas no continentales que convierten una decisión judicial antecedente en una regla vinculante. De la teorización que deduce desde principios, valores, reglas y normas con señorío de regencia al casuismo inductivista basado en los precedentes transcurre un periplo de desplazamiento del pensamiento teórico de su sitio de predominio sustituyéndosele por el que enfoca la atención en el caso concreto, y posible referente análogo, sujetándose a lo que respecto de éste se hubiese alegado y decidido, periplo de reemplazo que guarda sugestiva identidad de fondo con la sustitución de la persona como centro de todo el sistema jurídico por la impersonalización comportada desde entidades públicas o privadas que persiguen intereses prevalentemente patrimoniales, económicos y financieros, alejados de toda prevalente consideración humanística, vale decir, instituyendo a la persona como principio y fin de todos los ahíncos. Y todo ello sin soslayar que las tendencias casuistas se auto justifican alegando que el examen del caso se lleva a cabo para alcanzar, al finalizar el análisis, el hallazgo de la justicia que ese caso amerita, con cuya premisa se han desarrollado en dominios jurídicos corrientes de actuación en pos de resolver no un problema científico sino de decidir un caso con justicia. Justicia de cuya relatividad y subjetividad conceptual no pueden derivarse proposiciones con vocación de validez general pues no es objeto de debate el carácter relativo del valor justicia (absolutamente relativo, si se permite el oxímoron).

VII

Es al sano conjuro de los investigadores adheridos con bienvenido fundamentalismo a la Teoría que se producen en la actualidad serios empeños reivindicativos del valor de los marcos conceptuales de referencia como fuente en la cual abrevan los caminos de explicación objetiva de las esencias de todos los fenómenos con atingencia jurídica y de averiguación de los sentidos que poseen las estructuras latentes y patentes del ordenamiento positivo del cual por deducción se discierne no solamente el nivel signico de los textos sino, sobremanera, su discurso, a la par con los aportes que al derecho se han desarrollado por insignes lingüistas —pues el derecho no existe fuera del Lenguaje, como es va-

lor entendido incluso hasta desde el sentido común— entre los que a los efectos del presente estudio es de relevancia no prescindir de las contribuciones de Teun van Dijk ⁽²⁾ para quien toda instancia de lenguaje es susceptible de analizarse no solamente en su plano sígnico —vale decir, en la dimensión exclusivamente conformada por los signos empleados en la organización de un texto— sino, asimismo, en el plano configurado por el resultado de la concatenación de aquellos signos en la secuencia seleccionada por el emisor de dicho texto en función de su objetivo o propósito de comunicación.

Es en esa dirección intelectual que, centrando la atención reflexiva en el discurso así concebido, le será posible al jurista desarrollar la noble faena científica de erigir sobre los textos normativos y sobre los valores y principios que obran de sustento a su respecto, una teoría que sistematice, con el orden proveniente de la congruencia y la coherencia como factores rectores, las disposiciones particulares de los plexos regulatorios —concebibles de esa manera como los elementos sígnicos— cuya ordenación concatenada producirá el discurso del plexo regulador correspondiente el que, en tanto discurso, poseerá un valor de significación distinto en si propio al valor de significación específico de cada uno de los componentes —sígnicos— constituyentes de la cadena.

VIII

Una Teoría de Derecho es un sistema lógico deductivo resultante de un proceso de abstracción que se erige trascendiendo sobre la normatividad concreta de cierta área jurídica a la que detecta como dato empírico específico, organiza y sistematiza en términos de marco conceptual de referencia desde el cual se deducen las proposiciones que explican a cabalidad la esencia de dicha normatividad concreta y el consiguiente valor de significación de los plexos que la constituyen. Todo emprendimiento teórico, pues, se erige sobre la organización de los datos específicos del campo a teorizar agrupándoles de conformidad con aquellos imperativos de coherencia y de congruencia —a su vez caracteres constituyentes de la cohesión que es marca ontológica de toda disciplina que se predique de científica— y situándoles en el nivel de abstracción desde el cual se pueden abarcar y aprehender a cabalidad todas los problemas que sean susceptibles de presentarse como incógnitas a despejar en el camino de búsqueda de certezas, camino de constante indagación en

(2) van Dijk, Teun, Estructuras y Funciones del Discurso, Siglo XXI Editores, Madrid, 12nda. Edición, 1989.

el que es posible sintetizar el elan vital de las ciencias en general y de la Ciencia Jurídica en especial: el camino de averiguación de la verdad, desde siempre *e in aeternum* perseguida por necesidad inherente a la persona.

La faena de teorización, por consiguiente, es clave para la Ciencia y, en particular, para la Ciencia Jurídica. Sobremanera porque ella pertenece al sensible campo humanístico y desde esa pertenencia es que resulta imprescindible demarcar como prevalente el sitio de la persona.

De las tareas teorizadoras que en Ciencia Jurídica se han llevado a admirable realización resaltan con evidencia las que se han desarrollado en cada una de las disciplinas en las que tradicionalmente se estructura el derecho. Los emprendimientos teorizadores en las áreas específicas constitutivas de la estructura organizacional colocada como objeto de conocimiento han aportado a su comprensión contribuciones de elevado tenor sobre las cuales el derecho en todas sus dimensiones ha avanzado en valiosa progresión honrando a sus cultores precisamente preocupados por el noble propósito de enaltecer los acervos académicos.

Y a partir de su manifiesta utilidad es que resulta constituir un imperativo insoslayable a su respecto ensayar una faena teorizadora que subraye la importancia de una dimensión de imprescindible consideración en la concepción humanística que es marca inherente al derecho dada su propia condición ontológica de poseer como propósito y como finalidad a la persona como su centro.

IX

Ese emprendimiento teorizador es el que se ocupa de la dimensión ética del derecho y de sus disciplinas particulares, dimensión de eticidad de cuyo carácter transversal no debe el jurista distanciarse, así como tampoco debe alejarse de la humanística que es impronta residente en sus entrañas. Una Teoría de Derecho, por lo tanto, debe incluir en sus intramuros la perspectiva ética que subyace en el fondo de los valores, principios, reglas y normas que componen el plexo jurídico sobre el cual se dirija el emprendimiento teorizador, lo que importa además llevar a cabo el respectivo abordaje munidiéndose de las herramientas de conocimiento que, para alcanzar la plena aprehensión de aquellos insumos y el sistema que ellos configuran, provee la consideración tanto del nivel signico con que se manifiestan las normas del ordenamiento positivo cuanto el nivel discursivo que surge desde la concatenación de los signos mediante los cuales esas normas se redactan. Y este último, sobre el nada

simple de transitar trillo de intelección crítica cuyo recorrido es indicado por los investigadores que han detectado con precisión la existencia de una dimensión diferenciada de la sónica —o estructura patente en el pensamiento de Chomsky— configurada por el discurso que se abstrae de aquella con autonomía de significado y es residente en la subyacencia de las normas —o estructura latente en Chomsky— desde donde se la extrae mediante la debida reflexión analítica inherente a toda faena de averiguación de significados y sentidos jurídicos.

Las perspectivas desde las que se aprehende el concepto de persona no alcanzarán el debido nivel de completitud si en el elenco de abordajes no figura la dimensión ética como debido elemento constitutivo de su esencia y desde que ética y persona se encuentran en estado de mutuo ligamen desde el que se erige su estado de acompañamiento y, más allá aún, de indivisibilidad al implicarse de manera recíproca y constante, “juntas a la par” para convocar en ilustrativa cita la expresión empleada en una de sus obras por el recordado músico argentino Norberto Napolitano.

Es en esta dirección del pensamiento en desarrollo que la ubicación de la persona en sitio de centralidad en general se erige también desde la ética y su reivindicación permanente como elemento ontológico que la predica de tal. Y en derecho en especial, ese posicionamiento medular de la persona se detecta, fortalece y reivindica a través de la constatación de la existencia de una teoría ética que en Derecho de los Contratos y en Derecho de la Responsabilidad Civil resulta susceptible de erigirse sobre el debido análisis no solo del nivel patente de los signos constitutivos de los textos normativos del ordenamiento positivo sino, además, de la reflexión analítica rigurosa de las estructuras latentes que subyacen a la dimensión sónica y que conforman el discurso del ordenamiento en frecuencia sistémica, vale decir, el discurso que no se halla en la exclusiva dimensión visible sino en estado de valiosa yacencia en los sutiles fondos de la significación aguardando de los juristas el análisis crítico a su respecto para escudriñar, captar y organizar en sistema.

X

En ellos es que abreva la Teoría Ética del Contrato y la Teoría Ética de la Responsabilidad Civil que se encuentran en bienvenida progresión constructiva porque las normas que poseen señorío de regencia tanto en sede de Derecho de los Contratos como en lo que concierne al Derecho de Daños son vastas y por cierto complejas en todos los ordenamientos

positivos y las faenas de interpretación de sus estructuras patentes y latentes en aras de aprehender sus esencias presentan problemas difíciles de resolver más allá de toda duda razonable ⁽³⁾. Pero los pasos dados muestran avances firmes en la tarea y el advenimiento de nuevas ⁽⁴⁾ perspectivas enriquecerá el acervo teórico enaltecendo al derecho como ciencia.

Del punto de encuentro entre cada una de las Teorías Éticas precedentemente señaladas en progresión y la persona como centro del sistema de derecho dan cuenta elementos demostrativos del valioso cruce de caminos que el mismo implica y desde los cuales causa sensible regocijo intelectual y espiritual saber que ellos son el fundamento cabal de la reivindicación permanente del territorio medular por y para la persona.

XI

En sede de Derecho de los Contratos esa relación entre su teoría ética y la persona como centro del sistema jurídico contractual, se erige desde el fondo de significación de las palabras que se refieren al contrato en los ordenamientos positivos y de cuyo rastro semántico emerge, no sin brillo y esplendor, la impronta humanista que lo aleja desde siempre de la excluyente conceptualización meramente económica de intercambio de bienes con que no pocas corrientes abordan su definición.

XII

Así, el vocablo contrato posee por valor semántico de base “tratar en conjunto y con el cocontratante respectivo”, al extremo de ser las personas contrayentes asociados no societarios recíprocamente necesarios entre sí en pos de la obtención de la satisfacción de su interés personal para alcanzar la cual cada uno precisa del otro, paradoja de cuya prueba se encarga recordar que no es posible concebirá la existencia de un acreedor sin la correlativa de un deudor.

(3) Sobre Teoría Ética del Contrato, véase Caumont, Arturo, *Doctrina General del Contrato. Proposiciones Teóricas de Innovación*. Editorial La Ley Uruguay, Montevideo 2014.

(4) Caumont, Arturo, *Elementos para la Construcción de una Teoría Ética de la Responsabilidad Civil*, en *Revista de Derecho de Daños/ Daño Ambiental* 2022-3, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe-Buenos Aires, páginas 11 a 82.

XIII

Y en el mismo sentido de articulación, el vocablo concordar, significativo de la formación perfectiva de todo contrato, significa en verdad “poner los contrayentes en común el corazón” lo que importa un acto volitivo que acaece inclusive en los contratos reales en los que la entrega de la cosa está sutilmente precedida del señorío consensual en términos asimismo paradójales dada la naturaleza real que marca el tipo del contrato homónimo.

XIV

En igual dirección de articulación, el verbo consentir del que deriva la palabra consentimiento como acción y efecto de conjugar ese verbo nuclear significa en realidad “sentir con el otro”, subrayando desde su fondo semántico sustancial la impronta de sensibilidad cuyo hábitat es necesariamente la persona desde que ella está natural y precisamente dotada de la capacidad de sentir y a partir de ello conducir su comportamiento guiada por una especial y valiosa disposición emocional con relación a aquél con quien celebra un contrato y porque el sentimiento de un ser humano, es la expresión personal de una emoción que devino realidad en su mente y en su corazón, de manera que ello no debe soslayarse al tiempo de llevarse a cabo toda reflexión analítica sobre un contrato dado y tenerlo presente para reprobear eventuales posteriores conductas de los contrayentes que no guarden coherencia con el sentimiento común, sostén de la voluntad común, al momento del otorgamiento del pacto, soslayo que precisamente desplaza a la persona en sí misma como eje central de toda contractualidad.

XV

El mismo fondo de eticidad existe en el vocablo convención con el cual se hace también referencia al contrato como una de sus especies. En efecto, convención es la acción y el efecto de convenir cuyo claro rastro etimológico señala el acto de converger, vale decir, de venir “con el otro” a un punto de encuentro, ilustrando su valor de significación una conducta en común, un designio común de recorrer un camino para arribar a un encuentro en el valioso sentido de coincidir y no en el paradójico significado de choque proveniente del carácter polisémico de la palabra.

XVI

La Teoría Ética del Contrato posee en sus proposiciones dos marcas que reafirman:

a. Por una parte, como marca de su esencia, el carácter de acuerdo por el que las partes autocomponen sus intereses opuestos mediante la convicción de la recíproca imprescindibilidad de cada una respecto de la otra para su obtención satisfactiva a nobles sabiendas de que el interés y la necesidad de un contrayente solo es susceptible de alcanzar estado de satisfacción —esencia última del cumplimiento cabal de las obligaciones generadas por el contrato— con la plena realización del interés y de la necesidad del otro contrayente, evitando con el contrato toda contienda que desemboque en una heterocomposición desde la ajenez de terceros decisores, objetivamente distanciados del protagonismo de cercanía sensible que tuvieron las partes desde la antecontractualidad y al momento de celebración —obsérvese la fuerza semántica de esta palabra en el sentido de festejo— del pacto contractual. Y es en el sentido que posee todo acto de autocomposición que la persona asume la admirable faena de resolver —como tal, recíproca y conjuntamente con una otra que la iguala en naturaleza— sus diferencias desde la plena gobernabilidad de sus designios.

b. Y, por otra parte, la calidad prevalente de la persona por sobre la concepción económica que pregona como exclusivo carácter tipificante del contrato el intercambio de bienes y de servicios reivindicando el pensamiento del profesor estadounidense Ian Macneil para quien, desde su Doctrina del Contrato Relacional, todo contrato posee la marca ontológica consistente en un vínculo interpersonal humanístico creado por individuos en tanto seres dotados de valores axiológicamente superiores a aquellos que conducen a su excluyente consideración economicista y utilitaria que materializa el objeto de la convención contractual en mercaderías y servicios en función de intercambio antes que comprenderlo como un entramado prestacional de conductas personales colaborativas y solidarias derivadas de la buena fe. El Modelo Relacional de Contrato ha sido desarrollado también por autores contemporáneos, como Dori Kimel, quienes sobre las huellas de Macneil, han señalado la existencia específica de deberes de pertenencia al contenido del principio de buena fe, sobremanera en negocios jurídicos de ejecución prestacional duradera, que responden a tipología prevalente en sistemas de economía liberal a su vez de manifiesta prevalencia en el diseño globalizador en virtud de un factor clave que se ajusta a la perfección con dicho diseño, cual es el tiempo como duración y no solamente como distancia en el

tracto ejecutorio de las obligaciones ⁽⁵⁾. En efecto, la tipología contractual de cumplimiento continuado se corresponde a cabalidad con uno de los postulados básicos de la Globalización ⁽⁶⁾ en tanto –a diferencia de

(5) Existe una concepción de innovación acerca del Tiempo, denominada nueva temporalidad, acerca de la cual resulta de especial interés la magnífica obra de Laís Bergstein “O Tempo Do Consumidor e o Menosprezo Planejado”, Thomson Reuters, Revista Dos Tribunais, Biblioteca de Direito do Consumidor, Coordinación de Cláudia Lima Márquez y Antonio Herman V. Benjamín, San Pablo, Brasil, 2019, página 92 y siguientes.

(6) Véase Caumont, Arturo Doctrina General del Contrato. Propositiones Teóricas de Innovación. Editorial La Ley Thomson Reuters, Montevideo, 2014, Página 174. Para el suscripto autor, “al conjuro de la globalización económica se propende de modo categórico a la globalización jurídico contractual y de su mano se ofrecen formulaciones negociales que ya desde su propia denominación proponen modelos de difícil o imposible aprehensión cognitiva plena por aquellos que naturalmente deben considerarse destinatarios de los instrumentos técnicos que el sistema debe preordenar para la satisfacción útil de intereses y de necesidades que son la materia de los derechos subjetivos individuales y colectivos de conformidad con la conceptualización que acerca de los mismos se provee desde tiendas autorales clásicas y, por consiguiente, destinatarios finales del rédito aguardable de las formulaciones contractuales como normas jurídicas individuadas a través de las cuales se produce el estado satisfactivo perseguido por los contrayentes que emplean la tecnología de tipificación en las actividades de intervencionalidad económica”. La inescindible intervencionalidad de los tipos contractuales con los paradigmas económicos prevalentes en determinada época se trasunta, en cabal demostración de su regencia, en una manifiesta predilección —y derivado creciente predominio en la práctica negocial de los agentes económicos y financieros determinantes— por el empleo de tipología contractual de larga duración. Y ello porque, además de lo precedentemente referido, en el marco y contexto del sistema económico globalizador lo que también resulta ser una máxima ineludible, y por ende insusceptible de desconsideración, es la constante búsqueda de mantener a los adquirentes de bienes y a los usuarios de servicios en estado de permanencia respecto de las conductas económicas de adquisición y de uso, búsqueda de la cautividad para cuya obtención se preordenan técnicas de variada gama, entre las que se destacan los denominados programas de fidelización con que a adquirentes y a usuarios se les seduce no solo para ingresar sino asimismo, y prevalentemente, para mantenerse en situación de sujeción que, debe subrayarse, es en el fondo una situación de sometimiento sustentada en la sutil privación del libre señorío volitivo derivado, entre otras causas de análogo disvalor, del permanente ofrecimiento de nuevas formulaciones tanto en los bienes como en los servicios tendientes a seducir consumidores a quienes se les crea la necesidad de poseerlos o de usarlos aun cuando de veras podrían prescindir de los mismos sin que su calidad de vida se viese alterada o afectada. La cautividad de los consumidores —que por serlo son obviamente contrayentes, vale decir, partes en contratos de adquisición de bienes y usuarios en prestaciones de servicios— es una clara muestra de la afectación de la Persona y de su pérdida de posición central en el sistema jurídico específicamente atingente al sensible territorio de la adquisición de bienes y del uso de servicios necesarios para una calidad de Vida digna, razón por la cual toda reivindicación de la centralidad perdida

los Contratos de cumplimiento instantáneo en los que los contrayentes no perduran como tales ligados por tiempo relevante siendo por ello su vínculo básicamente efímero, tanto como los réditos a obtener- en los tipos contractuales de cumplimiento o tracto prestacional duradero las partes se mantienen recíprocamente vinculadas a lo largo del tiempo, vicisitud clave que permite alcanzar el paradigma liberal de la optimización de réditos pues habilita a los contratantes más fuertes -en especial a las empresas y corporaciones, tanto locales como de extramuros- a prolongar el haz prestacional y, de esa manera, maximizar ganancias y consolidar posiciones dominantes para seguir acumulando utilidades y acentuar predominios en ámbitos en los que, como debe acaecer en las relaciones contractuales, es imprescindible rendir permanente culto a la igualdad ⁽⁷⁾.

es una respuesta de civilidad que precisamente enaltece a quien reviste condición humana y por consiguiente es obligado destinatario de trato ético. El pensamiento ius civilista desde el cual se recuperan las bases éticas de la contractualidad que históricamente marcaron a la disciplina como emblema de humanismo es en la actualidad una buena señal de la persistencia de las reservas morales del Derecho.

(7) Como se expresa por el suscripto en anterior instancia autoral, “el auge de los contratos de duración ha sido una de las notas caracterizantes de la negocialidad jurídica contemporánea, imperante con especial énfasis y práctica contractual firme desde el último tercio del Siglo XX en función de la compatibilidad que su estructura y su desempeño guardan con los objetivos predominantes en las economías de mercado propiciadas por la filosofía neo liberal y desarrolladas en forma exponencial por la multinacionalización de las empresas protagonistas en la denominada posmodernidad. Con las formulaciones contractuales de duración el tiempo se constituye en un factor esencial de la continuidad prestacional del intercambio de bienes y servicios asegurándose, en tal contexto, la cautividad de la fuente generadora de las utilidades en pos de las cuales se preordena la organización profesionalizada de los recursos que es la impronta típica de las empresas mercantiles que los optimizan en todos los planos, vale decir, materiales, tecnológicos, económico financieros, jurídicas y humanos para emplearlos a fondo en aras de la obtención de las ganancias mayores posibles en el giro que desarrollan. El tiempo como categoría es, junto al espacio, un elemento sustancial para el derecho. Y más allá de las radicales alteraciones de ambos factores, desencadenadas a partir de la virtualización de la realidad en las grupas de la ciencia cibernética y sus magníficos desarrollos, en su dimensión jurídica el tiempo admite su categorización en distancia y en duración. Así, es el tiempo distancia cuando se pospone la ejecución total o parcial de la ejecución de una prestación comprometida en el pacto o se somete la eficacia de las obligaciones generadas por el mismo a un plazo o a una condición. Y será el tiempo duración cuando el haz obligacional gestado por el contrato se desvuelve ejecutoriamente, vale decir, se cumple, de modo continuo porque la prestación de conducta a cargo de una o de todas las partes solo puede hacerse acto durante el transcurso temporal por el cual, de manera necesaria, se extiende la vida jurídica del acuerdo (...) Esa propiedad central determina que los contrayentes se encuentren en estado permanente de intervencionalidad jurídica y económica que se traduce en un imprescindible deber recíproco de cooperación solidaria que,

XVII

En tal sentido, la reivindicación de la persona como centro del sistema contractual se erige sobre la recíproca solidaridad de los contratantes independientemente de la condición acreedora o deudora de la que sean ellos titulares y sobre la base de mantener proactivamente en claro que la finalidad del cumplimiento de las prestaciones comprometidas en todo pacto es la satisfacción del interés de las partes y que ella solo deviene realidad mediante conducta colaborativa, solidaria, fraterna de cada una de ellas respecto de la otra ⁽⁸⁾.

Los deberes que ilustran sobre la existencia de una impronta ética subyacente en un ordenamiento positivo de sistemas contractuales y que se encuentran manifiestos en las proposiciones teóricas de Macneil y en las desarrolladas ulteriormente por sus adherentes son fundamentalmente el Deber de Desapego y el Deber de Supererogación, ambos en

sin estar ausente en los contratos de ejecución instantánea, se presenta en una dimensión diferente en los de cumplimiento continuado al predicarse de duradera también la colaboración que deben prestarse de manera mutua sin solución de continuidad a través del tiempo por el cual se extiende la regencia del vínculo acordado..." Caumont, Arturo. *Doctrina General del Contrato. Propositiones Teóricas de Innovación*. Editorial La Ley Uruguay, Thomson Reuters. Montevideo, 2014, páginas 241 a 242.

(8) Las vertientes derivadas de esa concepción humanista del pacto contractual duradero han sido contemporáneamente reafirmadas en su vigor por los autores ius civilistas que ahondaron en el Concepto Madre de Buena Fe, especialmente en Argentina, entre otros ius pensadores, por Juan Carlos Rezzónico quien "siguiendo las enseñanzas de Betti" ha expresado que "podemos reconocer en el concepto de cooperación —que es una idea fuerza sobre la que se asienta el derecho de contratos— la llave para un adecuado encuadre al principio de buena fe" y que "en relación al deber de cooperación (Mitwirkungspflicht), dice Weber, que un elemento inmanente a la relación obliga a los contratantes también a un recíproco apoyo (Unterstützung). Esa cooperación —derivada del mecanismo natural del contrato y dentro de los límites razonables de sacrificio— ha de servir no sólo para alcanzar la finalidad particular de los interesados, sino la meta misma del contrato"; y por parte de Atilio Alterini, para quien, "una vez celebrado el contrato, la regla de buena fe determina que aquél obligue en los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a todo el cortejo de consecuencias virtualmente comprendidas en él, para lo cual corresponde tomar en cuenta: su naturaleza, las negociaciones previas, las prácticas establecidas entre las partes, su conducta ulterior, los usos del lugar de celebración si no han sido excluidos expresamente, y la equidad, tendiendo en consideración la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte".

particular intervencionalidad que los liga sobremanera y ambos como contenidos propios y específicos del principio de buena fe ⁽⁹⁾.

Por el Deber de Desapego se pregona la existencia del imperativo que constriñe a los contrayentes a no comportar conductas guiadas exclusivamente por su propio interés en desmedro de considerar necesidades que el cocontrayente pueda tener en tiempos de defección involuntaria en la ejecución de sus obligaciones, de manera que aquellas puedan ser sobrellevadas con la cooperación del cocontratante despojándose, en favor del necesitado, de notas egoístas que todo interés individual conlleva como tal y que, en definitiva, obren de entorpecimiento u obstaculización de los objetivos perseguidos por el pacto consentido y, con ello, entorpeciendo u obstaculizando el propio, puesto que toda afectación al contrato resulta ser una afectación al interés individual de cada contrayente pues es precisamente a través del contrato que el mismo se satisface.

Por el Deber de Supererogación se proclama la existencia del imperativo que constriñe a las partes a no rehuir la asunción de mayores costes en la ejecución del contrato si con ello favorece el cumplimiento de las que, estando a su cargo, pueda no estar en condiciones involuntarias de ejecutar.

Ambos deberes se encuentran en la sutil recíproca relación consistente que toda supererogación reconoce por base el desapego.

Y ambos deberes reconocen como cortapisa a su ejecución el límite del respeto a la preservación de los equilibrios preordenados a la esencial función de mantener la salvaguarda de la igualdad como rigurosa marca ontológica de la contractualidad.

A los dos precedentes deberes se hace imperioso agregar el énfasis que en el Modelo Relacional se hace de la denominada interdependencia de las relaciones personales que el Profesor Kimel coloca como núcleo de su articulación argumentativa junto al desapego. En tal sentido, y en

(9) Debe ser señalado que en el sensible territorio del Principio de Buena Fe existe encriptada la controversia metodológica entre el pensamiento casuístico recostado en el inductivismo y el pensamiento sistemático recostado en el deductivismo y en el hipotético deductivismo, controversia de suma trascendencia históricamente desarrollada por la preocupación de los cultores del Derecho como Ciencia en pro del rigor inherente a dicha calidad. Así, el Principio de Buena Fe es habitualmente convocado a través de ejemplos específicos que se recolectan de casos concretos y no a través de su conceptualización teórica abstracta que abarque, desde su abstracción, la totalidad de casos, habidos y por haber, esto es, ora ya registrados ora ni siquiera acaecidos.

intonía fina con los precedentes desarrollos, Kimel expresa “...el nudo de mi argumento en ese texto (se refiere a su investigación doctrinaria “*From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract*”) (10), estaba configurado por la interdependencia de las relaciones personales y el desapego personal. Ambos pueden ser valiosos, y como objetos valiosos en sí mismos, tienen tendencia a reforzarse mutuamente. Porque no solamente ocurre que la capacidad de cooperar con otros al tiempo que se conserva un desapego respecto de ellos (sin depender, al menos, del mantenimiento de relaciones personales de las que somos parte (al tornarlas más o menos inmunes frente a los efectos de diversas metas instrumentales que pueden tener poco que ver con la relación misma), sino que también ocurre que (ciertas dimensiones del) desapego personal que acompañan a la relación personal (o a ciertos elementos de ésta, o a la posibilidad de que ésta se establezca) a menudo se presentan simultáneamente en el marco de una relación, haciendo que esa relación, vista como un todo, sea más valiosa o por lo menos, haciendo de esa relación el objeto de valor que es). Y los ejemplos más comunes de esta última proposición vienen dados precisamente por ese tipo de relaciones complejas, multidimensionales, a largo plazo, de orden comercial o vinculados con el ámbito laboral que constituyen los casos típicos de contratos relacionales (o potencialmente relacionales). Suele sostenerse que una de las funciones más importantes del derecho contractual en general es la de favorecer el desapego personal permitiendo a las partes que negocien sin recurrir a relaciones, en un marco de independencia (si es que así lo desean o, según sea el caso, si no hay otra alternativa). Lo que debemos enfatizar aquí es que en el contexto particular de los contratos relacionales (o potencialmente relacionales), la relacionalidad a despecho de esa función continúa siendo fundamental. Lo que a menudo permite a las partes de un contrato desarrollar relaciones de cooperación que van más allá de las cláusulas de contrato —es más, lo que a menudo permite que un contrato potencialmente relacional se transforme en un contrato verdaderamente tal— es la existencia de un núcleo de desapego: un umbral de cierta estabilidad, que comprende derechos y obligaciones claramente articulados y en su mayor parte susceptibles de ejercicio o exigibles, respectivamente, que puede esperarse que provea, cuando menos, una dosis de tranquilidad, una especie de red de seguridad en caso de que se produzca una imprevista ruptura de la relación; un umbral que es relativamente inmune al desgaste gracias a factores tales como el deseo sostenido de cooperar en lugar de tomar caminos separados, actos de supererogación, muestras de flexibilidad o gestos de

(10) Kimel, Dori, *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

buena voluntad. En suma, todas las circunstancias positivas que pueden verificarse en torno del núcleo contractual y que, en el transcurso de la relación, bien pueden llegar a ocupar un lugar más central, ser más importantes y más determinantes de la conducta de las partes que todos o cualquiera de los términos expresos “(...) El nudo de la cuestión es que la relación de marras (se refiere al contrato relacional que se caracteriza, con Melvin Eisenberg, por suponer “no un mero intercambio, sino también una relación entre las partes contratantes”⁽¹¹⁾) es tal que posee una propensión a generar normas, definir o informar las expectativas de las partes, brindar una fuente de certeza, facilitar la cooperación, crear una interdependencia...”.⁽¹²⁾

Y citando a Gordon⁽¹³⁾ continúa expresando Kimel que:

[L]as partes (de un contrato relacional) tratan a su contrato más como un matrimonio que como una aventura pasajera. Las obligaciones nacen del compromiso que han asumido recíprocamente y de las convenciones que la comunidad comercial establece para esos compromisos; no quedan cristalizadas en el momento inicial del compromiso sino que cambian; el objetivo que se persigue al contratar no es (...) asignar riesgos, sino expresar un compromiso de cooperación⁽¹⁴⁾.

De manera que en las particulares instancias en las que el tiempo incide como variable cualitativa en la propia ontología del contrato y se instala como el factor durante el cual y a lo largo del cual se desenvuelven las prestaciones, incluso transformándose el cuadro obligacional de la instancia perfectiva del otorgamiento por sucesivos cuadros obligacionales creados a partir de una génesis que se produce en la etapa funcional, igualmente existe el fondo de eticidad que la imprescindible actitud de cooperación impone objetiva y subjetivamente. En los contratos relacionales (...), pues, los contrayentes ahondan su necesidad de contar con el otro en tono de reciprocidad y sinalagma sustancial⁽¹⁵⁾. De esa necesidad de contar con el otro —lo cual es prueba de la relevancia de

(11) Eisenberg, M.A. “*Why there is no Law of Relational Contracts*” 2000, 94 NW LR 805, páginas 813 a 816.

(12) Kimel, Dori, “*Elección de un Paradigma para la teoría del contrato: reflexiones sobre el modelo relacional*” en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Buenos Aires, Año X, No. III, Marzo de 2008, página 5.

(13) Gordon, R.W. “*Macaulay, Macneil and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law*”, 1985, Wisconsin LR 565, página 569.

(14) La frase por sí misma es de veras un estandarte de humanismo en cuyo frente luce el emblema de la eticidad bajo el amparo del cual se halla la Persona.

(15) En sentido no técnico por cuanto aún en los Contratos unilaterales (y por ello no sinalagmáticos en términos estrictos) existe mutua colaboración interpartes inde-

la Persona como contrayente leal y por ello muestra de su consideración legal como factor axial en la intervencionalidad inter partes, se expresa de bienvenida manera ilustrativa el Código Civil de Uruguay cuando en sede de inejecución de las prestaciones en los contratos bilaterales regula la denominada Condición Resolutoria Implícita describiendo el fondo del incumplimiento mediante la expresión “la parte a quien se ha faltado...” empleando un verbo nuclear que indica precisamente la defeción en contar con el otro: faltar es, así, el verbo que conjuga con precisión el fondo semántico del concepto jurídico de incumplimiento. En el mismo precepto existe otra muestra de eticidad jurídica que coloca a la persona como destinataria de consideración benevolente, no obstante haberle faltado a su cocontratante, al facultar al juez a conceder al incumplidor un plazo de gracia para ejecutar la prestación comprometida en el pacto: Derecho Civil consagratorio de norma objetiva de comprensión y de cercanía, tan necesarias en el tercer milenio...⁽¹⁶⁾

Así, pues, el contrato resulta ser un emprendimiento asociativo no societario, vale decir, comunitario, una obra dinámica de construcción mancomunada que se erige de manera progresiva sobre el impulso de la *affectio* asociativa de quienes se munieron de él para satisfacer necesidades e intereses de manera mutua aun cuando, paradójicamente, sean diferentes.

La reivindicación de la persona como destinataria de noble consideración jurídica para su ubicación central en el sistema de derecho proviene asimismo del reconocimiento de la existencia de grietas en el ámbito del principio de igualdad que cede no pocas veces a las reales asimetrías que acaecen en tiempos en que los intereses y necesidades de los individuos se tornan complejos y por consiguiente no lineales de manera que desde esa característica se produce una clara desigualdad que no ha pasado por cierto inadvertida por los pensadores ius civilistas preocupados por los efectos perniciosos de condiciones disvaliosas ambientadas por sociedades distanciadas de elementales principios éticos.

pendientemente del gravamen obligacional que un contrayente tenga mientras el otro no.

(16) Artículo 1431 del Código Civil Uruguayo: La condición resolutoria se entiende implícitamente comprendida en todos los contratos bilaterales o sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no cumpla su compromiso. En tal caso el contrato no se resuelve ipso iure como cuando se ha pactado la condición resolutoria. La parte a quien se ha faltado puede optar entre obligar a la otra a la ejecución de la convención, cuando es posible o pedir la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe reclamarse judicialmente; y según las circunstancias, pueden los Tribunales conceder un plazo al demandado (art. 1740).

La existencia de personas vulnerables ha determinado la necesidad de que en el específico ámbito contractual se preordenen mecanismos de igualación a través de la paradójica creación de estatutos que privilegian al vulnerable para equilibrar su posición con la de quien puede, pero no debe abusar de su fortaleza ⁽¹⁷⁾.

(17) En esta línea doctrinaria, resultan emblemáticos las investigaciones de los siguientes autores: Louis Josserand, quien desde antes de la mitad del siglo pasado advertía que *“la defensa del débil en sentido jurídico es preocupación esencial del Derecho moderno”*, agregando en el segundo segmento de su trabajo dos precisiones conceptuales insoslayables para la correcta internalización técnica de la cuestión: en primer término, que la protección mediante nulidad o rescisión contractual opera solo cuando *“una de las partes ha sido dominada por la otra, que ha explotado su debilidad o su necesidad”* y, en segundo término, que *“el estudio de esta evolución universal nos conduce, entre otras, a las siguientes conclusiones: 1. Las razones que determinan, en nuestros días, la debilidad de ciertos individuos y que los inferiorizan con respecto a otros, son de orden económico o mecánico.”*; y Atilio Alterini y Roberto López Cabana, quienes reseñando el tratamiento que a la temática se le ha conferido en los Congresos de Civilistas de Argentina, marcan los extremos conceptuales de la Vulnerabilidad jurídicamente trascendente entre los cuales, específicamente dos, se convierten en factores claves: *“En lo pertinente al tema se predica: a) La invalidez de las cláusulas que desnaturalizan la esencia del vínculo obligacional, afectan la libertad contractual o la buena fe, o importan abuso del derecho; b) la interpretación conforme a la finalidad y economía del contrato, tomando en cuenta el principio de razonabilidad y la fuerza vinculante de los actos precedentes así como el emplazamiento socio-económico-cultural del adherente...”*; pensamiento que desarrollaron también en otro trabajo crucial de su autoría conjunta en el cual sostuvieron que *“la irrupción de una nueva era tiene coincidencia con una profunda conmoción en el pensamiento jurídico. Se ha producido por lo pronto, la relectura del sistema tradicional... En ese orden de ideas, se predica la inferioridad de los profanos frente a los profesionales, y que por lo tanto estos tienen una superioridad considerable en las relaciones contractuales (Ghestin); esa supremacía corresponde, de ordinario, a la especialidad propia del profesional, y no le es adjudicable por el solo hecho de serlo, ya que, frente a otro especialista cualquiera, se halla en situación de inferioridad. Se trata de un aspecto regido por conceptos que privilegian el favor debilis, agregándose que se entiende que en los contratos en que una de las partes tiene superioridad técnica, la otra se halla en situación de inferioridad jurídica”*. Cf. Josserand, Louis, “La protección de los débiles por el Derecho”, en la pionera y entrañable tribuna autoral uruguaya “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, Año XLV, Número 12, Año 1947, p. 313 y en el Número correspondiente a enero de 1948 (Conclusiones), p. 1 y siguientes. Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto, “La debilidad jurídica en la contratación contemporánea”, en Derecho de Daños, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1992, p. 85 y siguientes. Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto, “Responsabilidad Profesional: el experto frente al profano”, en Derecho de Daños, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1992, p. 303 y siguientes.

XVIII

Desde la Teoría Ética de la Responsabilidad Civil surgen también claras señales de la reivindicación de la posición medular de la Persona como centro del sistema jurídico. Por cierto, ellas son más de las que a título de ejemplo se consignarán en las siguientes líneas al mismo tiempo que su elenco aumentará con las faenas investigativas que los ius pensadores desarrollarán ulteriormente preocupados por auscultar los fondos de significación de las normas jurídicas consignadas en los plexos vigentes, así como los derivables de los valores y principios sobre los cuales se sustenta el sistema de la convocatoria de reparación del perjuicio. Es en este sentido que resulta deber insoslayable mantener las maneras averiguatorias enfocadas también a hurgar en las estructuras latentes sobre las que se erige la regulación de la respuesta jurídica ante una vicisitud dañosa porque el sistema de incumbencia se compone no solo de lo que se textualiza en las normas sino asimismo de los a ellas subyacen en el sensible territorio de los significados y del discurso.

La siguiente muestra de elementos jurídicos patentes y latentes, deducibles de los marcos conceptuales de inexorable referencia constituidos por la normativa de regencia, así como por los valores y principios sobre los que ella se recuesta y son susceptibles de advertirse por la debida reflexión crítica de los ius civilistas, da cuenta de la existencia de extremos que constituyen la marca ética del sistema jurídico civil y la reivindicación de la persona como su eje central.

XIX

El manifiesto descenso de la culpa y el correlativo ascenso del daño como elemento central de la responsabilidad civil es impronta ética en tanto ello marca un giro en la perspectiva de análisis y de tratamiento al colocar a la víctima del perjuicio, la persona, en la prevalente mira de reparación, indemnización, resarcimiento o restauración de su indemnidad, en comparación con el anterior estado de situación que enfatizaba en el ilícito culpable o doloso del ofensor y su consiguiente sanción.

La nota de eticidad a partir del preindicado giro encuentra su prueba en el posicionamiento de la persona en sitio central porque es quien ha sido dañada y es aquella a la que se preordena la estructura jurídica para la obtención de su reparación.

El giro precedentemente señalado no ha provenido de un cambio radical expreso de la textualidad normativa. En realidad ha provenido de las maneras analíticas críticas de los ius pensadores que, con criterio científico propio de su condición de investigadores, han desentrañado de los niveles patentes y latentes de los plexos y de los valores, principios y reglas que los sustentan, la existencia de un discurso vinculante, por su estirpe y naturaleza de derecho, que presenta a la víctima de una lesión material y/o inmaterial como aquella a la que, y por la cual, debe destinarse la respuesta de recuperación de su indemnidad dañada.

XX

Concomitantemente con el acaecimiento del preindicado cambio de perspectiva normativamente admitida y fundada se ha producido un aumento de los factores objetivos de atribución de responsabilidad, en igual tono jurídico protectorio de la persona como víctima de perjuicios provenientes de riesgos que no generó ni de los cuales obtiene beneficio alguno y si, por el contrario, los generó su victimario o de ellos ese ofensor obtuvo réditos económicos ciertos. La atribución de responsabilidad por factores objetivos posee la misma veta de garantía que posee la clásica responsabilidad vicaria por hecho del tercero pero ampliada en admisible extensión a las situaciones que advienen de la sociedad contemporánea, precisamente denominada Sociedad del Riesgo ⁽¹⁸⁾ en virtud de la progresión geométrica de actividades tan peligrosas como rentables para quienes las desarrollan y que, por ello, deben responder por los daños causados independientemente de su propia subjetividad ⁽¹⁹⁾.

(18) Por el libro de Ulrich Beck “La Sociedad del Riesgo Global” (Intitulado “La Sociedad del Riesgo Mundial” por la editorial Paidós)

(19) La impronta ética de la consideración del riesgo y su aptitud de jurigénesis de respuesta a su acaecimiento y a quien le dio origen reside en la atención específica que el Derecho le dispensa técnicamente a una etapa que antecede al daño efectivo, al cual aquel coadyuva en su ocurrencia desde la contextualización dentro de la cual el perjuicio acaece también a causa de ese particular estado de peligro del cual el Derecho no debe desentenderse. De esa manera, el ámbito de cobertura jurídica se extiende valiosamente porque la conducta de evitación —paradigma de civilidad con fuerte énfasis contemporáneo— ya no solo se refiere al Daño sino que se extiende abarcativamente también al riesgo de su producción e incluso al peligro de acaecimiento de la propia situación de riesgo, en iter susceptible de advertirse como cadena de eventos conducentes de manera gradual a la causación de perjuicios, sobremanera en tiempos como los actuales en los que los daños asumen modos no pocas veces imperceptibles en su gestación. Y de esa manera es que se cubre a cabalidad el circuito de factores y extremos sobre los que resulta posible que un daño acaezca y de lo cual es deber de

XXI

La reafirmación contemporánea del paradigma de la evitación del daño, preferido al paradigma de su reparación o resarcimiento, constituye un valioso paso hacia adelante en el fortalecimiento de la consideración de la persona en ubicación central del sistema jurídico al mismo tiempo que constituye una relevante proposición teórica de la doctrina ética de la responsabilidad civil. Y ello porque mientras sea el resarcimiento un paradigma real de conducta quienes por su estado de solvencia posean medios suficientes para afrontar la reparación tenderán eventual o actualmente a calcular la relación costo-beneficio y en caso de ser menor el costo de la reparación que el costo de la evitación del perjuicio se auto adjudicarán en los hechos el inbuenvenido derecho a dañar parapetado detrás del efectivo cumplimiento del paradigma resarcitorio. En la Teoría Ética de la Responsabilidad Civil el paradigma de la evitación del daño se canaliza por la consagración de los deberes de precaución y de prevención que moderna doctrina *ius civilista* reconoce estar impuestos, por su orden, a quienes no se abstengan de comportar conductas sobre determinada área en relación a la cual la comunidad científica de incumbencia a su respecto no asegura que, de comportarse, no se causará un daño (precaución) y a quienes no se abstengan de comportar conductas sobre determinada área en relación a la cual la comu-

juridicidad ética —y de eticidad jurídica— preocuparse y ocuparse. Por otra parte, la preindicada impronta ética comportada por la consideración técnica del riesgo se manifiesta en la atención dispensada al elemento económico con el cual se le predica con la precisión adjetiva expresada con el vocablo “beneficio” con el cual se califica al sustantivo de marras. Como es valor entendido en sede de Responsabilidad Civil y de imputación por factores de atribución objetiva el riesgo como situación específica puede causarse en el ámbito de actividades mercantiles mediante su asunción basada en el cálculo de eventuales réditos económicos en favor, precisamente, de quien instaura en esos términos —propios de la relación costo/beneficio— el peligro de gestación de un riesgo y de su evolución finalmente concretada en daño. Sobre esa hipótesis, de presencia frecuente en sociedades fuertemente mercantilizadas, es que los *ius civilistas* de varias comunidades han elaborado el concepto de riesgo beneficio que, como tal, comparte con el riesgo inadjetivado —vale decir, a secas, si se permite la expresión— la respuesta de imputación a quien lo gestó y agrega la adjetivación del beneficio para reforzar la legitimidad de la imputación al causante, del riesgo y del daño derivado. Y ello, en ambos casos, porque resulta en principio ajustado al perfil de eticidad jurídica que sea destinatario de la imputación quien creó las condiciones de causación del perjuicio, sobremanera cuando del riesgo creado emerge a su favor, como beneficio, un rédito económico destinado a su provecho. Caumont, Arturo, *Elementos para la Construcción de una Teoría Ética de la Responsabilidad Civil*, Revista de Derecho de Daños, 2022-3, Daño Ambiental, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, página 11 a 82.

alidad científica de incumbencia a su respecto asegura que, de comportarse, se producirá un daño (prevención).

XXII

La consideración prevalente de la persona adquiere mayor firmeza histórica cuando ella se encuentra en condición de vulnerabilidad o de fragilidad en relación a quien le destina los efectos disvaliosos de la abusividad derivada de una determinada posición dominante, ora en el ámbito de la negocialidad jurídica cuanto en el atingente a situaciones no pertenecientes al mismo. Ese proceso de sostenido empeño protectorio se recuesta también en los fondos de significación de la normativa sónica, así como en su discurso dimanado de la correcta semiosis de los valores, principios y reglas sobre los que ella se erige a nivel manifiesto. Así es que se ha transitado por nuevos senderos de amparo al débil como categoría con fuero de atracción del debido talante protectorio que del Derecho se aguarda y que el derecho comporta: del *favor debitoris*, que es históricamente una herramienta protectoria de quien —en razonable conjetura inicial— en un vínculo negocial jurídico se predica como débil, se ha producido el avance hacia el *favor debilis*, sobre el fundamento lógico que indica que la fragilidad no depende de la posición de deudor de un contrayente sino que ella es también posible habitante del sitio acreedor. La observación crítica de la realidad negocial contemporánea, de complejidad creciente, detecta no pocas situaciones en las que la parte acreedora es una parte vulnerable en el entramado prestacional al extremo tal que un Estado acreedor ha sido superado en fortaleza por empresas con las que ha pactado negocios jurídicos cuyas reglas de contratación resultan impuestas por éstas con mínimo poder de cambiarlas por aquél.

Y en sede de Responsabilidad por Daños, el principio del *favor victimae* es una noble respuesta de amparo a la persona dañada, dimanada de las resultancias de rigurosas faenas hermenéuticas de la normativa del sistema positivo ⁽²⁰⁾, así como también de los valores, principios y

(20) Las tendencias interpretativas que se suscitan contemporáneamente respecto de textos que se mantienen incólumes desde un tiempo manifiestamente anterior a los nuevos actos de semiosis no comportan una derogación por varias razones, de las cuales una relevante resulta ser la que parte de la base de reconocer que los textos se organizan con palabras y que la inteligencia de las palabras, esto es, su discernimiento significacional, se rige por la Teoría del Lenguaje y sus determinaciones científicas por las que se admite la legitimidad de adecuación de un texto producido antaño a la nueva realidad en la que el paso del tiempo lo hace incur-

reglas que la sustentan y que, en mancomunidad técnica, determinan el auxilio a quien ha sufrido menoscabo en su indemnidad material y/o inmaterial sin haber intervenido en su causación ⁽²¹⁾.

XXIII

La persona también reafirmará su condición central cuando desde la Teoría Ética de la Responsabilidad por Daños se persuade definitivamente a los operadores jurídicos en todas sus funciones y cometidos que en el sensible territorio de precisión conceptual no resulta admisible que cuando ella haya sido destinataria efectiva de una laceración de su indemnidad moral se decida colocar en un platillo de la balanza el dolor padecido por la lesión a su indemnidad inmaterial y en el restante platillo se coloque una suma de dinero. Y no se trata ello de una mera reencarnación del clásico debate del pasado sobre la indemnizabilidad del daño moral sino una problemática diferente y de sutil naturaleza, cual es si resulta posible concebir como reparación o como indemnización una determinada suma dineraria frente a un estado emocional de dolor, tristeza, abatimiento y aflic-

sionar, adecuación que no es sino la condición viva de la Lengua. Véase al respecto, Caumont, Arturo, *Codificación y Racionalidad: el Derecho Inteligente*. Prólogo al Código Civil de la República Oriental del Uruguay, Comentado, Anotado y Concordado por Andrés Mariño López. Editorial La Ley Uruguay, Thomson Reuters, Montevideo, varias reediciones; y en Caumont, Arturo, *Estudios de Derecho Civil. Metodología. Obligaciones. Contratos. Cuasicontratos. Daños*. Editorial La Ley, Thomson Reuters, Montevideo 2020, Capítulo V, página 77.

(21) “La colocación crítica de la víctima en el centro de la Responsabilidad Civil, pues, es un elemento en cabal convergencia de cohesión sistémica con los cambios que acaecen sobre las bases de eticidad desde las que históricamente el Derecho Civil se ha erigido como bastión de amparo en pro de la salvaguarda de la indemnidad de quienes ven su suerte constreñida por estados de vulnerabilidad y de vulneración de los que no pueden distanciarse si no es con el respaldo protectorio de un sistema conceptual sólido emergente de plexos cuyo señorío de regencia se mantiene en tiempos de profundas transformaciones sociales y económicos, no obstante su textualidad mayormente incambiada, por su congruencia sustantiva —impregnada de intemporalidad— con los nuevos paradigmas que el pensamiento reflexivo de los ius civilistas de vanguardia ha hecho surgir del manantial crítico de la deconstrucción y reconstrucción operada en el sensible territorio de la asignación y reasignación congruente de valores de significación de los Signos de la Ley y del Discurso de ésta, es decir, el que se crea por la especial organización secuencial sintáctica de esos Signos”. Caumont, Arturo, *Elementos para la Construcción de una Teoría Ética de la Responsabilidad Civil*, Revista de Derecho de Daños, 2022-3, Daño Ambiental, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, página 11 a 82.

ción, entre otros predicados, sin atenderlos con la debida perspectiva científica que los avances de las disciplinas de incumbencia han logrado y continúan obteniendo como resultado de las investigaciones en neurociencia, psicología, psiquiatría y terapias del dolor, entre otras vertientes de reconocida seriedad.

En esta dirección de reafirmación de la eticidad con que el derecho debe conducir su marcha para preservar la centralidad de la persona es que puede y debe profundizarse en la superación del estadio mere económico de indemnización, reparación o resarcimiento, para avanzar hacia lo que, en el valioso dialogo de fuentes con otras disciplinas de derecho y extensivamente con sus múltiples disciplinas auxiliares, se concibe como restauración —un figura que se emplea en el Derecho Penal de Adolescencia Infractora, entre otras ramas— consistente en la búsqueda de la recuperación del estado de situación de la persona anterior al daño que ha sufrido en su espíritu.

Desde su etimología es que se comprende a cabalidad el valioso concepto de restaurar, pleno de eticidad, porque el vocablo proviene del latín y significa “volver a poner en pie, restablecer” y de esa huella etimológica surge que el verbo por el que se obtiene la restauración significa comportar la repristinación de la persona al estado de su indemnidad previa al acaecimiento del evento que causó su lesión. Restaurar, por consiguiente, conlleva en su concepto una sutil marca de eticidad que difiere de la reparación meramente dineraria que empieza y termina en sí misma. Por el contrario, la restauración se concibe como el objetivo o fin respecto del cual una suma dineraria se sitúa como medio de solventar en favor de la persona dañada en su espíritu los tratamientos que para aquella repristinación ponen a su disposición las disciplinas científicas que abordan el dolor para morigerarlo y aún eliminarlo.

Cuando se observa la casi totalidad de las decisiones que ponen fin a una controversia por causación de daño inmaterial se detecta que ellas finalizan con una condena a pagar una suma de dinero. Con la restauración se propone que esa suma de dinero sea en la sentencia afectada a la repristinación mentada en las líneas precedentes porque lo trascendente en contiendas originadas en la causación de daño inmaterial no es convertir a la víctima en titular de un crédito sino convertir a la víctima en titular de la sanación de su espíritu, con todo el peso que ello comporta en términos de humanismo: nada menos que la reivindicación de la persona como centro del sistema de derecho (obje-

tivo) y su derecho (subjetivo) a ser devuelta a su estado original en toda su integralidad como tal ⁽²²⁾.

(22) El autor del presente tributo se permite citar aquí un pensamiento expuesto en su Estudio “Elementos para la Construcción de una Teoría Ética de la Responsabilidad Civil” porque a su austero juicio resume a cabalidad el núcleo de la cuestión en desarrollo final: “El sesgo ético de imprescindible presencia en una Teoría de la Responsabilidad Civil se nutre de Sentimiento —el mismo al que se refiriera Kant en una primera instancia en la evolución de su pensamiento— y de Razón Pura —la que el insigne filósofo considerara finalmente como la fuente de la Ética en el estadio conclusivo de ese camino de progresión en la intelección puesta por Kant al servicio de su búsqueda de la Verdad— y en ambas perspectivas y dimensiones —ora Sentimiento ora Razón Pura, o ambas en confluencia convergente— no es el dinero —sin el imprescindible aditamento de su obligada afectación (...) un correspondiente indemnizatorio admisible en daños no cuantificables económicamente porque su empleo en esos términos propende disvaliosamente a convertirle en un fin en sí mismo y no en un medio o instrumento destinado a la obtención de la restauración del espíritu y de la mente lastimadas por el infortunio padecido en niveles solo susceptibles de predicarse como inmateriales. En este sentido es que puede advertirse que el dinero no es un elemento que se corresponda con el concepto de reparación de una lesión a la indemnidad personal inmaterial a través de la causación de dolor y ello resulta ser así toda vez que la aflicción en sí propiamente considerada es clara poseedora de un género ontológico de manifiesta diferencia respecto de aquel al que pertenece el dinero, siendo precisamente esta diferencia ontológica la que impide una cabal igualación de sus diferentes esencias así como la consiguiente debida parificación entre la laceración y un monto dinerario por inexistir entre ellos, más allá de toda duda jurídica razonable, la necesaria correspondencia de biunivocidad.” Caumont, Arturo, Elementos para la Construcción de una Teoría Ética de la Responsabilidad Civil, Revista de Derecho de Daños. Daño Ambiental, 2022-3 Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, páginas 11 a 82.

BREVE APORTE PARA UNA VISIÓN HUMANISTA DEL DERECHO CONTRACTUAL. EL CASO DE LOS *SMARTCONTRACTS*

POR NOEMÍ LIDIA NICOLAU (*)

I. EL HUMANISMO DE BORDA

Para rendir homenaje al excelente jurista y persona ejemplar que fue el Doctor Guillermo Borda, nada mejor que recordarlo echando una mirada humanista al Derecho Civil. Su vida y su obra patentizan un humanismo vital que se manifiesta recurrentemente en sus trabajos, por ejemplo, cuando dice:

Conviene recordar aquí que el gran tema del derecho civil es el Hombre. No el hombre comerciante o trabajador o campesino o profesional. Simplemente, el hombre, el hombre a secas. Es, por excelencia, la rama humanista del derecho...⁽¹⁾

Creemos posible ir en busca de una jurística humanista que trate de lograr la realización del valor humanidad, es decir, que ponga esmero por realizar, en concreto y, sobre todo, la dignidad de la persona humana. En ese sentido se expresa el artículo 51 del Código Civil y Comercial cuando dice que la persona humana “en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”⁽²⁾.

(*) Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) BORDA, GUILLERMO A., El derecho comercial contra el derecho civil, LA LEY 1973, 803 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo I, 105, TR LALEY AR/DOC/2770/2009.

(2) TOBIÁS, JOSÉ W., Persona y mercado, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 28/02/2012, 1, LA LEY 2012-B, 632 y DFyP 2012 (abril), 185;ALPA, GUIDO La “dignidad humana” en la Carta Europea de Derechos

En el momento actual del mundo occidental cabe preocuparse por tutelar a la persona humana y a las relaciones interpersonales acosadas por el desarrollo, casi frenético, de la digitalización, de las Tecnologías de la Información y Comunicación. Las combinaciones de algoritmos empañan las combinaciones relacionales de las personas, crece la despersonalización y el sistema jurídico no puede evadirse de esa tendencia. La digitalización a ultranza parece ser el valor superior y desenfoca la justicia. Frente a ello, las ciencias, especialmente las ciencias sociales, luchan por mantener o restablecer los lazos personales ⁽³⁾.

Resulta complejo postular en este contexto que la persona humana es el eje del sistema jurídico, como lo ha sido durante siglos. En casi un continuo de la historia de Occidente ha existido cierto apego a diversas corrientes humanistas, como filosofías fundantes de los saberes científicos.

En el ámbito del derecho privado, tradicionalmente, fueron considerados con mayor preponderancia hacia lo humanista los institutos propios del área del derecho laboral y las instituciones del derecho de familia. En comparación, las partes que muestran mayor preocupación por lo patrimonial han sido el derecho comercial, especialmente el derecho societario, el derecho concursal, y, en menor escala, el derecho contractual, como derecho de las obligaciones, eminentemente patrimonialista, si bien, en las últimas décadas, en la órbita del derecho del consumidor, muestra una mayor protección y defensa de la persona ⁽⁴⁾.

Fundamentales, SJA 06/03/2019, 13 - JA TR LALEY AR/DOC/3767/2018; SIMON, JONATHAN, El segundo regreso de la dignidad, DPyC 15/02/2019, 123; LAJE, ALEJANDRO, Solidaridad y dignidad de la persona, LA LEY2019-E, 1042; DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO, "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana", en LA LEY, 2011-E, p. 1258.

(3) Tanto en la literatura argentina como comparada los estudios e investigaciones acerca de la problemática relación entre derecho y tecnología son numerosos en cantidad, calidad y variedad. Solo citamos dos obras colectivas de doctrina argentina por los trabajos que recogen y su proximidad en el tiempo: Las nuevas tecnologías y el Derecho, Direc. José Tobías, Instituto de Derecho civil de la Academia Nacional de Derecho y ciencias sociales de Bs. As., TR La Ley, Buenos Aires, 2021. Asimismo, de reciente aparición "La disrupción digital y sus impactos en el ser humano. Una mirada jurídica, direc. Celia Weingarten, RubinzalCulzoni, Bs. AS., 2023.

(4) Al respecto, p.v. SAUX, EDGARDO I., Algunas reflexiones sobre la notable incidencia de las nuevas tecnologías en ámbitos del derecho privado de tradicional conformación: la persona y el contrato, EBOOK-TR 2021 TOBIAS, 49, TR LALEY AR/DOC/3472/2020.

Por tanto, no es tarea sencilla analizar el mayor o menor grado de consideración hacia la persona humana en el derecho contractual de este comienzo de siglo, exceptuando el derecho del consumidor. Desde esa perspectiva de la tutela sería posible emprender un análisis de los diferentes institutos de la teoría general del contrato, como ser el consentimiento, las modalidades, los efectos del contrato, las normas y la jurisprudencia. Sin embargo, consideramos que en esta oportunidad es preferible reflexionar, aunque sea brevemente, acerca de los *smartcontracts*, uno de los impactos tecnológicos más significativos que en este momento sufre el contrato, con motivo del deslumbramiento que su llegada ha provocado en una parte de la doctrina. A ello nos abocaremos luego de detenernos a explicar, de modo sintético, nuestra lectura humanista del derecho de las obligaciones, retomando antiguas reflexiones.

II. EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES DESDE UNA PERSPECTIVA HUMANISTA

Hace varias décadas atrás ⁽⁵⁾ decíamos que, del mismo modo como Ripert publicó su célebre estudio acerca de la regla moral en el derecho obligacional, y demostró que la técnica resulta más firme cuando se toma conciencia de la influencia de la moral en el derecho ⁽⁶⁾, así, en el presente, debe llevarse a la esfera del derecho de las obligaciones la cuestión de la personalización. Es que esta parte del sistema jurídico debe contribuir desde su especificidad, para ir dotando de un espacio de libertad a la persona humana a fin de que, aun en la rigurosidad de la relación obligatoria, no se obstaculice su proceso de personalización. Interesa estudiar en qué medida es posible que un derecho patrimonialista, como el derecho de las obligaciones, reconozca a la persona humana en su dignidad en el tráfigo cotidiano de sus relaciones económicas. Quizás el derecho del consumidor sea una verdadera expresión de esa mirada, como se dijo.

Partimos de reconocer la autonomía de la persona humana, su individualidad y unicidad, pero pensamos la persona en la sociedad, respon-

(5) NICOLAU, NOEMÍ LIDIA, *Visión humanista del Derecho de las Obligaciones. Acerca del pago, del beneficio de competencia y el término de gracia*, en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho U.N.R., No.6 pág.49. año 1985.

(6) RIPERT, GEORGES, *La règle moral dans les obligations civiles*, Paris, 1949, Librairie générale de droit et de jurisrudence, 4^a edic., p. 4.

sable de sí misma, de los otros ⁽⁷⁾ y del cuerpo social ⁽⁸⁾. Compartimos la opinión de quienes consideran que la autonomía a ultranza conduce a un individualismo extremo que conspira contra la cohesión social, como se advierte en la realidad de este tiempo en aquellos grupos humanos que alzan el estandarte de la libertad e igualdad (formales), haciendo caso omiso de la fraternidad, grupos que logran algún éxito económico, pero frustran a otros numerosos grupos las oportunidades de desarrollar su personalización. Asimismo, nos sumamos a quienes estiman que tampoco se alcanza la cohesión que necesita la sociedad para lograr armonía y progreso cuando se niega rotundamente a las personas su autonomía y unicidad, exigiéndoles su entrega a un orden moral superior del Estado, un colectivo abstracto despersonalizado y despersonalizante.

Desde ese humanismo personalista es posible propiciar un derecho de las obligaciones capaz de construir institutos que logren la eficiencia del sistema en la regulación de las relaciones entre acreedor y deudor y posibiliten la justicia del caso concreto, lo cual implica una consideración especial cuando la relación crediticia incluye personas humanas no profesionales, generalmente, los sujetos más débiles del vínculo ⁽⁹⁾.

(7) DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO, Repensar al "otro": reflexiones sobre el derecho civil, SJA 17/04/2019, 3 - RCyS2019-VI, 3.

(8) Es la persona del personalismo de MOUNIER, EMMANUEL, *Le personalisme*, PressesUniversitaires de France, Paris, 1950, traduc. Aisensons y Dorriots, Eudeba, Bs.As., 1962.

(9) Acerca de la debilidad jurídica, p.v. ALTERINI, ATILIO ANÍBAL Y LÓPEZ CABANA, ROBERTO, La debilidad jurídica en la contratación contemporánea, en *Derecho de Daños, La Ley*, Bs.As. 1992, p. 85; RAYMONDECRETE, CHRISTINE MORIN, *LAPROTECTION JURIDIQUE des personnes aînées contre l'exploitation financière:: Introduction*, *Revue générale de droit*, ISSN 0035-3086, Vol. 46, N.º. Extra 1, 2016 págs. 5-11; Márquez, José Fernando, MAXIMILIANO RAFAEL CALDERÓN, Protección del débil jurídico frente a la inestabilidad del sistema económico, *Revista crítica de derecho privado*, ISSN 1510-8090, N.º 4, 2007, págs. 191-200; NICOLAU, NOEMÍ LIDIA, La persona, una categoría jurídica claudicante. La persona humana y su debilidad jurídica, *Liber amicorum Homenaje a Luís F. P. Leiva Fernández. Derecho privado actual*, coord. Leonardo B. Pérez Gallardo, 2020, ISBN 9789870340157, págs. 31-53; VÁZQUEZ PÉREZ, ARSUL JOSÉ, La protección al débil jurídico como criterio interpretativo de los contratos por adhesión en Cuba, *Revista de Derecho Privado*, ISSN-e 0123-4366, N.º 27, 2014; RITTO, GRACIELA B., La justicia gratuita en la Ley de Defensa del consumidor y la defensa del débil jurídico, *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1666-4590, Año 15, N.º 8, 2013, págs. 167-185; LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, El débil jurídico en el derecho privado chileno: Noción, configuración y tipología, *Ius et Praxis*, ISSN 0717-2877, Vol. 29, N.º 1, 2023, págs. 124-144; FACCO, JAVIER HUMBERTO, Tutelas especiales en el Derecho Privado Argentino, *Revista Jurídica Digital UANDES*, ISSN-e 0719-7942, Vol. 5, N.º 1, 2021, págs. 140-164.

Si se analizan las diversas fuentes de las obligaciones, quizás, la más difícil de embretar por la fuerza en ese entorno de protección de la parte más débil, sea el contrato, paradigma histórico de la libertad contractual. No obstante, el moderno derecho de los contratos muestra un avance extraordinario en pos de la justicia contractual ⁽¹⁰⁾, en especial, por la aplicación recurrente de los principios generales, que flexibilizan la arquetípica figura del contrato ⁽¹¹⁾. Desde ese punto de vista vamos a desarrollar nuestra hipótesis respecto a los *smartcontracts*.

III. LOS *SMART CONTRACTS* O CONTRATOS INTELIGENTES

a) Según Nick Szabo, a quien se le atribuye la “creación” de esta modalidad contractual y su denominación, un contrato inteligente es

(10) MossetIturraspe, Jorge, Justicia contractual, Ediar, Buenos Aires, 1978; GALGANO, Francesco, “Libertad contractual y la justicia del contrato”, en LA LEY, 2008-B, p. 977, Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, T. II, p. 803; ROLLAND, Louise, “Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec”, McGillLawJournal/Revue de Droit de McGill, Vol. 44, p. 904.

(11) REZZÓNICO, JUAN CARLOS, Principios fundamentales de los contratos, Astrea, Bs. As., 1999; DIEZ-PICAZO, Luis - ROCA TRÍAS, Encarnación - MORALES, Antonio M., Los principios del Derecho Europeo de Contratos, Civitas, Madrid, 2002; WIEACKER, Franz, El principio general de la buena fe, 2ª ed., José Luis Carro (Trad.), Cuadernos Civitas, 1986; GHESTIN, Jacques, Traité de Droit civil. Les obligations. Le contrat: formation, L.G.D.J., Paris, 1988; LE GAC-PECH, Sophie, “Rompre son contrat”, en RTDCiv., 2005-2, p. 223; MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé no Direito Privado, en Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1999; ALEGRIA, Hector, “La autonomía contractual frente al panorama actual del derecho mercantil”, en LA LEY, 2008-E, p. 1186; Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales”, en LA LEY, T. IV, p. 335; ALESSI, Rosalba y otros, Le obbligazioni e il contratto, dalle Istituzioni di Diritto Privato a cura di Mario Bessone, 21ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, Italia, 2015; DI CHIAZZA, Iván G., “La autonomía de la voluntad en los contratos de comercialización”, en LA LEY, 2015-B, p. 1148; GHERSI, Carlos Alberto, “Regulación contractual en el Código Civil y Comercial. Desde el análisis económico del derecho”, en LA LEY, 2015-C, p. 1078; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos en general. principios y valores comprometidos en la contratación”, en RDPC, 2014-1, p. 45; NICOLAU NOEMÍ L., “El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato”, en Marcos Córdoba (Dir.), Tratado de la buena fe en el derecho, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 321; “La teoría de la confianza en el derecho civil actual”, en *À l'Europe du troisième millénaire: mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi: à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, A. Giuffrè, Milano, 2004; RIVERA, Julio César, “El Derecho Privado Constitucional”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N.º 7, 1994; ROSATTI, Horacio, El código civil y comercial desde el derecho constitucional, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2016; VERGARA, Leandro, “Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial”, en LA LEY, 2015-A, p. 507.

un conjunto de promesas, especificadas en forma digital, incluidos los protocolos dentro de los cuales las partes cumplen estas promesas ⁽¹²⁾. En uno de sus iniciales trabajos doctrinarios estima que en la economía de mercado la figura del contrato es importante como instrumento que ha sufrido una notable evolución en el derecho consuetudinario y que es necesario preservarla, aunque señala las dificultades para hacerlo frente a la revolución digital que cambia en forma radical las relaciones jurídicas.

Interesa subrayar, por lo que diremos más abajo, que esta modalidad surge en medio del trabajo doctrinal de Szabo destinado exclusivamente a las relaciones comerciales en un libre mercado, porque en su opinión son las más importantes en las que se emplean contratos, aunque también reconoce, como es obvio, que se usan en las relaciones civiles. Se ha dicho que Szabo pensó los *smart contracts* como un libertario, para evadir la intromisión del Estado en esas relaciones, pues estarían fuera de su órbita, inclusive en caso de incumplimientos ⁽¹³⁾.

Respecto a la denominación, el mismo Szabo, explica que los llamó contratos “inteligentes”, porque son mucho más funcionales que sus ancestros inanimados basados en papel. Aclara que la palabra inteligente no refiere al uso de la inteligencia artificial, pues esta modalidad contractual no emplea inteligencia artificial en sentido propio. No se caracteriza y no es su finalidad procesar información para resolver problemas en función de alcanzar objetivos ⁽¹⁴⁾.

En cuanto a la estructura y a la naturaleza de esta nueva figura cabe señalar, de entrada, que un *smart contract* no es un sencillo contrato en línea que se celebra entre partes comunicadas mediante el uso de plataformas digitales que les permite enviarse documentos y mensajes ⁽¹⁵⁾, es algo más complejo y las explicaciones son múltiples, solo como ejemplo:

- Aquí el acuerdo está en la diagramación del programa común, o bien en modo adhesivo, para el desarrollo de un negocio. El contrato es

(12) Nick Szabo - Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets (uva.nl), Copyright (c) 1996. (Acceso 30 junio 2023).

(13) RASKIN, MAX, The Law and Legality of Smart Contracts, 1 GEO. L. TECH. REV. 305 (2017), <https://perma.cc/673G-3ANE>.

(14) CORVALAN, JUAN GUSTAVO, La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea, LA LEY 2017-E, 1008.

(15) ALPA, GUIDO, SOBRE el poder contractual de las plataformas digitales, Sup. Internacionalización del Derecho 2022 (agosto), 2, TR LALEY AR/DOC/1930/2022.

un *software*, puede ser ya prefigurado, conforme a la tipicidad práctica del negocio, o diseñarse *ad hoc* por los otorgantes ⁽¹⁶⁾.

- Los *smartcontracts* necesitan de un objeto, el acuerdo previo de las partes y la manifestación de la voluntad, la cual quedará plasmada dentro de un código que puede autoejecutarlas de forma automática. Esta voluntad y convenio se traduce en mensajes de datos, los cuales reflejan la libertad contractual de las partes, quienes pueden elegir la forma y medio para que esta manifestación quede plasmada (libertad contractual). Siempre que la ley permita la equivalencia funcional de dicha manifestación a través de mensajes de datos ⁽¹⁷⁾ [...] aunque sea desde un plano meramente teórico, puede pensarse en un acuerdo totalmente codificado [un “M2M” puro], sin la “prótesis” de un contrato escrito que lo asista[...] “pueden concebirse dos modalidades: a) un modelo, que vale denominar ‘externo’ en el cual el código fuente del software que determina la ‘performance’ del contrato está separado del texto de este que está redactado en lenguaje natural; y b) otro ‘interno’, en el cual las previsiones contractuales están incluidas en el código fuente, sin la referencia anterior a un documento redactado en lenguaje natural”. En este último supuesto, “el código es la ley” (del contrato); en el primer caso, se limita a ejecutar algunas de las cláusulas escritas en lenguaje natural ⁽¹⁸⁾.

En esta última explicación se admite denominar de igual modo a dos especies diferentes, pero se aclara que, en el primer caso, hay solo una ejecución de prestaciones que han sido convenidas en cláusulas de un contrato tradicional, escrito en lenguaje natural. Nos parece que éstos, los híbridos, no generan problemas porque no son verdaderos “contratos inteligentes”.

Según algunas opiniones, el contrato sería el acuerdo al que arriban las partes para confeccionar los algoritmos, de manera que lo que

(16) SANTARELLI, FULVIO G., Contratos autoejecutables: smartcontracts, LA LEY2020-C, 592-EBOOK-TR 2021 TOBÍAS, 264.

(17) *El hecho de que no exista una regulación específica sobre estos temas claramente no significa que las leyes actuales y los principios generales de derecho pueden no ser aplicables a ellos, o que no están regulados en absoluto: los smartcontractsson de hecho piezas de software, piezas autoejecutables. En ausencia de regulaciones específicas, las leyes existentes deben regular estas tecnologías*, ANAHIBY BECERRIL, BREVE historia de los Smart contracts, Revista Iberoamericana de Derecho Informático (segunda época). AÑO 1, N.º 8, 2020, p. 35-52.

(18) SYLVESTER, PABLO, Los contratos inteligentes. Funcionamiento, alcances y riesgos, en particular, en su uso en el marco de las relaciones de consumo, Sup. Innovación y Derecho 2022 (diciembre), 1 - LA LEY2022-F, TR LALEY AR/DOC/3467/2022.

se ofrece luego, la cadena de algoritmos es la materialización de ese acuerdo, no el contrato en sí mismo. Desde ese lugar se trataría del mismo proceso que sucede en cualquier contrato materializado en documento escrito: el contrato no es el documento, sino el acuerdo anterior que luego se materializa.

No obstante, si se observa la información que proporcionan los especialistas acerca de estas técnicas es posible considerar que las partes acuerdan un contrato marco y a partir de sus lineamientos se organizan los algoritmos de un específico *contrato inteligente*. También podría suceder que las partes acordaran los algoritmos de base para celebrar contratos especiales.

En cualquier caso, lo que subyace y resulta discutido es si existe o no contrato. Por nuestra parte, no hay dudas que se trata de un contrato, al menos en el derecho argentino. Quizás sea necesario ampliar los términos del artículo 957 del Código civil y Comercial, dado que en la reforma al Código Civil se mantuvo la misma concepción subjetiva del contrato, basado fuertemente en el consentimiento. En nuestra opinión es posible lograr la síntesis entre esa concepción subjetiva y la concepción objetiva propia del *common law*, sistema en el que la mera voluntad de las partes no es suficiente para establecer un vínculo jurídico, pues el contrato es una relación de cambio, fundada sobre un acuerdo ⁽¹⁹⁾.

El derecho anglosajón, que privilegia el intercambio de prestaciones puede explicar con mayor certeza esta nueva modalidad como otras ya usuales y aceptadas como contratos, tales como las denominadas relaciones contractuales de hecho o conductas sociales típicas; los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas y las cláusulas generales (arts. 984 y ss. Código Civil y Comercial) en las que el consentimiento existe reducido a su mínima expresión.

En una perspectiva amplia y sintetizadora de las dos concepciones, formulamos un concepto subjetivo-objetivo y actualizado que podría expresarse del siguiente modo: contrato es el acto o negocio jurídico,

(19) CUETO RÚA, Julio, "Una concepción objetiva del contrato. El caso del 'commonlaw'", en Trigo REPRESAS - STIGLITZ, *Contratos*, Buenos Aires, 1989, p. 31; GORLA, Gino, *El contrato*, T. 1, J. FerrandísVilella (Trad.), Bosch, Barcelona, 1959; CRISCUOLI, Giovanni, *Ilcontrattoneldirittoinglese*, CEDAM, Padova, 1990; MACNEIL, Ian R., *Cases and materials on contracts: Exchange transactions and relationships*, N.Y: Foundation-Press, Mineola, 1971; ESBORRAZ, David, *Contrato y sistema en América Latina*, Centro di StudiGiuridiciLatinoamericani- Università di Roma TorVergata/CNR, RubinzalCulzoni, Buenos Aires, 2006; HILLMAN, Robert A., *The Crisis in Modern Contract Theory*, vol. 67, N.º 1, Texas LawReview, p. 123.

según el cual dos o más partes, intercambian prestaciones o acuerdan respecto a una común manifestación de voluntad destinada a reglar derechos patrimoniales, obligándose de buena fe, a fin de satisfacer intereses lícitos y útiles ⁽²⁰⁾.

Tal como se perfeccionan los contratos inteligentes adquiere más importancia esta mirada integradora que propone también la objetividad del intercambio de prestaciones para fundar su existencia, sin artilugios que traten de encontrar una subjetividad bien alejada o ausente.

En síntesis, los *smartcontracts* son contratos, pero no se trata de un tipo nuevo, sino de una de las modalidades contractuales, y, como tal, no se corresponde a ningún tipo contractual, constituyen el modo de ser de los contratos. Cualquier contrato, típico o atípico puede celebrarse empleando alguna de las modalidades conocidas (contrato predispuesto, contratos conexos, contrato preparatorio) y, receptada esta nueva categoría, podremos decir que un contrato de servicio o de compraventa celebrado bajo esta modalidad es un *contrato inteligente*. Es decir, cualquier contrato puede adoptar una de las modalidades para manifestar su modo de ser.

Por otro lado, esta nueva modalidad se caracteriza por ser un contrato predispuesto ⁽²¹⁾ y además autoejecutable, lo cual significa que, según estén configurados los algoritmos, el incumplimiento de una obligación puede, por ejemplo, automáticamente dejar sin funcionamiento una cosa adquirida empleando este contrato, o impedir el ingreso a un inmueble.

(20) Ambas concepciones presentan falencias que se patentizan cuando se analizan desde la óptica de la teoría trialista del mundo jurídico. De acuerdo con ella, la concepción objetiva del contrato, fundada en la realidad social de los cambios, estaría asentada predominantemente en la dimensión sociológica. En la concepción subjetiva, apoyada en el acuerdo de voluntades, es decir, en la captación lógica de la adjudicación realizada por las partes, prevalece la dimensión normológica. Sin embargo, es posible elaborar un concepto que comprenda ambas perspectivas del fenómeno contractual y a la vez sume la dimensión axiológica, en tanto se conciba el contrato también como un instrumento realizador de los valores utilidad y justicia, apoyados en la buena fe, v. NICOLAU, NOEMÍ L., "El contrato entre la eficacia, la "flexibilidad" y la justicia. Estudio preliminar para una teoría del contrato", en Anales de la Nacional de Derecho de Córdoba, Anales de la Academia, T. XLVI, Córdoba, 2008, p. 277.

Acerca de una concepción amplia de contrato, v. ALPA, GUIDO, Nuove frontiere del diritto contrattuale, Seam, Milano, 1998, especialmente pág. 74.

(21) SYLVESTER, PABLO, OP. CIT.

b) En el derecho argentino, desde el punto de vista de la forma, es admisible el contrato inteligente que se materializa íntegramente en soportes electrónicos. Será válido ya sea que se formalice por instrumento particular no firmado o por instrumento privado, inclusive mediante la firma digital, de tan escaso uso en nuestro país.

Esto es posible porque en materia de forma, como en tantas otras, el Código civil y Comercial acoge las expresiones de la tecnología de este tiempo. Así en el Artículo 286 establece que:

La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

Luego, en el artículo 287 diferencia a los instrumentos particulares no firmados y los firmados, que se llaman instrumentos privados. Seguidamente, en el artículo 288 define la firma que *prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde* y debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En el último párrafo admite nuevamente los instrumentos generados por medios electrónicos y aclara que el *requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento*.

El mismo Código, en el artículo 1106 dispone que el requisito de constar por escrito debe entenderse satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar. Establece, además, requisitos exigentes para la información al consumidor. Estos preceptos legales, incluidos en el Título de los Contratos de consumo, claramente son extensibles a toda la contratación.

Sin embargo, el *contrato inteligente* nos somete a un desafío tecnológico previsto en la última parte del artículo 286 cuando aclara que la expresión escrita puede hacerse constar en cualquier soporte, “siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”. El problema es evaluar si el texto definitivo de uno de estos contratos es inteligible y cuánto esfuerzo tecnológico se necesita para su lectura. Si el contenido es oscuro, con dificultades tecnológicas para descifrarlo es posible que se impugnen sus efectos.

IV. LOS SMARTCONTRACTS DESDE UNA DIMENSIÓN HUMANISTA

a) Se ha señalado que esta nueva modalidad contractual es la máxima expresión de *eficiencia y justicia* ⁽²²⁾. Para algunos, constituyen una herramienta nueva de la libertad contractual a ultranza, cuya mayor ventaja es poder eludir la justicia estatal, para otros, en cambio, la finalidad esencial es reducir los costos de transacción ⁽²³⁾.

Sin duda, la *eficiencia* en el mercado, sobre todo en el mercado financiero, queda garantizada por la celeridad en el perfeccionamiento y en la ejecución, especialmente, la auto ejecutabilidad en caso de incumplimiento. La modalidad ofrece ventajas indudables en el mundo de los negocios comerciales, aunque también presenta ciertas dificultades ⁽²⁴⁾.

Respecto a la posibilidad de realizar la *justicia contractual* es más difícil justificar la excelencia de esta nueva modalidad. En principio, como todo contrato puede lograr la realización de la justicia conmutativa, pero, en múltiples ocasiones será necesario detenerse para analizar la situación del obligado a cumplir. Por ejemplo, en algunas circunstancias previstas en nuestro sistema, inclusive en el ordenamiento positivo, es posible ralentizar el cumplimiento, por lo que los *smartcontracts* resultan inviables, sobre todo si se considera que se tratará con frecuencia de un contrato predispuesto por la parte fuerte. Una de esas circunstancias puede ser el supuesto de hecho previsto en el artículo 1032:

Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.

Nos inquieta cómo podría resolverse la situación prevista, de aplicación cotidiana en nuestro país, si, como se explica, el *smart contract* una vez perfeccionado no puede detenerse porque los algoritmos progresan sin permitir que ninguna de las partes pueda paralizarlos.

Es que la auto ejecutabilidad es perniciosa para los contratantes más débiles, porque, como se señala con acierto, si *no es posible modificar*

(22) SANTARELLI, FULVIO G.

(23) RASKIN, MAX, op. cit.

(24) DE ANDRÉS, JAVIERY LORCA, PEDRO, On the impact of smart contracts on auditing, The International Journal of Digital Accounting Research Vol. 21, 2021, pp. 155-181, ISSN: 2340-5058.

la trayectoria del proyectil, resulta imperioso apuntar con precisión. Los smartcontracts no se encuentran exentos de errores en su programación, de la presencia de bugs, que implican que las prestaciones no se ejecuten como las partes lo han previsto o querido” ⁽²⁵⁾.

En nuestra opinión el problema esencial del empleo de esta modalidad contractual entre no profesionales, en especial en las relaciones de consumo, deriva de su auto ejecutabilidad y no de su perfeccionamiento mediante condiciones generales predispuestas ⁽²⁶⁾, pues éstas ya han sido reguladas y controladas y sus efectos más negativos están limitados legalmente.

Entre los diversos reparos frente a esta opción que ofrecen las nuevas tecnologías se admite, por ejemplo, que efectivamente los *smartcontracts* constituyen una innovación potencialmente disruptiva, pero deben considerarse posibles límites al momento de compatibilizarla con el derecho vigente y buscar posibles soluciones. La transición no será necesariamente tan fácil ⁽²⁷⁾.

Por supuesto que, si la relación contractual se traba mediante un contrato inteligente, y tiene un objeto o una causa ilícita, su nulidad podrá ser declarada con similar tratamiento que se daría a un contrato clásico. A esos efectos deben analizarse los dispositivos y las aplicaciones del *software* ⁽²⁸⁾.

b) Nuestra hipótesis es que los *smartcontracts* constituyen un instrumento eficaz para las relaciones contractuales comerciales, entre empresas. Deben ser empleados en ese ámbito sin ninguna desnaturalización, como ser la flexibilización de su carácter autoejecutable. Entendemos que resulta imprescindible limitar su empleo a esas relaciones comerciales entre empresas. Debería regularse mínimamente esta modalidad contractual ⁽²⁹⁾ e incluirse un límite preciso respecto a las personas que pueden emplearla.

(25) REYNA, CARLOS ALBERTO, El diseño convencional y los smartcontracts, EBOOK-TR 2022 (Errico), 152, TR LALEY AR/DOC/2490/2021.

(26) PONCIBÒ, CRISTINA, Smart contracts: moldeando los patrones futuros del consumo, EBOOK-TR 2022 (Errico), 320, TR LALEY AR/DOC/2664/2021

(27) DE CARIA, RICCARDO, Breves notas para un uso virtuoso de los smartcontracts, EBOOK-TR 2022 (Errico), 327, TR LALEY AR/DOC/2665/2021; PASQUINO, VINCENZO, Contratos inteligentes: un desafío para el sistema legal italiano y la ciberseguridad, EBOOK-TR 2022 (Errico), 303, TR LALEY AR/DOC/2662/2021.

(28) RASKIN, MAX, op. cit.

(29) Acerca de la necesidad de regulación p.v. NEGRI, NICOLÁS JORGE, SMART contracts, EBOOK-TR 2022 (Errico), 166. TR LALEY AR/DOC/2493/2021.

La regulación legal debería ser, además de escueta, precisa y clara para no llevar incertidumbre al mercado que podría utilizar masivamente esta modalidad en las relaciones interempresariales.

Su carácter de contrato entre empresas es reiterado en la literatura especializada. Se dice, con razón, que:

[E]l objetivo principal de estos ‘nuevos contratos’ es permitir que dos partes anónimas puedan comerciar y hacer negocios entre sí, sin que exista la necesidad de contar con un intermediario y sin que la confianza en el otro contratante sea un elemento fundamental a la hora de decidir su celebración.

Los *contratos inteligentes* han sido pensados para las operaciones de mercado ⁽³⁰⁾. Se afirma, también, que los contratos inteligentes pueden facilitar actividades comerciales seguras y confiables al proporcionar transacciones automatizadas sin la supervisión de un sistema financiero externo, como bancos, tribunales o notarios. Constituyen una fuente de ventajas en las operaciones comerciales ⁽³¹⁾. La eficiencia permite ahorrar tiempo y mejor gobierno corporativo, además se puede alcanzar reducciones de costos, aunque hay que observar que es susceptible de ser atacada por atacantes externos y producir daños graves al interior del contrato ⁽³²⁾.

Frente a ese carácter empresarial y de eficiencia derivado de su autoejecutabilidad, en la doctrina se advierte preocupación por su rigidez al tiempo de ser empleado en las relaciones contractuales no paritarias. Por ejemplo, se trata de evitar los problemas en materia de contratos de adhesión y de consumo.

[...] parece recomendable —cuando no necesarios— concebir protocolos de intervención de las partes a lo largo de su ejecución; en particular en lo concerniente a aprobar “rendiciones de cuentas”, confirmar saldos; máxime en situaciones en las cuales el sistema ordena la reasignación de montos de dinero, interrupción del uso de la cosa; su desplazamiento, etc. Se trata de evitar situaciones que el derecho suele

(30) DE ANDRÉS, JAVIER Y LORCA, PEDRO, OP. CIT.

(31) Idem.

(32) PASQUINO, VINCENZO, op. cit., señala el caso de The DAO (Decentralized Autonomous Organization), una de las primeras OIC basadas en Ethereum. Un atacante externo había identificado una vulnerabilidad en el contrato inteligente de la OIC y la había explotado para desviar ilícitamente fondos de la organización; PERUGINI, M. L., “Distributed Ledger Technologies and Blockchain Systems: Digital Currency, Smart Contract and Other Applications”, Ed. Key, 2018.

mirar con desconfianza, tales como la “autoliquidación” de deuda y su pertinente ejecución de la garantía ⁽³³⁾.

Además, aun quienes reconocen las ventajas del *smart contracts* observan que:

[...] las actuales normas de consumo —incluso, las incorporadas en el año 2014 con la reforma del Código Civil y Comercial— no han sido pensadas para este tipo de aplicaciones informáticas que, en muchos casos, las desafían abiertamente. En el futuro, en la medida que se masifique el uso de los contratos inteligentes, deberán adoptarse nuevas reglas —o variantes de las ya existentes— para la protección del consumidor expuesto a esta tecnología, siempre cuidando de no entorpecer la innovación ⁽³⁴⁾.

Por nuestra parte pensamos que no parece conveniente neutralizar las ventajas del *contrato inteligente*, sino más bien dejarlo tal como se ofrece, pero restringiendo su uso a determinados sectores de la economía. Flexibilizándolo se siembra incertidumbre que no es recomendable ⁽³⁵⁾, es preferible dejar andar el instrumento sin desnaturalizarlo. Esa disyuntiva entre impedir el uso de un nuevo modelo contractual o receptarlo, pero con límites que le cambian su naturaleza, se planteó, por ejemplo, en algunos países europeos cuando se introdujo el uso de las garantías a primera demanda en los negocios internacionales. En su momento, en Alemania se redujo su empleo a las entidades financieras ⁽³⁶⁾, en Francia, frente al rigor de negar la procedencia de cualquier excepción, algunas sentencias acogían alguna excepción, por ejemplo, pago, y la doctrina acusó la desnaturalización de la garantía señalando los perjuicios que eso conlleva.

Con miras a reducir la incertidumbre frente al nuevo instrumento es posible regularlo mínimamente y autorizar su empleo para determinados sujetos, prohibiéndolo para los contratos entre personas no profesionales. Como se dijo, debería dictarse una norma que acoja la modalidad, pero con una limitación. En el sistema jurídico argentino tenemos experiencia de cuidadosa recepción de institutos valorados y difundidos

(33) SANTARELLI, FULVIO G., op. cit.

(34) SYLVESTER, PABLO, OP. CIT.

(35) RASKIN, MAX, OP. CIT. Una forma de reducir la incertidumbre es situar lo nuevo en lo viejo. Si bien puede haber muchas barreras para la adopción de contratos inteligentes, la inseguridad jurídica no tiene por qué ser una de ellas. Los tribunales no necesitan alterar la jurisprudencia existente para acomodar contratos inteligentes

(36) MEDICUS, DIETER, Tratado de las relaciones obligacionales, trad. Angel Martínez Sarrion, Bosch, Barcelona, 1995, p. 617.

en la doctrina comparada, los que, al momento de ser incorporados al derecho interno, han sido restringidos en su uso, a fin de proteger a las personas más débiles del mercado.

En ese sentido, puede verse la garantía a primera demanda considerada tan valiosa por su eficacia en el cumplimiento. La reforma del derecho privado argentino estuvo a la altura de los modernos institutos jurídicos y la receptó en el artículo 1742 del Proyecto de Código civil de 1998 y, posteriormente, en el artículo 1810 del Código civil y Comercial. Se regulan las garantías unilaterales, las llamadas “garantías de cumplimiento a primera demanda”, “a primer requerimiento” y aquellas en que de cualquier otra manera se establece que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas... Ha reglón seguido se establece, en forma taxativa, que los sujetos que pueden emitir esta clase de garantías son:

- a) las personas públicas; b) las personas jurídicas privadas en las que sus socios, fundadores o integrantes no responden ilimitadamente; c) en cualquier caso, las entidades financieras y compañías de seguros, y los importadores y exportadores por operaciones de comercio exterior, sean o no parte directa en ellas.

Se podría objetar que, si bien nuestro ordenamiento normativo contiene esa norma protectoria, por otro lado, dispone una rígida protección a los acreedores con las garantías relativamente autoejecutables, por ejemplo, la prenda (art. 2229 Código civil y Comercial) o el Régimen especial de ejecución de hipotecas de la ley 24.441 (art. 52 y ss). Creemos que esa severidad no iguala el riesgo de la auto ejecutabilidad a ultranza cuando los *smartcontracts* se ofrecen de manera generalizada para cualquier relación contractual. Aun en ciertos estados de los EE. UU. que han acogido favorablemente esta modalidad, tratan de reducir los problemas. Según se informa, California, Colorado y Connecticut admiten los denominados “interruptores de arranque” para garantizar, por ejemplo, el pago de una prenda automotor, de manera que reconocen explícitamente la legalidad de los contratos inteligentes. Sin embargo, imponen ciertas restricciones a su uso porque la cuestión ha preocupado al legislador. Se exige que el deudor tenga aviso de que el dispositivo interruptor de arranque ha sido instalado y tenga derecho a subsanar el incumplimiento ⁽³⁷⁾.

Ese límite puede resultar eficaz para el acreedor, pero, realmente, es dañoso en el marco de obligaciones con consumidores o personas no

(37) RASKIN, MAX, *op. cit.*

profesionales. Permitir la celebración de *contratos inteligentes* y habilitar acciones posteriores de repetición o de indemnización de daños resulta perjudicial para el tráfico no comercial. Es cierto que “la innovación contractual de que se trata encuentra normas de balance en el derecho sustantivo hoy vigente”, por ejemplo:

[...] con el abuso del derecho, con sus aplicaciones en los relativo a la posición dominante; a la dependencia económica; al campo de actuación ampliado de la cláusula abusiva, inclusive a los contratos B2B en tanto sean de adhesión (arts. 984 y 988, Cód. Civ. y Com.); el deber de colaboración y uno de sus derivados, el deber de renegociar en los contratos de duración ante la facultad unilateral rescisoria de una de las partes (art. 1011, Cód. Civ. y Com.); entre otras ⁽³⁸⁾.

Sin embargo, nos permitimos disentir con el talentoso jurista y amigo, porque la experiencia muestra cuán complicado es aplicar generalizadamente en nuestro sistema el rígido *solve et repete*, apenas acogido en el derecho tributario. Es fácil suponer cuánto tiempo y recursos económicos deberá perder quien cumple forzosamente su contrato inteligente y, a posteriori, se ve obligado a promover las acciones de repetición, por ejemplo, porque ha mediado una controversia sobre el quantum de su deuda.

Una visión humanista del derecho contractual obliga a pensar que estos contratos no deberían emplearse en el ámbito del derecho del consumidor ni en todos aquellos contratos celebrados por personas humanas no profesionales. Por ejemplo, cuando surge una diferencia entre locador y locatario, que usualmente puede resolverse con negociaciones en un contrato de locación, si fuera celebrado mediante la modalidad *smartcontracts*, no sería posible porque el contrato se autoejecutaría. De lo contrario, si en el caso se impide la auto ejecutabilidad del contrato se lo desnaturaliza, se torna ineficaz dejando de cumplir su función.

V. CONCLUSIÓN

Es muy cierto que el derecho no puede perseguir a la tecnología (tampoco a la ciencia), pero el derecho debe proteger al hombre de la tecnología ciega, sorda y muda. Los algoritmos tienen su propia vida diseñada

(38) Como dice Santarelli, Fulvio G., op. cit. existe una verdadera pre-ocupación por la tutela del consumidor. Borcka, Nancy, *smart contracts* frente al consumidor hipervulnerable, Revista blockchain inteligencia artificial, N.º 1 - 2020 p. 72, se sugiere gran exigencia en la obligación de informar, pero aun así no parece buena estrategia para la defensa de los consumidores.

por el hombre, pero el civilista puede humanizarlos poniéndole ciertos límites que le permitan operar en el mundo jurídico con eficiencia y sin causar daños.

DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y DETERMINISMO TECNOLÓGICO (A PROPÓSITO DE LA TUTELA DE LOS DATOS PERSONALES)

POR MIGUEL FEDERICO DE LORENZO

*En homenaje a Prof. Guillermo Borda,
que tanta claridad le puso al Derecho Civil*

I. UN DEBATE OLVIDADO PERO ACTUAL

Hace casi medio siglo, se desarrollaba en nuestro país uno de los debates jurídicos más trascendentes y menos conocido del Derecho Civil. Dos notables juristas —lúcidamente anticipados a los tiempos— ponían sobre el tapete una de las cuestiones más aguda e incipiente de la teoría jurídica: ¿Cómo debe proteger el ordenamiento jurídico a los bienes vinculados a la esfera existencial de la persona humana? O para expresarlo de un modo más técnico: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la protección a la esfera de la personalidad?

Naturalmente que ambos juristas coincidían en que estos bienes debían ser protegidos. En esto, por supuesto no había dudas ni, por lo tanto, desacuerdos. Son bienes vinculados directamente a la dignidad de la persona humana y, por lo tanto, deben ser preservados por el orden jurídico.

La discusión entre ambos juristas, si se quiere, transcurría por otro andarivel. En efecto ¿se trata de intereses que deben ser protegidos a través de la tutela imperativa del derecho objetivo ⁽¹⁾? o, por el contrario, ¿deben ser protegidos a través del ropaje jurídico del derecho subjetivo ⁽²⁾?

(1) ORGAZ, Alfredo "Personas individuales", Ediciones Assandri, Córdoba, 1961, pág. 119 y ss.

(2) CIFUENTES, Santos "Derechos Personalísimos", Astrea, Bs.As. 3ª edición, pág. 97.

Nada menos que este era el eje del debate.

En la 3ª edición de su obra, Cifuentes transcribe los detalles íntimos del debate en estos términos:

No sería justo de mi parte omitir la transcripción de una carta personal que recibí de Orgaz, el 12 de agosto de 1974, cuando conoció mi obra, en la cual manifestó su pensamiento sobre la materia, con la profundidad que le era habitual. Dejando de lado las circunstancias de esa epístola, y algún comentario que me llenó de orgullo, limito la transcripción al problema de la naturaleza jurídica que nos preocupaba. Me manifestó allí el jurista cordobés: Nuestras posiciones centrales, la suya y la mía, divergen en esta materia, como lo señala Ud.: esto es completamente normal. Para mí, como lo he dicho, la dificultad para que los escritores lleguemos a un acuerdo, está en la notoria ambigüedad de la palabra 'derecho'. A propósito de ella y de otras, como justicia, ley y moral, ha señalado Roscoe Pound que sobre su significación 'no han podido ni pueden todavía llegar los juristas a un consenso. También sobre esto hay quienes sostienen que no es posible respuesta alguna'. Yo estoy muy cerca de compartir este pesimismo. Sólo a título de mayor aclaración –y no de refutación– deseo hacerme cargo aquí, brevemente, de un argumento importante de su trabajo. Dice Ud., a propósito de la tesis que sustento: '... se me ocurre recordar aquí que, si hay lesión, o sea, carácter lesivo en el acto, es porque había algo que era objeto de esa lesión. Y ese algo, ¿qué es sino un derecho?'. Respondo [sigue Orgaz]: nunca he negado que hubiese algo, pero sí que fuese necesariamente un 'derecho': a mi juicio, puede ser un 'bien' inherente a la persona y aun un mero 'interés' tutelado por la ley. En este caso, los meros 'intereses' prevalecen sobre el 'derecho', no obstante ser éste, en general, más fuerte que aquéllos. Relativamente a los 'bienes' personales (vida, salud, libertad, etc.), cada uno de nosotros, antes de toda lesión por terceros, no tiene verdaderamente 'derechos', porque –como ha señalado Kelsen– los derechos requieren la existencia de un 'deber' u obligación a cargo de otro. Observa también Karl Engisch: 'Sólo su conducta (la del individuo) con respecto a los demás, y no su conducta con respecto a sí mismo, encuentra regulación jurídica'. En suma y a mi juicio, la existencia de un 'derecho' supone una relación entre dos o más personas; el 'bien' o el 'interés' protegido por la ley, antes de cualquier intromisión o lesión ajena, sólo contiene en potencia la posibilidad de una relación jurídica futura, sólo la posibilidad de un 'derecho'. Ésta es, en 'comprimido' farmacológico, mi posición en el problema. Excuse Ud. esta breve reacción a su interesante crítica, que muestra mejor que un simple acuse de recibo y un elogio general, el aprecio que me ha merecido su concienzuda monografía.

Así terminó Orgaz su medular misiva, que yo contesté reconociendo el rigor de su pensamiento, pero anteponiendo la necesidad actual de dar la mayor fuerza defensiva en el ámbito civil a estos “derechos”, para contraponer medios de amparo a las invasiones, del submundo mecánico, material e interesado de ahora, frente a las nuevas formas de ataque “insospechadas antes, originalísimas a veces, peligrosísimas siempre”, por el arrasador avance masivo y tecnológico”⁽³⁾.

En el prólogo a la obra de referencia, afirmaba precisamente el ilustre jurista homenajado, Guillermo Borda:

Resulta difícil no compartir la posición tan firmemente sostenida por autor. Cuando se afirma que el hombre tiene estos derechos —y que los tiene por derecho natural— se hace una afirmación de principios y una defensa de la personalidad humana frente a los avances del poder público. Quizá nunca como en este caso sea más plena de verdad y de dignidad la palabra derecho⁽⁴⁾.

En la edición de 1970 de su excelsa obra era aún más incisivo:

[A]lrededor de la naturaleza jurídica de estos derechos se ha suscitado una ardiente polémica. Incluso ha llegado a negarse que sean derechos en sentido propio. Creemos que esta discusión acerca de si existen o no los derechos de la personalidad, debe considerarse superada. Los juristas podrán sostener sobre este punto cualquier teoría; pero nadie dejará por ello de hablar de su derecho a la vida, a la libertad, al honor. Está bien que así sea; no hay ninguna impropiedad jurídica; es, además, una afirmación de principios y una defensa de la personalidad humana frente a los avances del poder público. Quizá nunca como en este caso sea más plena de verdad y de dignidad la palabra “derecho”.

La posición de Borda era —como siempre— no solo clara, sino también no dogmática.

Es cierto que la cuestión que se debatía no era nueva⁽⁵⁾, pero había quedado en el olvido durante décadas hasta que este debate, cargado de

(3) CIFUENTES, Santos “Derechos Personalísimos”, cit. pág. 152, nota 66; Para otros detalles interesantes de este debate: TOBÍAS, José W. en el Prólogo a la obra “Estudios de los Derechos Personalísimos. Obra Homenaje a Santos Cifuentes”, La Ley - Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2019.

(4) BORDA, Guillermo “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Buenos Aires, 5ª edición Abeledo Perrot, 1970, tomo 1, N.º 310.

(5) CASTÁN TOBEÑAS, José “Los derechos de la personalidad”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1952, pág. 5 y ss. y en especial pág.

cultura jurídica, la puso nuevamente entre nosotros, como un eje central en derredor del cual debía construirse la teoría general de los derechos personalísimos.

Tampoco era —ni lo es— un problema baladí, sino que por el contrario encierra —como luego veremos— una de las cuestiones más delicada del tema.

Básicamente, la disputa entre ambos juristas se centraba en lo siguiente: ¿los bienes personalísimos (vida, integridad, honor, intimidad, datos personales, etcétera) deben ser tutelados objetivamente por el derecho o, en cambio, debe considerarse que la persona es la titular de derechos subjetivos de la personalidad?

En un caso (si se tratara de una tutela objetiva), la protección de los intereses personalísimos la impone de modo imperativo el ordenamiento (derecho objetivo) pero sin que ello implique otorgar, correlativamente, un derecho subjetivo que dependa —como todo derecho— del “señorío” de la voluntad de su titular. Vale decir, la tutela es impuesta por el ordenamiento a través de normas imperativas que sustraen a estos bienes jurídicos existenciales, por así decirlo, de la idea de un derecho sobre sí mismo y, por ende, a la gestión del bien jurídico mediante la exclusiva voluntad de su titular.

Eventualmente, el derecho subjetivo —sostienen los partidarios de esta tesis— surge solo después de la lesión (*lato sensu*) momento en el cual se abre la vía inhibitoria o resarcitoria correspondiente.

17, para quien se trata de verdaderos “derechos subjetivos”; DE CASTRO Federico “Los llamados derechos de la personalidad”, en Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1959, pág. 3 y ss. que adhería a la postura “objetiva”. Pionero en el debate fue: ROGUIN, Ernesto (“Las reglas jurídicas”, Madrid, 1904 (de la edición francesa de 1889), N.º 131; FERRARA, Francesco “*Trattato di diritto civile italiano*”, vol. I, Roma, Athenaeum, 1921, pág. 313; DABIN, Jean “*Theorie générale du Droit*” 12ª, Bruylant, Bruselas, 1953, pág. 103; DE CUPIS, Adriano “*I Diritti della personalità*”, Giuffrè, Milano, 1959, tomo 1, págs. 11, 33 y ss.; DECOCQ, André “*Essai d’une théorie générale des droits sur la personne*”, Paris, LGDJ, 1960, 2 y ss. ; ROUBIER, Paul “*Droits subjectifs et situations juridiques*”, Paris, Dalloz, 1963, esp. Pág. 87 y ss., con un extenso desarrollo histórico y de política jurídica sobre el debate entre « objetivismo » y « subjetivismo ». Cabe aclarar que el ilustre jurista se inclinaba por la teoría objetiva en materia de situaciones jurídicas extrapatrimoniales (pág. 364); BESSONE, Mario «*Diritto soggettivo e diritti de la personalità*», en Rivista Trimestrale di Diritto Civile, 1973, pag. 1175 y ss.

En apoyo de esta idea, se suele también recordar que la ley puede proteger un interés o un bien sin que ello implique necesariamente atribuir un derecho subjetivo ⁽⁶⁾.

Desde la otra perspectiva (es decir, si se trata de una tutela subjetiva) la protección opera —siguiendo el teorema de Jhering— en la forma de un interés jurídicamente protegido por el conducto de un derecho subjetivo y, por lo tanto, sujeto al ejercicio discrecional según la voluntad de su titular, dentro por supuesto de los límites del orden público.

Según esta perspectiva, actualmente afianzada en el pensamiento jurídico, la idea del derecho personalísimo como derecho subjetivo es la que mejor se concilia con la garantía constitucional (art. 19 CN) de la autodeterminación de la persona humana en orden a orientar su propio destino.

Son ejemplos de esta dimensión, los casos resueltos por la Corte Suprema sobre la negativa transfundirse por razones religiosas (“Bahamondez”, Fallos: 316:479, “Albarracini”, Fallos: 335:799), de consumo personal de estupefacientes (“Arriola” Fallos 332:1963); la decisión de una muerte digna (“M. A. D.”, Fallos 338:556), entre tantos otros.

En suma, mientras que para la teoría subjetiva, los derechos personalísimos son disponibles por su titular ⁽⁷⁾ y, por lo tanto, compatibles con la autonomía de la voluntad; para la teoría contraria, conceptualizar a estos bienes como derechos subjetivos sería tanto como admitir que frente a bienes jurídicos esenciales de la persona humana, el titular termine por ser el árbitro exclusivo ⁽⁸⁾, a través de la autodeterminación, de valores existenciales, circunstancia que resultaría, según este enfoque, someter a estos bienes que hacen al “ser” de la persona al modelo de un “yo propietario” propio de la dimensión del “tener” que caracteriza a los derechos patrimoniales ⁽⁹⁾.

En síntesis, hallándose en juego bienes “existenciales” —sostiene la postura objetiva— que hacen al “ser de la persona”, estas situaciones jurídicas deberían ser aprehendidas por el derecho objetivo que es quien debe establecer reglas precisas, adecuadas y diferenciadas para cada

(6) TUHR, Andreas “Derecho Civil. Teoría general del Derecho civil alemán”, Buenos Aires, Depalma, volumen I, pág. 189; ORGAZ, Alfredo, op. cit. pág. 112.

(7) Es la solución finalmente recogida por el artículo 55 del Cód. Civ. y Com.

(8) Es el epicentro de la crítica de ORGAZ, Alfredo op. cit. pág. 116.

(9) El ejemplo emblemático es que nadie puede someterse “voluntariamente” a la trata de personas (art. 2° de la ley 26.364).

uno de estos bienes, en cuanto a la posibilidad de disposición, de renuncia, de transmisibilidad, etcétera ⁽¹⁰⁾.

Vale aclarar, que ambas teorías coinciden en la necesidad de proteger al individuo no sólo de terceros, sino —y este es el punto— incluso de sí mismo, de sus propias decisiones, las cuales —se afirma— tomadas de un modo inaprensible podrían socavar su propia esencia humana ⁽¹¹⁾. Ambas teorías, por lo tanto, profesan un cierto paternalismo jurídico y coinciden con el núcleo duro de la cuestión: preservar la intangibilidad de la persona humana (artículo 51 del Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, mientras que para la corriente objetiva esta protección se logra a través del derecho objetivo, quien se encarga de dosificar la tutela del bien jurídico respectivo ⁽¹²⁾; para la teoría del “derecho subjetivo” la gestión del bien jurídico queda a cargo del o la titular quien encuentra la protección no ya a través de la “indisponibilidad” (resabio del “perfeccionismo” jurídico) sino, por medio de la facultad “irrenunciable” del titular del derecho a revisar y revocar libremente la disposición que haya realizado de su derecho (art. 54 del Cód. Civ. y Com.). El sistema, en otros términos, prioriza la “autodeterminación” de la persona pero, consciente que el propio individuo con su elección puede poner en riesgo su esfera intangible, le otorga el beneficio del *ius poenitendi*.

II. DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y AUTONOMÍA PRIVADA

Con el correr de los años, la doctrina de los derechos (subjetivos) personalísimos terminó por imponerse ampliamente tanto en nuestro medio ⁽¹³⁾ como en el derecho comparado ⁽¹⁴⁾, consolidándose incluso

(10) MESSINETTI, Davide “*Personalità (diritti della)*”, en Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè, pág. 355 y ss.

(11) CATERINA Raffaele “*Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*”, en Rivista di diritto civile, 2005, pág. 771.

(12) LOISEAU, Grégoire “La personne et le numérique», en «Les métamorphoses du droit des personnes», sous la direction de Teyssié, Lexis Nexis, Paris, 2023, pág. 244.

(13) SAUX, Edgardo “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Rubinzal, 2018, tomo II, pág. 117; TOBIAS, José, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, La Ley, Bs.As., 2018, tomo II, pág. 173; RIVERA, Julio C. “Instituciones de Derecho Civil”, La Ley, Bs.As. 2022.

(14) BRUGUIÉRE, Jean - GLEIZE, Bérengère “Droits de la personnalité”, Ellipses, Paris, 2015, pág. 63.

normativamente con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación que recogió claramente esta perspectiva ⁽¹⁵⁾.

Como acertadamente sintetiza la cuestión Alberto Bueres, los derechos personalísimos son derechos subjetivos especiales, pero derechos subjetivos al fin y a la postre ⁽¹⁶⁾.

No obstante ello, no faltan voces autorizadas que han llamado la atención sobre el déficit que la teoría de los derechos humanos o personalísimos concebidos como derechos subjetivos puede padecer en la complejidad de la sociedad actual.

Así, por ejemplo, se ha observado:

a. Que posicionar a los derechos humanos subsumidos en la estructura clásica de los derechos subjetivos, es condenar a estos bienes a circular bajo la forma mercancía ⁽¹⁷⁾.

b. Que las situaciones jurídicas existenciales antes que un derecho constituyen un valor fundamental en el ordenamiento que incluso son anteriores a este ⁽¹⁸⁾.

c. Que los derechos humanos necesitan siempre de una tutela objetiva y del derecho positivo para ostentar su vigencia ⁽¹⁹⁾.

d. Que la lógica del derecho subjetivo, que en condiciones normales pudo haber sido vista como una adquisición para la persona humana, resulta ser en estadios de complejidad social una teoría regresiva para

(15) COMPAGNUCCI de CASO, Rubén “Los derechos personalísimos y sus principales caracteres”, en “Estudios de los Derechos Personalísimos. Obra en Homenaje a Santos Cifuentes”, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2019, pág. 119.

(16) BUERES, Alberto J. “Prólogo a la obra de BERGOGLIO – BERTOLDI, “Trasplantes de órganos”, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pág. XXV.

(17) BARCESAT, Eduardo “Sobre el porvenir de los derechos humanos”, en Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 183;

No hará falta aclarar que, como señala Rivera, lo que los civilistas llamamos derechos personalísimos no son más que el reflejo de los derechos humanos en el ámbito del derecho privado (“Instituciones”, cit., tomo I, p.146).

(18) Recientemente: LIPARI, Nicoló “Il diritto civile tra passato e futuro”, Riv. Dir. Civile, 2021, pág. 334.

(19) GUIBOURG, Ricardo “¿Fundamento de los derechos humanos?”, en Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2010, pág. 129 y ss.

los derechos personalísimos porque pone al interés tutelado en una situación de fragilidad debido a la posibilidad de disposición por parte de su titular ⁽²⁰⁾.

e. Que concebir a un “derecho humano” como un bien jurídico sujeto a la libre y voluntaria disposición por su titular, es negarle su carácter de derecho esencial ⁽²¹⁾.

f. Que esta idea que asimila a las situaciones jurídicas existenciales con los derechos patrimoniales, poniéndolos en la misma bolsa del verbo “tener”, no responde ya a los valores inspiradores de la persona humana; y que, precisamente por ello, ya comienza a abrirse camino la idea, cercana al abuso del derecho, de la *fonction sociale des droits de la personnalité*.

g. Que la noción de autodeterminación es una idea “ultra individualista” que expone a la esencia de la persona humana a una reificación, razón más que suficiente para que el sistema jurídico preserve a la persona aun de sí mismo y de sus propias decisiones en cuanto comprometan a la dignidad humana ⁽²²⁾.

h. Que sería incoherente que en un derecho subjetivo el sujeto titular sea, al mismo tiempo, el objeto de la situación jurídica subjetiva ⁽²³⁾.

i. Que encasillar a los bienes existenciales en la estructura del derecho subjetivo (cuya esencia es la “facultad de disponer” ⁽²⁴⁾) deriva en el entrelazamiento de estos bienes con la autonomía privada ⁽²⁵⁾, tornando factible

(20) ANCEL, Pascal “L’indisponibilité des droits de la personnalité: une approche critique de la théorie des droits de la personnalité (sous la direction de Gérard Couturier) These, 1978, N.º 5, pág. 7, exponiendo una crítica a la técnica del derecho subjetivo para estos bienes de la persona.

(21) FABRE MAGNAN, Muriel en *Revue Droits*, 2008, Paris, N.º 48, cit. pág. 42; “¿Los derechos del hombre no correrían el riesgo de vaciarse de su substancia si el consentimiento fuera suficiente para dispensar su carácter imperativo?”

(22) FELDMAN, Jean Philippe “Faut-il protéger l’homme contre lui meme? En *Revue Droits*, Puf, Paris, 2009, pág.89.

(23) Con amplias y valiosas consideraciones: CICALA, Francesco “Il rapporto giuridico”, Giuffré, Milano, 1959, pág.455 y ss.

(24) PUGLIATTI, Salvatore “Il trasferimento delle situazioni soggettive”, Milano, 164, pág. 72.

(25) El vínculo entre autonomía privada y derechos personalísimos es estudiado por: NICOLAU, Noemí “El acto jurídico personalísimo, instrumento para la dinamización de los derechos personalísimos” en “Estudios de los derechos personalísimos. Obra en homenaje a Santos Cifuentes, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2019, pág. 47; DE LORENZO, Miguel F. “El negocio jurídico (crisis y fragmentación de una categoría)”, en prensa, Buenos Aires, 2023; NICOLUSSI, Andrea “Autonomia privata e diritti della persona”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffré, pág. 133 y ss.; Importantes

no ya el “acto de autorización unilateral” (que siempre es revocable según el artículo 55 del Cód. Civ. y Com.), sino a una peligrosa contractualización de los derechos personalísimos que de este modo quedan expuestos a reglas que son propias de los bienes del mercado (artículo 959 Cód. Civ. y Com.)⁽²⁶⁾.

Como quiera que se sea, como ya se dijo, y al margen de la importancia de muchos de estos cuestionamientos, particularmente en el nuevo contexto digital, la doctrina de los derechos (subjetivos) personalísimos terminó por imponerse⁽²⁷⁾.

III. ¿LA TECNOLOGÍA DIGITAL ES INSTRUMENTALISTA O DETERMINISTA?

En otro orden, y en forma paralela a esta discusión jurídica, también la tecnociencia –que sin dudas trajo innumerables beneficios a la vida social– asiste a un inquietante debate sobre su incidencia en el cambio social. Un debate que interesó primero a la sociología⁽²⁸⁾, luego a la teoría jurídica⁽²⁹⁾ y, ahora, a la teoría general del contrato⁽³⁰⁾.

reflexiones sobre un preocupante cuadro en: TOBIAS, José “Tatuajes y “piercings”: entre la autodeterminación y la salud” en *La Ley*, t. 2022-F págs. 1-4.

(26) DE LORENZO, Miguel Federico “El acto jurídico extrapatrimonial”, en *Liber Amicorum Marcos Córdoba*, Rubinzal Culzoni, Bs.As., 2016, tomo III, pág. 101 y ss. A tal punto se da esta contractualización que el propio codificador se ha debido ocupar del tema estableciendo que, cuando el contrato tenga por objeto derechos sobre el cuerpo humano, se aplican los artículos 17 y 56 del código civil y comercial (art. 1004 Cód. Civ. y Com.). Véase: UBERTAZZI, Tommaso “Ripensando alla revoca del consenso nella prospettiva funzionale della privacy”, en *Contratto e Impresa*, 2022, pág. 27 y ss.

(27) RESTA, Giorgio “Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale” en “F. CAGGIA - G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, p. 117 y ss.

(28) MOROZOV, Evgeny “La locura del solucionismo tecnológico”, Buenos Aires, 2016;

(29) Pioneros los trabajos de: LAQUIS, Manuel “El derecho frente a las nuevas tecnologías”, en “*El Derecho y las nuevas tecnologías*”, Separata de la *Revista del derecho industrial*, n. 33, Buenos Aires, Depalma, 1990, pág. 543 y ss.; y de COTTA, Sergio “El desafío tecnológico”, Eudeba, Bs.As. 1968 (del italiano por Viggiolo de More); ALTERINI, Attilio A. “Perspectivas éticas y jurídicas de las tecnologías convergentes”, en *La Ley* 2007-F pp. 891; del mismo autor: “Respuestas ante las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces”, *La Ley* 2007-F pág. 1338; RODOTA, Stefano “*Il Diritto di avere diritti*”, Laterza, Bari, 2012.

(30) Sobre la era digital y el contrato: HERNÁNDEZ, Carlos A. “Comercio electrónico y relaciones de consumo”, en *RDP*, Rubinzal, 2023, pág. 169 y ss.

El debate es extremadamente importante para la teoría de los derechos personalísimos y en particular para el destino del derecho a los datos personales, dado el eslabonamiento que existe entre el —inevitable— uso de las plataformas digitales en la actual cultura de la conectividad ⁽³¹⁾ y los datos personales de los usuarios y consumidores que, a esta altura, es casi la totalidad de la población.

No es este el lugar para extenderme sobre este debate, pero una síntesis ayudará a comprender su vínculo con la tesis que sustento.

En líneas generales se podría decir que el impacto de las nuevas tecnologías ha dado lugar a dos posturas sociológicas antagónicas.

Por un lado, se hallan los “instrumentalistas”, que son aquellos que minimizan el poder de la tecnología, en la creencia de que las herramientas son artefactos neutrales, totalmente subordinados a los deseos conscientes de sus usuarios. Nuestros instrumentos —se sostiene— son los medios que usamos para lograr nuestros fines, y como tales, carecen de fines propios.

La tecnología, para este punto de vista, no sería otra cosa que una “herramienta” al servicio del hombre que éste domina según sus preferencias y necesidades.

En el otro extremo del espectro se encuentra el “determinismo tecnológico” ⁽³²⁾. El padre de esta teoría fue Thorstein Veblen, a principios del siglo XX.

Los deterministas consideran, básicamente, que el desarrollo tecnológico condiciona, como ningún otro elemento singular, el cambio y la estructura sociales. Dicho de otra forma, que la fuente más importante de cambios sociales, a lo largo de la historia, son las innovaciones tecnológicas. Ciertas tecnologías acaban afectando, según este punto de vista, a todos los ámbitos sociales: las instituciones, las formas de interacción, e incluso al mismo sistema jurídico que termina “supeditándose” a los resultados de la tecnología.

La perspectiva determinista se caracteriza por considerar la relación entre tecnología y sociedad como unidireccional: mientras que la evolu-

(31) Sobre lo cual: VAN DIJCK, Johana José “La cultura de la conectividad. Una historia crítica de las redes sociales”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

(32) Ampliamente: OSORIO MARULANDA Carlos, “El determinismo tecnológico: una reflexión crítica desde la teoría de los sistemas tecnológicos”, Departamento de Filosofía, Universidad de Oviedo, 2007.

ción de la sociedad (en sus aspectos económicos, políticos o culturales) es consecuencia del desarrollo tecnológico —está, pues, determinada por él— la tecnología sigue un curso particular de acuerdo con sus propias leyes.

La tecnología intelectual, dice Nicholas Carr a propósito del enfoque determinista, cuando alcanza un nivel generalizado, a menudo fomenta nuevas formas de pensar. Incluso nuevas necesidades ⁽³³⁾.

La controversia entre deterministas e instrumentalistas, que representa los enfoques sobre la relación entre la tecnología y la sociedad, probablemente nunca se resolverá, pero, definitivamente, es esclarecedor al menos por dos razones.

La primera es que, al margen del grado o intensidad y de si se acepta o no la teoría determinista, lo que está comprobado es que la tecnología digital condiciona, cada día más, nuestros hábitos y nuestras necesidades ⁽³⁴⁾. Las plataformas digitales, por dar un ejemplo, han dejado de comportarse como meras herramientas o instrumentos para realizar tareas y han pasado a ostentar el poder de una estructura necesaria e inevitable para relacionarse social, económica y jurídicamente.

Ya nadie puede prescindir del uso de “Google”, de “WhatsApp”, de “Gmail”, de “Instagram”, de Facebook, o de los “Smartphone” para relacionarse social o económicamente.

De este modo, la actual tecnología digital actuaría de manera muy sutil pero terminante: básicamente condicionando nuestros hábitos a un complejo entramado tecnológico.

La otra razón también es decisiva. Si la tecnología, en vez de actuar como “mero instrumento”, condiciona —como mínimo— los hábitos, generando una dependencia, se advierte el peligro inminente de que la tecnología digital se convierta en un paradigma de comprensión que condiciona la vida de las personas y el funcionamiento de la sociedad.

(33) “Superficiales”, Taurus, Madrid, 2010, pág. 66.

(34) Vale señalar que solo se señala un condicionamiento cultural que sugiere un giro en la política legislativa sobre el tema del consentimiento para el tratamiento de datos y que, por lo tanto, no vinculo esta ponencia, en lo concreto, con la teoría de destacados juristas argentinos (Chamatropulos, Shina, Sobrino, entre otros) que han hecho un uso fecundo del análisis de las neurociencias para indagar sobre la “racionalidad” de la decisión contractual.

Hoy el paradigma tecnocrático se ha vuelto tan dominante que es muy difícil prescindir de sus recursos, y más difícil todavía es utilizarlos sin ser dominados por su lógica. Tanto ello es así, que se ha vuelto contracultural elegir un estilo de vida con objetivos que puedan ser al menos en parte independientes de la tecnología digital (“hereje digital”) de sus costos y de su poder globalizador y masificador⁽³⁵⁾.

A tal punto llega este condicionamiento que impone la denominada tecnología disruptiva⁽³⁶⁾, que se ha podido afirmar, desde el plano del psicoanálisis, que la tecnología digital se encamina a concretar nada menos que una dominancia de la subjetividad⁽³⁷⁾.

Básicamente, algo ya presente en la profecía de Stewart Brand, cuando decía: “intentar cambiar la mente de las personas es una pérdida de tiempo. Cambia las herramientas que utilizan y cambiarás el mundo”⁽³⁸⁾.

IV. LA IRRUPCIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA TEORÍA JURÍDICA

Yendo ahora al centro de la tesis, se podría decir que la tecnología digital, a diferencia de cuanto habíamos conocido, opera sobre dos postulados.

a. El primero de ellos es que no solo condiciona nuestros hábitos, sino que está pensada —especialmente a través de la IA— para construir su poder sobre la base de nuestros datos personales.

Las plataformas digitales utilizan los datos de los usuarios para influir en el tráfico y monetizar flujos de información. Como dice una reconocida jurista, en este ecosistema digital, la información asociada al *big data* se “datifica” convirtiendo a los datos que circulan en la red en un activo o capital al servicio de las grandes empresas del sector, poniendo

(35) MOROZOV, Evgeny “La locura del solucionismo tecnológico”, Buenos Aires, 2016, pág. 15.

(36) TWIGG FLESNER, Christian “Disruptive Technology - Disrupted Law? How the digital revolution affects (Contract) law” en A. De Franceschi, European Contract Law and the Digital Single Market (Intersentia, 2016), pág. 1 y ss.

(37) ALEMAN, Jorge en diario Perfil del 11 de junio de 2021; GUREVICH, Ariel “La vida digital. Intersubjetividad en tiempos de plataformas sociales”, La Crujía, 2021.

(38) Cit. por BARICCO, Alessandro “The game”, Gribaudo, 2021, pág. 8.

en crisis el derecho a la privacidad y la autodeterminación informativa que lo integra ⁽³⁹⁾.

Con diez “me gusta” que das en Facebook, dice Martin Hilbert, la inteligencia artificial te conoce mejor que tus colegas de trabajo; con 100, mejor que tu familia; con 150, mejor que tu pareja y tu mamá; y con 200, mejor que tú mismo” ⁽⁴⁰⁾.

Los “me gusta” no son sólo termómetros de deseo, sino también generadores de potenciales tendencias de consumo.

Los *smart contracts*, por dar otro ejemplo, están en condiciones de gestionar, por sí mismos, el riesgo contractual, y pueden hacerlo, con una asimetría nunca antes conocida; no solo porque el proveedor conoce todo sobre lo que oferta, sino porque además conoce todo de su contratante, incluso —y este es el punto— paradójicamente, ¡más de cuanto este sabe de sí mismo! gracias a los “datos personales” con los que cuenta para “perfilar” al cocontratante ⁽⁴¹⁾.

b. El segundo postulado es que, conceptualmente, las plataformas digitales no niegan nuestra libertad sino que, conscientes del condicionamiento que imponen, nos consultan previamente sobre nuestra conformidad para acceder a nuestros datos personales ⁽⁴²⁾.

La etiqueta “no haremos nada sin tu conformidad” o “para nosotros (Instagram) es importante que sepas controlar tu privacidad”, son una constante en las plataformas tanto nacionales como globales.

Pero este alarde de libertad y consentimiento, que a primera vista luce como positivo, resulta cuanto menos paradójico en un contexto en el cual la elección resulta forzada ⁽⁴³⁾. En efecto, alguna vez, la preocupación radicaba en el temor a que las reglas sobre el tratamiento de datos que se hacía en la página web no fueran suficientemente conocido o de-

(39) FRUSTAGLI, Sandra A. “Derecho del consumidor frente a los desafíos del uso de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo”, en RCCyC 2021 (diciembre), 5.

(40) Diario La Nación del 20-6-2021.

(41) DE LORENZO, Miguel F. “Repensar al otro (Reflexiones sobre el Derecho Civil)”, en Jurisprudencia Argentina, 2019-II, pág. 3.

(42) BYUNG CHUL Han, “Capitalismo y pulsión”, Barcelona, Herder, pág.5.

(43) Sobre la problemática del acto decisional: VON WRIGHT Georg “La lógica de la preferencia”, (del inglés por Roberto Vernengo y Eugenio Bulyguin), Buenos Aires, Eudeba, 1967; SALECL, Renata “La tiranía de la elección”, (traducción de De Nápoli), Buenos Aires, Godot, 2022.

bidamente entendido por el usuario ⁽⁴⁴⁾. Actualmente, aun si esa hipótesis subsiste, la preocupación es (o debería ser) otra: que el usuario no puede negarse a consentir sencillamente porque no puede prescindir del servicio a través del cual despliega, ya condicionado, sus vínculos sociales y económicos.

Necesitado el usuario no sólo de celebrar un “contrato necesario” ⁽⁴⁵⁾ sino además a aceptar las condiciones que le impone la plataforma digital sobre el uso de sus datos personales y de las “cookies” para poder acceder al servicio, el consentimiento del titular se convierte en un instrumento endeble para ser el eje del tratamiento de los datos personales.

Bajo estas condiciones, el consentimiento no es más que una manera de crear la ilusión de la libertad a través de la “yema de los dedos” que se desplaza presurosa sobre la pantalla para presionar el botón aceptar y poder continuar en la página Web ⁽⁴⁶⁾.

Desde el momento en que las plataformas digitales se convirtieron en indispensables, en necesarias para poder participar de lleno en nuestra sociedad, ya no hay posibilidad de excluirnos de forma voluntaria de la recopilación de datos. Más aún, el sujeto moderno, tecnológicamente condicionado, ya ni siquiera es consciente ⁽⁴⁷⁾ de que, al aceptar, ingresa en un verdadero contrato “oneroso” (art. 959 del Cód. Civ. y Com.), en el cual, a cambio del servicio que le ofrece la plataforma entrega como contraprestación sus propios datos personales ⁽⁴⁸⁾.

“Datos personales” suena demasiado abstracto. Y esta es una abstracción muy oportuna para los que mercantilizan los datos. De lo que estamos hablando, en realidad, es de un derecho personalísimo, quizás, el más envolvente de nuestra esencia humana ⁽⁴⁹⁾ porque representa nuestras esperanzas y miedos, nuestros historiales médicos, nuestras conversaciones más privadas, nuestras amistades, nuestros más oscu-

(44) SCHWARTZ Paul - SOLOVE, Daniel “Notice and choice: implications for digital marketing to youth”, 2009, pág. 2.

(45) Era la expresión sobre los contratos impuestos de MASNATTA, Héctor “El contrato necesario”, Buenos Aires, Abeledo, 1964.

(46) BYUNG CHUL Han “Infocracia”, Buenos Aires, Taurus, 2022, pág. 20.

(47) BYUNG CHUL Han, “No cosas”, Buenos Aires, Taurus, 2021, pág. 41.

(48) Interesantes consideraciones en: RICCIUTO Vincenzo “Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali”, en Rivista di Diritto Civile, 2020, pág. 642 y ss.

(49) CIFUENTES, Santos, “Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalizado”, Jurisprudencia Argentina, del 13/10/1999.

ros remordimientos, nuestros traumas, nuestras alegrías, de cómo suena nuestra voz y de cómo nos late nuestro corazón.

V. EL PROBLEMA DEL “CONSENTIMIENTO” COMO EJE DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Sobre la base de las precedentes consideraciones, se advierte que la legislación argentina sobre la protección integral de los datos personales (art. 5° y 11 de la ley 25.326), cuyo eje para el tratamiento radica principalmente en el “consentimiento” del interesado, a la luz de los actuales condicionamientos producidos por el uso extendido de la tecnología digital resulta un instrumento insuficiente para una protección adecuada del derecho personalísimo en cuestión.

Va de suyo, y casi no resulta necesario aclararlo, nadie pone en duda la conveniencia de estar debidamente informado, ni de la utilidad de la recolección de datos cuando se halla justificada. De lo que se trata es de preservar los datos personales, de cuidar el derecho a la intimidad y de poner al resguardo el derecho a no ser arbitrariamente discriminado⁽⁵⁰⁾.

Hoy, cuando todo da a entender que, por el poder de las plataformas digitales⁽⁵¹⁾ asistimos, si no es a un determinismo al menos a un “sombambulismo tecnológico”⁽⁵²⁾; cuando para aceptar el tratamiento de los datos basta con un “clic” mientras que para “rechazarlo” se requiere de mucha paciencia y esfuerzo; cuando, como se sabe, en las plataformas digitales —verdaderos monopolios— nada se negocia, pues todo es “adhesión”⁽⁵³⁾, dejar al derecho personalísimo de los datos personales en las manos del consentimiento constituye una técnica de tutela no sólo aparente sino desacordada con la realidad que se pretende regir⁽⁵⁴⁾.

(50) Recientemente en Italia se aprobó la ley del “olvido oncológico” destinada a evitar discriminaciones, etc. sobre los pacientes (véase: “Diritto all’oblio oncologico: via libera della Camera alla legge per la tutela dei diritti delle persone guarite da malattie oncologiche”, <https://www.dimt.it/>)

(51) ALPA, Guido “On Contractual Power of Digital Platforms”, en *European Business Law Review* (2023), pág. 377.

(52) Imprescindible: WINNER, Langdon “La ballena y el reactor. Una búsqueda de los límites en la era de la alta tecnología”, Gedisa, Barcelona, 2008, pág. 43.

(53) GENTILI, Aurelio “La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti della persona”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2022, pág. 701 y ss.

(54) GALLI, Federico “La pubblicità mirata al tempo dell’intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei contratti”, en *Contratto e Impresa*, 2022, pág. 931 Pero ya, an-

VI. RECUPERAR LA TUTELA A TRAVÉS DEL DERECHO OBJETIVO

Con este escenario por delante, caracterizado por nuevos riesgos tecnológicos (v.g. la inteligencia artificial), renace, a mi modo de ver, la importancia del señero debate mencionado al inicio ⁽⁵⁵⁾.

Por supuesto, no ya a través de la discusión sobre la naturaleza de la situación jurídica respectiva, que hoy ya se encuentra consolidada en favor de la categoría del derecho subjetivo. Pero sí, sobre los ejes de una tutela efectiva de cara a una nueva ley que necesariamente se requiere en la materia, y en especial sobre la oportunidad de introducir reglas objetivas e imperativas sobre el tratamiento de los datos, en especial sobre la circulación y los usos “secundarios” que se hacen de ellos ⁽⁵⁶⁾.

Ya no resulta suficiente contentarse para determinar la licitud del tratamiento de datos personales —como en el pasado reciente— con que el titular hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado (art. 5 ley 25.326). En las actuales condiciones de dependencia con la tecnología digital, este requisito se da por descontado.

Se impone por lo tanto otras exigencias. No sería descabellado establecer la inadmisibilidad del consentimiento bajo la condición de pérdida de un servicio ⁽⁵⁷⁾; o que resulte inadmisibles la exigencia de datos personales no vinculados a la finalidad del contrato y/o a la ejecución de las prestaciones respectivas, y así sucesivamente.

tipicamente: PATTI, Salvatore “Il consenso dell’interessato al trattamento dei dati personali”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1999, pág.467; WARNER, Richard - SLOAN, Robert “Beyond Notice and choice: privacy, norms and consent”, en *High Tech L.* (2013) RESTA Giorgio, ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo “Volontà e consenso nella fruizione dei sevizi in rete”, *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, págs. 411 y ss.

(55) LOISEAU, Grégoire “La personne et le numérique», en «Les métamorphoses du droit des personnes», sous la direction de Teyssié, Lexis Nexis, Paris, 2023, pág. 244: “la defensa de la vida privada, especialmente, es actualmente organizada desde el punto de vista colectivo bajo la forma de una macro protección contra todo tipo de práctica tecnológica invasiva, independientemente de la lesión de intereses particulares” (traducción libre).

(56) CAGGIA, Fausto “Libertá ed espressione del consenso”, en “I dati personali nel diritto europeo” al cuidado de CUFFARO, Vincenzo y RICCIUTO, Vincenzo, Giappichelli, 2019, pág. 251. Véase también el interesante trabajo de AZAR, Aldo “La obligación de seguridad por indemnidad de datos personales, imagen, intimidad, identidad y privacidad” en *La Ley* 2022-D-432.

(57) RUIZ MARTINEZ, Esteban “La protección de los datos personales en internet (una tarea ineludible)”, en *El Derecho*, tomo 284.

VII. LA METÁFORA DE GEORGE ORWELL Y LA TUTELA OBJETIVA DE LOS DATOS PERSONALES

George Orwell escribió que “si la mayoría de la gente está interesada en la libertad de expresión, habrá libertad de expresión, incluso si las leyes la persiguen”. Sin retorcer sus palabras, se puede extraer la conclusión inversa: si la mayoría de la gente deja de estar interesada en la libertad de expresión, dejará de haber libertad de expresión, incluso aunque las leyes la permitan.

La metáfora puede y debe extenderse al derecho personalísimo a los datos personales. No habrá intimidación si las personas dejan de valorar a sus datos personales ⁽⁵⁸⁾. Pero menos aun si el sistema acompaña legitimando el abandono.

Los usuarios de la tecnología suelen ser ajenos a su ética. Por lo general están concentrados en los beneficios prácticos. Cualquiera que haya usado internet alguna vez habrá comprobado que frente a la premura o necesidad de acceder a una determinada información termina autorizando la recolección de su información personal sin saber sobre el verdadero impacto de ello. La opción por defecto debería ser, por lo tanto, la no recopilación de datos o la recolección mínima y necesaria lo que garantizaría un equilibrio entre la libre circulación de datos y la protección de la intimidad personal.

VIII. LOS DATOS PERSONALES COMO DERECHO “TRANSPERSONAL”

Por último, pero no menos importante, cabe señalar que la privacidad, ya no es una mera cuestión individual como lo era en el pasado reciente cuando no existía la IA ni el desarrollo digital que existe hoy ⁽⁵⁹⁾. Cuando se dice que tus datos son “personales” parece que se esté dando a entender que solo el titular es la única parte que interesa a la hora de compartirlos. Pero ese es un error de concepto. El derecho a los datos per-

(58) Genera fundadas controversias por cierto que la empresa del dueño de ChatGPT ofrezca en nuestro país dinero a cambio de “escanear tu retina” y que más de dos millones de personas en el mundo ya realizaron el intercambio; mientras que, en la Argentina, el número asciende a 200.000 en solo pocos días (La Nación, 4 de agosto de 2023).

(59) LOISEAU, Grégoire “La personne et le numérique», en «Les métamorphoses du droit des personnes”, sous la direction de Teyssié, Lexis Nexis, Paris, 2023, pág. 253.

sonales es un derecho transpersonal, porque el interés tutelado no solo responde a una necesidad individual sino también de índole social.

La privacidad, los datos personales de un grupo o de una sociedad es tan colectiva como personal. Como el desastre de Cambridge Analytica ha demostrado, cuando se expone la privacidad, todos estamos en peligro ⁽⁶⁰⁾.

De hecho, para que no haya dudas sobre lo que quiero expresar, ya existe un uso político de los datos personales ⁽⁶¹⁾.

La defensa de la persona humana, en tiempos de la IA, de la recolección, circulación y usos secundarios de los datos personales, ha dejado de ser una cuestión estrictamente individual, entre otras razones porque se presentan nuevas amenazas colectivas a los derechos fundamentales a través del uso de los algoritmos con fines discriminatorios o políticos ⁽⁶²⁾.

No se trata de despojar a la persona del derecho subjetivo a los datos personales, lo que sería regresivo, sino de contemplar también técnicas para una macro protección objetiva en resguardo del interés general. Una cosa no excluye la otra.

Urge por lo tanto que los civilistas posemos la mirada en el paradigma tecnológico, principalmente allí donde este paradigma “coloniza” primero y confronta después a los derechos personalísimos, recordando que, como decía Luigi Mengoni ⁽⁶³⁾, la tecnología, por su naturaleza, no cuenta por sí misma con la capacidad para elegir un fin. Esta tarea le pertenece, siempre, al Derecho.

(60) VELIZ, Carissa “Privacidad es poder. Datos, vigilancia y libertad en la era digital”, Madrid, Debate, 2021.

(61) ZUBOFF Shoshana “La era del capitalismo de la vigilancia”, Paídos, Buenos Aires, 2021.

(62) Cuestiones expresamente advertidas en el considerando 23) del precedente “Denegri” de la CS, publicado en Fallos: 345:482: “Es así que el presente pronunciamiento no implica desconocer que el creciente uso de herramientas de tecnología informática y, en particular, de sistemas que podrían incluirse dentro de la categoría “Inteligencia Artificial” (IA), suscita numerosos interrogantes respecto de su campo de aplicación a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos, así como respecto de su incidencia en la ordenación del debate público. Aun cuando el tema no haya sido objeto de debate en la presente causa, cabe destacar la existencia de un foro de discusión mundial acerca del modo de compatibilizar los problemas que en algunas ocasiones podrían suscitarse entre los mencionados derechos y el funcionamiento de los sistemas de algoritmos”.

(63) “Diritto e tecnica”, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2001, pág. 7.

NOTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN CONTRACTUAL

POR JUAN MANUEL APARICIO (*)

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

I.1. El tema

Al considerar las fuentes de la reglamentación contractual debe previamente recordarse la necesaria vinculación que tiene el tema con la Constitución Nacional. Al respecto, corresponde señalar que en el derecho europeo se ha manifestado una inquietud por el análisis de lo que se ha dado en denominar derecho civil constitucional o la constitucionalización del derecho privado ⁽¹⁾. Esta inquietud se ha derivado de los procesos de reforma constitucional que tuvieron lugar en la posguerra, en los cuales, se incorporaron a las constituciones materias que interesan directamente al derecho privado y que pasaron a revestir jerarquía constitucional. Se persiguió el afianzamiento de un sistema institucional de raigambre democrática. Después de la reforma de nuestra Constitución del año 1994, que incorporó a la Carta Magna principios con gravitación en el derecho privado, estos antecedentes europeos tuvieron influencia en nuestro país, en donde se empezó a abordar temas referidos a lo que designa como un proceso de constitucionalización del derecho privado.

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(1) RIVERA, Julio C., El derecho privado constitucional, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario, N.º 7 "Derecho privado en la reforma constitucional, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1994, p. 27; ARCE Y FLORES VALDÉS, Joaquín, El Derecho civil constitucional, Civitas, Madrid 1991.

I.2. La Constitución Nacional

Sin embargo, cabe destacar *ab initio*, que este enfoque del viejo continente no entraña una novedad en nuestro derecho. Hace más de una centuria y media nuestra Constitución de 1853, inspirada en el constitucionalismo moderno, juntamente con una parte orgánica, contiene una parte dogmática en la que se enuncian derechos individuales que conforman lo que recibe el nombre de derecho constitucional de la libertad.

Tales derechos tienen una palmaria trascendencia en el campo del derecho privado, y pueden mencionarse los siguientes:

- El derecho a trabajar o ejercer toda industria lícita, el de navegar o comerciar, la libertad de asociación y la libertad ambulatoria (art. 18).

- Los derechos civiles de los extranjeros a ejercer industria, comercio y profesión; a poseer bienes raíces; a la navegación; a testar y casarse conforme con nuestras leyes (art. 20).

- El derecho de propiedad (art. 17).

- La libre circulación territorial exenta de cargas fiscales de bienes, servicios y que alcanza a los buques destinados de una provincia a otra (arts. 9º a 12).

- La entera fe que gozan los actos públicos y procedimientos judiciales en todo el territorio sin barreras jurisdiccionales (art. 7º).

- El derecho a la intimidad y el principio de la legalidad que consagra el art. 19; amén de ellos, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados (art. 18).

- Finalmente, y con la intención de recordar los principales, el derecho básico de igualdad ante la ley (art. 16).

Nuestra Constitución es del tipo de constitución escrita y rígida, que consagra expresamente el principio de supremacía constitucional (art. 31). La norma constitucional está ubicada en la cúspide o en el vértice del orden jurídico. A ningún acto o norma que infrinja la Constitución se les puede reconocer valor, en cuanto son inconstitucionales. Como es sabido, en nuestro derecho el control de constitucionalidad es jurisdiccional, pues compete a la administración de justicia y es difuso. Vale decir que el texto de la Constitución de 1853 ya contenía los ingredientes básicos en virtud de los cuales se habla de un Derecho Constitucional Privado en las constituciones europeas. La reforma del año 1994

ha venido a ampliar el ámbito de normas constitucionales que guardan atinencia directa con instituciones del derecho privado.

I.3. El derecho de libertad de contratar

Como un necesario corolario de la existencia explícita de los derechos de trabajar, ejercer toda industria lícita y comerciar, entre otros, se reputa un derecho implícito protegido por la Constitución Nacional el de la libertad de contratar, que se integra con la doble manifestación que conforma el principio de autonomía: la libertad de decidir la celebración de un contrato y elegir la persona con quien celebrarlo, amén de la libertad de determinar su contenido.

I.4. La noción constitucional de propiedad. Su vinculación con el contrato

La Corte Suprema de Justicia ha entendido que la noción de propiedad protegida por la Constitución es comprensiva de todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, por lo que abarca todos los derechos patrimoniales sobre bienes de interés económico. Por ende, los derechos y obligaciones derivados de un contrato integran el contenido del derecho de propiedad amparados por la inviolabilidad que el precepto constitucional consagra. En este sentido, el Código Civil y Comercial ha considerado oportuno reiterar este principio en el art. 965 que prescribe: “Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante”.

I.5. Limitación de los derechos. Las leyes de emergencia

Por supuesto que, como ha sido expuesto, todos estos derechos están sujetos a limitaciones que se han ido multiplicando en el decurso del tiempo. Desde el punto de vista constitucional, corresponde juzgar cuando estas restricciones son razonables o cuando entrañan la desnaturalización o aniquilamiento de garantías o derechos amparados por la Carta Magna, tornándose objetables por tal motivo. Un capítulo importante en este control constitucional, gira en torno de diversas leyes de emergencia que han repercutido sobre derechos y obligaciones de contratos en curso de ejecución ya sea prorrogando contratos de locación y congelando el precio pactado, reduciendo tasas de interés, prorrogando el plazo del pago de deudas hipotecarias; convirtiendo depósitos bancarios en títulos públicos o bien reestructurando obligaciones pactadas en dólares o moneda extranjera, entre los principales supuestos. La jurisprudencia en esta materia revela una constante orientación a reconocer la legitimidad de tales restricciones que afectaron a contratos, bajo la

invocación de la emergencia, tendencia que ha desembocado continuamente en la desestimación de los planteos de inconstitucionalidad.

1.6. La reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional del año 1994 ha venido a reforzar y ampliar el ámbito de disposiciones constitucionales que tienen relación directa con el derecho privado. Resulta claro, ante todo, la Constitución tiende a garantizar a la persona humana una esfera de libertad lo suficientemente amplia como para que pueda desarrollar su personalidad. En el ordenamiento de cuño liberal y democrático la dignidad del hombre es el valor superior. Ello supone que el ser humano debe gozar del carácter de persona en el ámbito jurídico. Se trata de una particular concepción del ser humano al cual le es connatural la calidad de persona por un elemental sentido ético, en cuanto lo considera un valor en sí mismo y no un medio para los fines de otro ⁽²⁾. Este es un punto de partida ineludible para conferir a la persona humana esa peculiar dignidad. Tal principio estaba consagrado de modo categórico en los arts. 51 y 53 del Cód. Civil. Está, asimismo, contenido en el art. 22 del Cód. Civ. y Com. A nivel constitucional, a su vez, está explícitamente enunciado en el Pacto de San José de Costa Rica (arts. 1º y 3º), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 16) y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 3º), al prescribirse que todo ser humano, en todas partes, tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Ser humano y personalidad jurídica, por ende, son nociones inseparables. Por ello, el derecho positivo no le atribuye la personalidad al ser humano, sino que se limita a reconocerla como algo inmanente a su calidad de tal.

1.7. El derecho de la dignidad del ser humano. La constitucionalización de los tratados de derechos humanos

Los derechos personalísimos del ser humano integran un elenco que se suele denominar derecho de la dignidad. La Constitución parte de este reconocimiento de la dignidad de la persona humana, como fundamento del ordenamiento de todo el sistema institucional, pudiendo sostenerse que nuestra Ley Suprema está imbuida de un sustrato filosófico iuspersonalista ⁽³⁾. Se mantiene intacta la declaración de derechos prevista en la Constitución de 1853. Fue ampliada en la

(2) LARENZ, Karl, Derecho Civil., Parte General, Revista de Derecho Privado, Madrid 1978

(3) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, La teoría jurídica de los derechos fundamentales, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 13, N.º 39, sept.-dic. 1993, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid

reforma de 1957 que incorporó algunas manifestaciones del denominado constitucionalismo social. Finalmente, esa parte dogmática se ha visto enriquecida por la reforma de 1994, que confirió jerarquía constitucional a los once instrumentos internacionales enumerados en el inc. 22 del art. 75, amén de los tratados y convenciones de los derechos humanos que luego de ser aprobados por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara se les asigne tal jerarquía. Esto es, el sistema de derechos ha pasado a tener una doble fuente, pues a la interna se le suma la internacional. No es esta la oportunidad para hacer una revisión de ese elenco de derechos básicos. Por ahora, resta agregar que la reforma constitucional de 1994, a la tutela de los derechos civiles y políticos, cuyo valor guía es la libertad, denominados derechos de primera generación y a la protección a los derechos sociales que conforman el constitucionalismo social, cuyo valor guía es la igualdad, conocidos como derechos de segunda generación, sumó la tutela de los derechos denominados de tercera generación, que constituyen una respuesta de la sociedad y del orden jurídico a los problemas ocasionados por la revolución industrial y el avance de la tecnología. Se trata, entre los principales objetivos, de impedir que se degrade la calidad de vida y del medio ambiente; de poner a resguardo a la privacidad contra las agresiones de la tecnología y de garantizar el correcto desenvolvimiento de la competencia y del consumo. Estos derechos de tercera generación tienen como valor guía a la solidaridad y como rasgo, que suele ser peculiar, una dimensión colectiva o supra-individual que los ubica dentro de la categoría que la reforma constitucional denomina derechos de incidencia colectiva.

En ese orden de ideas, el art. 42 de la CN incorporado por la reforma de 1994, plegándose a antecedentes del derecho comparado ⁽⁴⁾, impone un mandato a los poderes públicos, para que dicten una legislación destinada a la defensa de los consumidores y usuarios, en salvaguarda de los derechos y principios que consagra, los cuales constituyen las bases sobre la que debe apoyarse dicha normativa. Las operaciones de consumo son fundamentalmente contratos. Cumpliendo con el mandato constitucional, el legislador ha instituido un régimen legal de defensa del consumidor que configura un capítulo de marcada trascendencia en la disciplina contractual, cuyo tratamiento exige un análisis orgánico y específico.

(4) Cabe mencionar, a título de ejemplo, la Constitución de Portugal (art. 81), la Constitución de Perú (art. 110), la Constitución de Brasil en sus disposiciones transitorias y la Constitución de España (art. 51).

1.8. La aplicabilidad de los derechos constitucionales a las relaciones privadas. La *drittwirkung*

Las normas constitucionales fijan lindes a los cuales debe ajustarse la legislación y los actos del poder público. Cuando tales confines son excedidos o se los transgrede, se incurre en la reprobación que entraña la inconstitucionalidad. Esta se manifiesta, primaria y tradicionalmente, en las relaciones entre el estado y los individuos, quienes son tutelados por los derechos que la Constitución les confiere, para protegerlos frente a la indebida injerencia del poder público. Se trata relaciones entre individuos y el estado que se desenvuelven en un plano vertical. En virtud de las garantías constitucionales, aquellos pueden hacer valer derechos públicos subjetivos que le competen a la persona humana, frente a los excesos del poder público. Se ha discutido, sin embargo, si esos derechos o principios constitucionales son aplicables a las relaciones privadas, lo que significa plantear la cuestión de su eficacia horizontal en las relaciones civiles y desentrañar en qué medida esos derechos fundamentales pueden constituir un límite a la autonomía privada o la libertad de actuación de los particulares.

El tema se debatió en la Alemania de la posguerra bajo la denominación de *drittwirkung*, de difundida utilización en el derecho constitucional cuando se lo aborda, extendiéndose la controversia a determinar si esa eficacia horizontal de los derechos fundamentales es directa o indirecta ⁽⁵⁾. Particularmente ella fue considerada en una célebre sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso “Lüth”, del 15 de enero de 1958. Versaba sobre una carta abierta publicada por el demandado, en la cual hacía un llamamiento público para que no se asistiera a las películas que dirigía Veit Hartman, porque había sido un prominente realizador de filmes nazis, especialmente el denominado “El judío Süß”,

(5) ALEXY, Robert, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, num. 11, enero-junio 2009, p. 3-14, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>; HESSE, Konrad, Derecho constitucional y derecho privado, Civitas, Madrid 1995; BILBAO UBILLOS, Juan María, La eficacia de derechos fundamentales frente a particulares, Centro de Estudios Políticos, Madrid 1997; SARASÁ JIMENA, Rafael, Jueces, derechos fundamentales, y relaciones entre particulares. Universidad de La Rioja, Biblioteca Universitaria, Logroño 2.008; VENEGAS GRAU, María, Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en el derecho privado y el principio de autonomía. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2.004; ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción y estudio introductorio de Pulido, Carlos Vernal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2a. Ed., Madrid 2.012; KEMELMAJEER DE CARLUCCI, Aída, Constitucionalización del derecho privado de las personas, en Cuestiones modernas de Derecho Civil, Advocatus, Córdoba 2.011, ps. 37 y ss.

destacado entre las películas de propaganda antisemita. El Tribunal de 1ª Instancia condenó al demandado a cesar en ese boicot, fundando su decisión en el § 826 del BGB que prohíbe causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres. Hartman había superado el proceso de *desnazificación* y había sido absuelto en una causa penal por su participación en la película “El judío Süß”. Por lo tanto, se consideró que el boicot atentaba contra las convicciones democráticas del pueblo alemán y ordenó dicho cese. Promovido el amparo ante el Tribunal Constitucional, este consideró, como lo señala Alexy que la cuestión no podía ser resuelta mediante dos subsunciones aisladas, sino mediante la ponderación de los dos principios en conflicto, uno, la libertad de expresión y otro, el contenido en el § 826 del BGB. Decidió que el primero tenía más peso que el segundo en la situación generada, por lo que dejó sin efecto la decisión del Tribunal de 1ª Instancia y le dio la razón al demandado.

Los partidarios de la *drittwirkung* directa piensan que las normas que consagran los derechos fundamentales son operativas y deben aplicarse directamente a las relaciones privadas, con independencia de la reglamentación establecida en el ordenamiento jurídico privado⁽⁶⁾. A su vez, los defensores de la *drittwirkung* indirecta propugnan que el sistema de derechos fundamentales influye en la reglamentación del derecho privado que debe ajustarse a sus lineamientos. Opera cuando en un caso concreto, consultada dicha reglamentación, mediante el auxilio que brindan las cláusulas generales, impregnadas de los valores constitucionales que deben resguardarse, es dable impedir que se quiebre dicho sistema. Esta última tesis es que se impuso en el mencionado caso “Lüth”.

I.9. Nuestro derecho

Las conclusiones que predominan al respecto son aplicables en nuestro derecho. Sin duda, en primer lugar, los derechos fundamentales, tienen por objeto asegurar la esfera de libertad de los particulares frente a intervención del poder público. No obstante, es igualmente cierto que la

(6) Fue la tesis de defendida por NIPPERDEY, Hans Karl, quien enunció la concepción tradicional de la *drittwirkung* concebida como la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas. NIPPERDEY, Hans Karl presidió el Tribunal federal laboral en Alemania. Y su opinión se fundaba en las transformaciones operadas por la existencia de un estado social que determinaba la necesidad de tutelar al individuo no sólo frente a las intrusiones indebidas del estado sino frente a las susceptibles de ser producidas por nuevos grupos de poder como las asociaciones y grandes empresas, para resguardar el mandato de igualdad. En este orden de ideas, entre otros ejemplos, la prescripción constitucional que establecía la igualdad entre hombres y mujeres debía ser directamente aplicada para reconocer la igualdad salarial entre hombres y mujeres frente a igual rendimiento laboral

Constitución, al consagrarlos, ha instituido un orden objetivo de valores que se proyecta en todo el ordenamiento jurídico. Este sistema de valores que gira en torno del libre desarrollo de la personalidad humana y de la tutela de su dignidad en la comunidad social, debe regir en todos los ámbitos del derecho como directrices a que debe ajustarse la legislación, la administración y la jurisdicción. De esta manera, influye en el derecho privado: ninguna de sus disposiciones debe estar en contradicción con dicho sistema; todas ellas deben interpretarse conforme con su espíritu. Para la concreción de esta influencia en el derecho civil, desempeñan un papel trascendente las cláusulas generales, la buena fe y el orden público, en cuanto pueden ser canales de irrupción o de penetración de los derechos fundamentales en el derecho civil. Es oportuno recordar que según lo prescripto por el art. 14 de la Constitución Nacional, todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos que establece, “conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”. El legislador en ejercicio de sus atribuciones lleva a cabo esa reglamentación. Los casos que encuadren dentro de tales previsiones de ser resueltos previo su examen. Serán las singularidades de dichos casos concretos los que determinarán la medida en que pueden estar comprometidos, en definitiva, reglas o principios constitucionales.

Cabe agregar que la vigencia del sistema de derechos humanos fundamentales está resguardada no solo contra los ataques provenientes de la autoridad, sino, inclusive, contra actos de otros sujetos, dotados a veces de gran poderío material o económico que representan una nueva fuente de amenazas para tales derechos. Así lo ha señalado la Corte Suprema en los considerandos del voto de la mayoría en el recordado caso “Samuel Kot” (7).

(7) CS 8/758 Se expresa en este fallo: Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada —que es, desde luego, la del habeas corpus y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.— por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos. Estima, asimismo, el voto de la mayoría Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acu-

I.10. Las normas constitucionales. Reglas y principios

Se ha dicho con acierto que todas estas disposiciones constitucionales que consagran los derechos fundamentales son normas en cuanto ellas establecen lo que es debido. Empero, atendiendo a su estructura las normas pueden configurar reglas o principios ⁽⁸⁾.

Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo que es fáctica y jurídicamente posible y traducen la alternativa de que solo pueden ser cumplidas o no observadas. En cambio, los principios son mandatos de optimización, en cuanto se caracterizan porque deben cumplirse en diferente grado, según las posibilidades fácticas y jurídicas determinadas por la existencia de principios y reglas opuestos. La distinción se clarifica cuando se hace referencia al conflicto de reglas y a las colisiones de principios. Los conflictos entre reglas se solucionan cuando resulta factible considerar a una como excepción de lo prescripto por la otra o, en su caso, reputando a una de ellas inválida.

A su vez, las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera diferente. Cuando dos principios entran en colisión uno de ellos debe ceder frente al otro, pero eso no significa pensar que el principio desplazado pueda ser considerado inválido o que configure una excepción. Más bien lo que ocurre es que, atendiendo a las circunstancias, corresponde asignarle a uno de los principios mayor peso que al otro y reputar que precede a este o prevalece sobre él. Y este objetivo se logra mediante un juicio de ponderación que integra criterio de proporcionalidad: cuanto mayor sea el grado de falta de satisfacción o de la afectación de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro con el que está confrontado ⁽⁹⁾.

mulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una nueva fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales.

(8) ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. y estudio introductorio de Carlos Vernal Pulido, 2ª. Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2012, ps. 63 y sgtes.

(9) ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ps.138 y ss., ps. 520 y s.s.; PULIDO, Carlos Vernal, *Estudio introductorio a la obra citada*, ps. XXXVIII y ss.; CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba, Bs. As. 2009: En los casos de conflictos de derechos o intereses legítimos, la proporcionalidad tiende a impedir que se sacrifique inútilmente uno de ellos, en forma desequilibrada. Atiene, en primer lugar, a la facultad del legislador de regular legalmente los derechos fundamentales. Constituye una herramienta para que los jueces puedan decidir, en los casos concretos cuando, según las circun-

La colisión de reglas tiene lugar en la dimensión de la validez. La colisión de principios se desenvuelve en la dimensión del peso ⁽¹⁰⁾.

Desde un punto de vista metodológico, los referidos conflictos se resuelven a través de procedimientos diferentes: Cuando se trata de reglas, mediane el método tradicional de la subsunción. En lo concerniente a los conflictos de principios, a través de la vía de la ponderación.

1.11. Ejemplo de una colisión de principios

Es frecuente en nuestro derecho encontrar antecedentes relacionados con colisiones de principios. Para dar algún ejemplo, teniendo en cuenta el antecedente señalado, cabe hacer una breve referencia al principio de libertad de expresión, esto es, a la facultad que tienen las personas de manifestar el pensamiento. La consagración de este principio se desprende del art. 14 de la Constitución Nacional el cual establece que todos los habitantes tienen el derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa y del art. 32, el cual añade que el Congreso no

stancias, se ha producido la vulneración de un derecho fundamental que debe ser protegido. Configura la versión europea de lo que, en el derecho norteamericano o anglosajón, con influencia en el nuestro, se denomina el juicio o test de razonabilidad. La constitucionalidad de una medida restrictiva de un derecho fundamental se determina por el juicio de proporcionalidad que exige la observancia de tres requisitos o subprincipios: a) Que dicha medida represente un medido adecuado para la consecución de un fin propuesto (juicio de idoneidad). b) Es necesario, además, que no exista otra medida más moderada, de igual eficacia, para la obtención de dicho fin (juicio de necesidad). c) Finalmente, debe considerarse si la restricción es equilibrada o ponderada por derivarse de ella más beneficios para el interés o principio que debe tutelarse, que perjuicios sobre los otros intereses, derechos o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Con el juicio de proporcionalidad se persigue dar pautas para orientar a los jueces en la ponderación que deben llevar cabo para resolver estos conflictos de derecho e intereses y ajustarla a un principio elemental de racionalidad. Empero, tanto el juicio de proporcionalidad como el test de razonabilidad, no pueden escapar al sino propio de ciertos principios genéricos acuñados en el ordenamiento jurídico para resolver cuestiones trascendentes y que no pueden eludir su enunciación con una imprecisión relativa, dejando abierto un amplio margen para la discreción judicial. Están destinados a irse concretando y enriqueciendo a través de su aplicación efectiva.

(10) Un antecedente de ese enfoque de Alexy se encuentra se encuentra en DWORKING, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona 1984 (ps. 72 y sgtes). Trata el autor la distinción entre normas y principios directrices. Expresa, en esencia, que las normas son aplicables a la manera disyuntiva, estos, se aplican si se dan los hechos que prevén. Por su parte, los principios enuncian una razón que discurre en una sola dirección y tienen una dimensión que falta las normas: la del peso o la importancia (p. 77).

dictará leyes que restrinjan la libertad de prensa ni leyes que establezcan sobre ella la jurisdicción federal. A su vez, el inc. 19 de art. 75 de la Constitución asegura la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales. El art. 14, según se ha indicado, para garantizar la libertad de prensa que consagra proscribela censura previa; el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica, coincidentemente, prescribe que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino, agrega, a responsabilidades ulteriores. En el ejercicio de ese derecho puede generarse una colisión de principios entre dicha libertad expresión, por un lado, y el honor, la reputación, la privacidad y la intimidad de terceros comprometidos, susceptibles de resultar afectados y generar responsabilidad del autor. La solución de esta colisión de principios requiere un juicio de ponderación, para determinar en los casos concretos cuál es el de mayor peso que debe tutelarse.

En la búsqueda de un equilibrio razonable en dicho conflicto, sentencias de la Corte Suprema como *Patitó c/ Diario la Razón*, del 24 de junio de 2008 ⁽¹¹⁾, *Vago c/Ediciones La urraca*, del 10 de marzo de 1992 ⁽¹²⁾, acogieron la doctrina de la real malicia sustentada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, especialmente, en los casos *New York v. Sullivan*, de 1964 y *Gertz v. Welch*, de 1974. Cuando se trata de funcionarios públicos o de personas de actuación pública, las noticias cuya verdad no haya sido acreditada, los que se sientan afectados para fundar su reclamo resarcitorio deben demostrar que quien las emitió, obro con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por la verdad.

En el caso *Campillay c/ La Razón*, la Corte el 15 de mayo de 1986 ⁽¹³⁾ admitió el reclamo resarcitorio de quien se había visto erróneamente envuelto en un acontecimiento policial del que resultó sobreseído La noticia en cuestión se basó en el simple informe policial y no se cumplieron con los resguardos que hubieren permitido evitar el daño. Entre ellos, se hace mención: la indicación de la fuente, el empleo del tiempo verbal en potencial; y dejar reservada la identidad del implicado.

En cuanto a la aplicación de la doctrina de la real malicia, ella concierne a las cuestiones fácticas, esto es, a los hechos, los que deben distinguirse de las meras opiniones. Las afirmaciones falsas de la existencia

(11) Fallos 331:1530.

(12) Fallos 314:1537.

(13) Fallos 308:789.

de ciertos hechos formuladas con dolo, o las erróneas, manifestadas con desconsideración temeraria, son las que se descalifican: También cabe incluir en dicha descalificación a las intrusiones arbitrarias e injustificadas en la privacidad de una persona de prestigio público. Es lo que se resolvió en el caso Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida, en el año 1981 ⁽¹⁴⁾. El Dr. Ricardo Balbín era una persona célebre, de gran notoriedad, que según consta en los fundamentos de la sentencia, siempre había obrado con discreción resguardando su privacidad. Carecía pues de toda justificación la violación que se había hecho de esa esfera que le era propia, al publicarse en la revista "Gente" fotografías tomadas subrepticiamente en la terapia intensiva de un establecimiento sanitario, un día antes de su muerte. Más que atraer la atención del público, provocaban un natural sentimiento de rechazo.

En ciertos casos la cuestión se presta a la duda. Tal ocurrió con la sentencia de la Corte Suprema que confirmó la dictada por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por el presidente Carlos Saúl Menem c/ Editorial Perfil, Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, cuestionando las publicaciones sobre la existencia de un presunto hijo extramatrimonial no reconocido por el presidente, lo que había lesionado, en forma ilegítima, su derecho a la intimidad ⁽¹⁵⁾.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 25 de setiembre de 2001 dictada en los autos Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, revocó la citada sentencia de la Corte por entender que no había existido injerencia abusiva o arbitraria en la vida privada del presidente Menem ya que las publicaciones mencionadas versaban sobre hechos de interés público y constituían el legítimo ejercicio del derecho de libertad de expresión. Por lo tanto, comunicó que dicha sentencia desconocía el derecho de libertad de expresión consagrado por la Convención Americana sobre derechos humanos (art. 13) y que el Estado argentino debía dejar sin efecto la condena en todos sus extremos, amén de publicar dicha decisión en el Boletín Judicial, en un diario de amplia circulación nacional y en la página del Centro de Información Judicial. Con fecha 14 de febrero de 2017, la Corte en el acuerdo de esa fecha, desestimó el pedido en tal sentido de la Procuradora General de la Nación, en cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene la facultad de revocar sentencias del Máximo Tribunal argentino. Ante la insistencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de

(14) Fallos 306:1892.

(15) Fallos: 324:2895.

que la orden de dejar sin efectos una condena debía cumplirse de oficio por el Estado argentino, la Corte Suprema, revisando su anterior postura, en una decisión del 5 de diciembre de 2017, se avino a acatar una de las medidas dispuestas por sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fontevecchia y D'Amico v. Argentina* y ordenó incorporar a su fallo original la siguiente leyenda: “Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Interamericana de Derechos humanos por la Corte Interamericana” .

I.12. La libertad y la igualdad

La igualdad junto a la libertad son los dos principios básicos de protección de los derechos fundamentales. Bien se ha dicho que mientras la libertad es una cualidad, una propiedad, un estado, la igualdad entraña una relación que puede integrarse con los más diversos contenidos. De este modo, si se dice que una persona es libre, la proposición está dotada de sentido. Por el contrario, si se expresa que una persona es igual, la proposición no tiene sentido si no se la completa con la referencia igual a quién y respecto de qué. Por lo tanto, para determinar si el trato dado a una persona es igual hay que necesariamente precisar respecto de qué y de quién ⁽¹⁶⁾.

A su vez, estos dos principios libertad e igualdad, que constituyen los pilares centrales del sistema de tutela de los derechos fundamentales, tienen una relación que si bien algunos piensan es de complementación recíproca, la más de las veces se manifiesta en un estado de tensión.

Con respecto al principio de igualdad, se ha anticipado que en su versión tradicional se presenta como una igualdad ante la ley, según lo que consagra el art. 16 de la CN, tiene como corolario la prohibición de discriminar, reafirmado en la reforma constitucional del año 1994 cuando en el art. 43 admite la posibilidad de interponer la acción de amparo “contra cualquier forma de discriminación”. Asimismo, como bien se ha señalado, la igualdad dejó de ser un punto de partida para transformarse en una aspiración del orden jurídico y no puede dejar de tener en cuenta las situaciones de asimetrías o disparidad real que solo pueden ser superadas mediante el equilibrio derivado de la tutela al más débil. La reforma constitucional de 1994 introduce formulaciones que constituyen la expresión del constitucionalismo social y tienden a resguardar la igualdad “mediante la ley” (v. gr. arts. 37 y 75, incs. 17,19 y 23). En especial, el inciso 23 del art. 75 citado, en el tenor introducido por la reforma de 1994,

(16) BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*. Introducción de Gregorio Peces Barba, Ediciones Paidós, Barcelona 1993, ps. 53/55..

dispone que corresponde al Congreso: “Legislar promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato”. Entre tales acciones positivas se mencionan, primordialmente, las medidas de discriminación inversa, que son aquellas que significan otorgar un trato preferencial a ciertos grupos que puedan encontrarse en situación de inferioridad, para intentar equipararlos sustancialmente a otros grupos, sociales, tornando realidad a la igualdad perseguida.

I.13. La igualdad en las normas generales

Las normas generales que dicta la autoridad y que confieren beneficios a determinadas personas, entrañan una desigualdad respecto de los no incluidos en el acceso a tales beneficios. Es doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia, que el art. 16 no impone una rígida igualdad. Se reconoce al poder legislativo una amplia potestad para ordenar y agrupar diferentes categorías, siempre que las diferentes clasificaciones y distinciones se basen en criterios razonables. Las únicas desigualdades, impugnables en este plano constitucional, son aquellas discriminaciones arbitrarias, por estar desprovistas de toda razonabilidad ⁽¹⁷⁾.

(17) La jurisprudencia brinda ejemplos que son ilustrativos sobre el particular. Para traer a colación algunos, respecto de la nacionalidad, pueden mencionarse los siguientes casos Repetto Inés María c/ Provincia de Buenos Aires, en que en la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de un artículo del Reglamento General de Escuela de la Provincia de Buenos Aires que imponía el requisito de de la nacionalidad argentina, nativa o adquirida por vía de opción o naturalización para ejercer la docencia en la actividad privada (LL 1989-B 1931). En Calvo y Pesini c/ Provincia de Córdoba la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 15, inc. a de la ley provincial N.º 7626 que impedía el ingreso al régimen de personal de salud humana a quienes no cumplen con el requisito de ser argentino CS, 1998, Fallos 3121:194). En el conocido caso Hooft c/ Provincia de Buenos Aires, la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que requiere para ser juez de cámara, ser ciudadano argentino o hijo de ciudadano argentino nacido en el extranjero, excluyendo, por tanto, a los ciudadanos naturalizados. También La Corte declaró la inconstitucionalidad del requisito de tener nacionalidad argentina para presentarse al concurso convocado a los fines de cubrir el cargo de auxiliar en la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Mantecón Valdez (CS, Fallos 331:1715). Se ha sostenido en esos casos por parte de los vocales que la distinción entre ciudadanos y extranjeros siempre conlleva una presunción de inconstitucionalidad que exige un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad y que sólo puede ser neutralizada por la prueba a cargo de la demandada sobre los fines que pueden justificar la distinción y la idoneidad de los medios utilizados a tal efecto. Sobre la base de este estándar de control la Corte Suprema declaró la constitucionalidad del requisito de la nacionalidad argentina para concursar el cargo de secretario de primera instancia en la ciudad de Buenos Aires en el caso Gottschau (CS, 2.006, Fallos 327: 5118)

I.14. La autonomía y la igualdad

En lo atinente a las relaciones privadas, la situación de tensión que existe entre los dos principios mencionados, la libertad y la igualdad, se ha manifestado en situaciones que pueden configurar un límite al principio de libertad de contratar, cuando es susceptible de asumir un carácter discriminatorio. No debe perderse de vista que en nuestro derecho positivo la ley 23.592 prohíbe impedir, obstruir, restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional. Se comprenden en la prohibición los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. Tal discriminación puede resultar fácilmente identificable en los supuestos que la propia ley prevé. En el campo de otras relaciones privadas desentreladas entre los interesados, no está exento de dificultad precisar los supuestos en que cabe individualizar la existencia de discriminación. Debe resolverse un conflicto de principios: el de la libertad de contratar de quien se le atribuye la discriminación y el derecho de igualdad conculcado de quien es víctima de ella. Tiene que hacérselo con la debida ponderación que siempre deja un margen librado a la subjetividad. Por otro lado, puede existir alguna dificultad en apreciar cómo debe exteriorizarse dicha discriminación: si debe ser el resultado de algún ánimo especial y, principalmente, cuáles son las posibles consecuencias.

I.15. Un caso discutible

La jurisprudencia registra antecedentes en que se impugnó la realización de prácticas discriminatorias que se prestan a la discusión. Uno se vincula con la selección de personal. Se trata del fallo dictado en los autos "Fundación mujeres en igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/ amparo", Sala H CNCiv, del 16/12/2.002. La actora promueve una acción de amparo en contra de la empresa Freddo S.A., por la realización de prácticas discriminatorias en la selección de personal. Considera que la discriminación no se encuentra en la norma sino los hechos, por la conducta desplegada por la demandada al preferir la contratación de empleados del sexo masculino, en una proporción tan considerable, que la torna irrazonable, al margen de la discrecionalidad que cabe reconocerle al empleador en la selección de su personal, máxime si se tiene presente, que quienes se hallan excluidas pertenecen grupos que tradicionalmente se encuentran en situación de desventaja. Concluye el fallo, que al haberse acreditado la discriminación y al no haber la demandada justificado con argumentos razonables su conducta, corresponde revocar la sentencia

apelada y hacer lugar al amparo. Se condena a Freddo S.A. a que en el futuro sólo contratar personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida. A tal fin deberá presentar a la actora un informe anual y deberá permitirle el acceso a la información. En caso de no cumplir lo dispuesto será sancionado con las multas que, previa audiencia de partes, se fijarán en la etapa de ejecución. El examen del fallo evidencia que se han contemplado dos cuestiones distintas como si se identificaran y constituyeran una sola. En primer lugar, la existencia de discriminación en el ejercicio del derecho de libertad de contratar. Al considerar que existió discriminación, la consecuencia es la segunda cuestión, pues se la hace consistir en ordenar la acción positiva de discriminación inversa, brindando un trato preferencial a las personas discriminadas por entender que forman parte de un grupo tradicionalmente relegado, como si tal remedio fuera una consecuencia natural e inseparable de la discriminación y quedase librado a la discreción del juzgador. Los antecedentes que tiene en cuenta el fallo como fundamento de su decisión final se relacionan primordialmente con supuestos en que se juzga la constitucionalidad de actos del poder público que pueden vulnerar el principio de igualdad, tal el citado caso Repetto, por ejemplo. Mientras como punto de partida la actividad del estado está reglada, la de los particulares se desenvuelve en el plano de la libertad. Ello no significa que la reprobación de la discriminación no los alcance y pueda constituir un límite para el ejercicio de su derecho, lo que resulta más evidente si tiene en cuenta lo dispuesto por la ley 23.592 y el art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo, normas que hunden sus raíces en el art. 16 de la Constitución Nacional. La solución en tales casos puede consistir en hacer cesar la discriminación y autorizar el resarcimiento de los daños que puede haber producido a los afectados por ella, conforme con lo que establece la ley citada. En el caso analizado, admitida la existencia de discriminación hubiera correspondido condenar a la empresa a proponer ofrecimientos de empleos, sin exclusiones fundadas en el sexo, asegurando la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres, que pudieren tener interés. Si en la selección que finalmente lleva a cabo la empresa, ésta no utilizare un criterio neutro y postergara a las mujeres interesadas por el mero de ser tales, las perjudicadas tendrían derecho al reclamo resarcitorio. Empero, el fallo comentado va más allá, al poner en funcionamiento el mecanismo propio de la discriminación inversa. El análisis de las disposiciones que invoca, concernientes al caso examinado, demuestra en forma clara que tales medidas destinadas a asegurar la igualdad entre el hombre y la mujer revisten un carácter excepcional y temporario e, indiscutiblemente, es de competencia del legislador su adopción y mantenimiento. Tal es lo que se desprende del inc. 23 del art. 75 de la Constitución Nacional y del art. 4° de la Convención sobre la

eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Es el legislador, si las circunstancias así lo requieren, el que razonablemente tiene la potestad de fijar cuotas destinados a personas del sexo femenino en la contratación de empleos que ciertas empresas lleven a cabo para el desarrollo de su actividad, teniendo en cuenta la naturaleza de éstas, su dimensión y demás circunstancias. Empero, dicha fijación no constituye una facultad del juez. La autoridad judicial puede vedar el ejercicio abusivo de la libertad de contratar cuando sea dable reputarlo discriminatorio. Pero no tiene atribución para condenar a una empresa a que dé un trato preferencial a personas del sexo femenino en la contratación del empleo para que se mantenga indefinidamente una proporción razonable —que ni siquiera se menciona cuál sería— entre hombres y mujeres, en aras de evitar abstractamente una discriminación indirecta, según los términos que el fallo emplea. Al proceder de tal modo, es dable pensar que el juzgador se atribuye facultades que son propias del legislador y quebranta principios constitucionales básicos de nuestra organización institucional.

I.16. Otro caso discutible

Se vincula con el quiebre de la negociación de un contrato de locación por la locadora en virtud de que la oferta provenía de personas que profesaban la fe judía. Se trata del caso *Hertzriken, Luciano y otro c/ Sanfuentes Fernández, Magdalena* (CNCiv., Sala J, Bs. As., 1/10/06⁽¹⁸⁾). El caso analizado según, considera el fallo gira en torno al “desistimiento de locar” por parte de la demandada una unidad determinada en virtud de que la oferta realizada provenía de personas que profesaban la fe judía. Más apropiadamente puede señalarse que versó sobre el fracaso de unas negociaciones que tenían por objeto la celebración de un contrato de locación sobre un inmueble. Tales negociaciones consistieron en una oferta que formularon los actores, dirigida a la demandada, mediante la suscripción de una reserva. Técnicamente es impropio hablar que ante esa oferta la demandada “desistió de locar”. Lo que hizo, en definitiva, fue rechazar la oferta formulada por la otra parte. La razón que tuvo, dada confidencialmente a la intermediaria, a título de justificación, fue que no quería arrendar el inmueble a personas de religión judía, porque tenía miedo, ante la situación generada por el derrumbe de las torres gemelas el 11 de setiembre, de atentados o bombas que afectarían su inmueble. Más allá del problema si existió o no discriminación, según se desprende de los considerandos del fallo, se reputa acreditado

(18) Puede consultarse este caso en ROSSETTI, Andrés, *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos*, Andrés ROSSETTI y ÁLVAREZ, Magdalena I, Coordinadores, Avocatus, Córdoba 2010, p. 16.

que la demandada *después de comprometerse a firmar el contrato* no podía volverse atrás y retractarse por ser demasiado tarde. Dicho en otras palabras: Se habían tratado los elementos esenciales del contrato. Como ocurre ordinariamente en estas hipótesis de corretaje inmobiliario, la oferta que el intermediario induce a formular a una de las partes está estructurada sobre base de las aspiraciones del destinatario ella. Se generó innecesariamente una confianza en la conclusión del contrato para uno de los actores que se frustró ante la ruptura injustificada de la negociación. Configura esta situación, un claro supuesto de la posible existencia de responsabilidad precontractual. No obsta a esta conclusión el hecho de la intervención de un intermediario en la negociación, máxime cuando éste se ajustó a las instrucciones de los interesados. Aún más, si fuere dable dar por acreditado que la demandada comunicó al corredor la aceptación de la oferta, el contrato hubiese quedado concluido, sin posibilidad de ningún arrepentimiento posterior, según lo dispuesto por el art. 213 del Código de Comercio. El derecho de libertad de contratar de los particulares cuando quieran y con quien quieran, tiene límites, que están dados, primer término, por el principio de buena fe, fundamento de la responsabilidad contractual. Después se van escalonando otros supuestos en que existe un deber de contratar. En este caso hubiera sido aconsejable tener en cuenta la aplicación de la regla primigenia citada, en cuanto resultaba el enfoque más acertado y pertinente para resolver la cuestión. Vale decir, que el régimen establecido por el legislador el cual debía ser examinado con prioridad permitía una solución, inclusive más favorable a los perjudicados que el que podría derivarse de la aplicación directa de preceptos constitucionales.

II. LA CONSTRUCCIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN CONTRACTUAL

II.1. Las fuentes autónomas

Dejando a salvo el principio de supremacía de la Constitución que es propio de nuestro sistema institucional, cabe hacer a referencia a la construcción de la reglamentación contractual. El contrato, como expresión de la autonomía privada, tiene un contenido preceptivo, en cuanto importa la reglamentación de una relación jurídica patrimonial que vincula a las partes. En la construcción de esa reglamentación contractual se impone, en primer término, determinar al sentido de los comportamientos o declaraciones con los cuales los contratantes han exteriorizado su voluntad, porque solo así resulta factible entender correctamente el justo significado y alcance de las reglas que se han dado en ejercicio de su autonomía. Esa tarea denominada interpretación, constituye el paso

previo para la calificación del contrato, esto es, su vinculación con un tipo contractual. Se trata de establecer si el contrato pertenece a un tipo reglamentado, si está o no integrado por elementos de diferentes tipos o bien si no encuadra en ninguno. La calificación, a su vez, permite el ingreso a una tercera etapa en la faena de fijar el régimen del contrato. Ello es así, porque la calificación permite individualizar las normas que pueden concurrir a la construcción del reglamento contractual, cuando el acordado por las partes resulta insuficiente, presenta lagunas o contiene ingredientes vedados por el ordenamiento jurídico.

II.2. La integración

Por ende, el régimen del contrato se deriva de fuentes autónomas, las representadas por la voluntad de las partes, que conforman el acuerdo, y son las que entrañan la médula de la estructura del negocio. La operación en virtud de la cual el reglamento contractual se complementa con la intervención de fuentes heterónomas, se denomina integración del contrato. Empero, es de destacar que la voluntad es una fuente necesaria de la reglamentación contractual. Si no media acuerdo, no existe el contrato. Las fuentes heterónomas son eventuales: al menos teóricamente, es dable concebir una reglamentación contractual, construida por las partes de modo completo, exhaustivo y ajustada a derecho. En este plano, por el contrario, no es concebible un reglamento contractual cuya elaboración sea obra exclusivamente de fuentes heterónomas.

Con la calificación se accede a la última etapa de la determinación del régimen del contrato, que consiste en la construcción del reglamento del negocio con la intervención de fuentes heterónomas, diferentes de la voluntad de los contratantes, procedimiento que recibe en la doctrina de origen predominantemente italiana el nombre de integración ⁽¹⁹⁾.

(19) La integración ha sido así autónomamente definida en el derecho italiano sobre la base de la interpretación del art. 1374 del *Codice Civile*, que dispone: “El contrato no solo obliga a las partes a cuanto está en el mismo expresado, sino también a todas las consecuencias que se derivan según la ley, o ante su falta, según los usos y la equidad”. Originariamente se entendió que dicho precepto era una norma aplicable a los casos en que existía una laguna en el contrato. Pero luego pasó a considerarse un precepto relativo a las fuentes del ordenamiento contractual. Se trata de fuentes diversas de la voluntad de las partes, y que tienen una significación heterónoma. En un ordenamiento que no puede prescindir del elemento social y solidario, la autonomía debe desenvolverse conforme con los valores de fondo en que dicho ordenamiento se inspira. CAPOBIANCO, Ernesto, “La determinazione del regolamento”, en *Trattato del contratto*, Roppo (dir.), 2006, t. II, Giuffré, Mialano 2006, p. 390. Véase, en especial, Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, 1970, p. 3 y siguientes.

III. LA INTEGRACIÓN

III.1. Según sus fines

III.1.a. Integración coactiva

III.1.a.i. Caracterización

La integración se distingue según la finalidad perseguida y los modos a través de los cuales se lleva a cabo ⁽²⁰⁾. Atendiendo a sus fines, la integración puede ser coactiva o supletoria. La primera presupone un tratamiento legal negativo del contenido del contrato y se sobrepone a un acuerdo existente porque es desaprobado por el ordenamiento jurídico. La fuente de esta integración la constituyen las normas imperativas y los principios que marcan los límites de la autonomía contractual, el orden público y las buenas costumbres. La integración coactiva es la antagonista de la autonomía privada. Conforme con el art. 964 del Cód. Civ. y Com., en su inc. a), esta integración representada por las normas indisponibles, a las que cabe agregar los principios que ponen límite a la autonomía, encabeza la nómina de fuentes de la integración.

III.1.a.ii. Efectos

El efecto de la integración coactiva es que el contenido disconforme con el ordenamiento jurídico, aunque se corresponda con la voluntad de las partes, debe ser considerado ilícito, lo que conduce a la invalidez del contrato o al aniquilamiento parcial de la cláusula que padeciere este defecto. En la hipótesis de nulidad del contrato no existe ningún problema de integración, porque no queda en pie ninguna reglamentación contractual que deba ser sustituida o complementada. Diversamente ocurre cuando la nulidad afecta a parte del contenido del contrato. Ese contenido parcial debe excluirse del ámbito del negocio. En ese supuesto pueden plantearse diversas situaciones. Si la norma que ocasiona dicha segregación es meramente prohibitiva, el efecto que produce es que la cláusula vedada debe reputarse como no escrita en el contrato, sin que

(20) ROPPO, Vincenzo, *Il contratto*, Giuffré, Milano, 2001, p. 485 y s.; Capobianco, "La determinazione del regolamento", en *Trattato del contratto*, Roppo (dir.), 2006, t. II, p. 389 y ss.; SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contratti in generale*, 3ª ed., Vallardi, Milano 1977, p. 186, N.º 54; CARRESI, Franco "Il contratto", en *Trattato de diritto civile e commerciale*, Cicu - Messineo (dirs.), Giuffré, Milano 1987, t. II, p. 569, N.º 198 y ss.; SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, *Il contratto*, 3ª ed., 2004, Utet, Torino, t. II, p. 417; RODOTÁ, Stefano, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffré, Milano, 1970, ps.112 y ss.; GALGANO, Francesco, *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova., 2009, t. II, p. 174, N.º 36; Gallo, Paolo, *Il contratto*, G. Giappichelli Editore, Torino, ps. 587 y ss.

sea necesaria su sustitución por otra regla que discipline diversamente el punto indebidamente previsto por la cláusula amputada. Por ejemplo, el art. 1276 del Cód. Civ. y Com. dispone que toda cláusula que dispense o limite la responsabilidad por daños que comprometan la solidez de una obra destinada a larga duración o que la hacen impropia para su destino, se tiene por no escrita. Si una cláusula del contrato de obra estipulara la exclusión de dicha responsabilidad, sería inválida y simplemente correspondería considerarla como no escrita. Ahora bien, la reglamentación contractual restante se mantendría intacta, aunque privada de dicha cláusula y, por tanto, con un significado diferente al que ella entrañaba. La norma prohibitiva, desde este punto de vista, es indirectamente complementaria, en cuanto en lo atinente a esta cuestión, suprimida la cláusula írrita, la regulación definitiva queda conformada con sentido opuesto al precedente: en el ejemplo dado, en el texto del contrato, eliminada la exención, el sujeto obligado debe responder.

Existen otras normas imperativas que son directamente complementarias. No solo importan la cancelación de toda cláusula que las transgreda sino, amén de ello, contienen un mandato que prevé su sustitución automática por un contenido impuesto prefijado. Así, por ejemplo, el art. 1167 del Cód. Civ. y Com. establece que los pactos de retroventa, de reventa y de preferencia en el contrato de compraventa pueden ser convenidos por un plazo que no exceda de cinco años, si se trata de cosas inmuebles, y de dos años si se trata de cosas muebles, contados desde la celebración del contrato. En el párrafo siguiente agrega que, si las partes convienen un plazo mayor, tal término se reduce al máximo legal.

III.1.a.iii. Normas unilateralmente imperativas

Cuando las normas imperativas comprometen el orden público de protección, tienden a resguardar la igualdad de los contratantes mediante la tutela del interés de la parte más débil del contrato. Tales normas se han denominado unilateralmente imperativas, por cuanto, si bien invalidan las cláusulas que vulneren la protección acordada al contratante favorecido, ello no impide que la autonomía pueda prescindir de dichas disposiciones, en cuanto lo convenido importe una mayor ventaja para el contratante al que protegen. Por ejemplo, en los contratos de consumo que tengan por objeto la comercialización de cosas muebles no consumibles, no resulta factible excluir la garantía que establece el art. 11 de la ley 24.240 ni fijarle un término menor al establecido. Empero, pueden pactarse libremente cláusulas de garantía que respeten el régimen legal, por un plazo que supere el mínimo fijado o con condiciones más beneficiosas para el consumidor. En un contrato de locación de inmuebles, no sería válida la cláusula contractual

que, si el locatario resuelve anticipadamente el contrato, conforme con lo previsto por el inc. a) del art. 1221, deberá pagar una indemnización mayor que la fijada por dicho precepto legal. Empero, si es válida la que autoriza al locatario a resolver anticipadamente sin la obligación de pagar indemnización alguna.

En otras situaciones, en los casos de nulidad parcial, la ley autoriza al juez a integrar al contrato, si fuere necesario, como ocurre con el art. 37, último párrafo de la ley 24.240, a cuyo fin se valdrá del régimen regular establecido por las normas dispositivas aplicables a la situación de que se trate.

III.1.b. La integración supletoria

III.1.b.i. Caracterización. Las normas dispositivas

La integración supletoria es la que cubre las lagunas que pueden existir en la regulación que se han dado las partes. Es la segunda fuente de integración enunciada en el inc. b) del art. 964 del Cód. Civ. y Com.. Las normas que prevalecen en materia contractual son dispositivas y tienen por función salvar las omisiones en que pueden incurrir los contratantes. Desde este punto de vista, esta integración supletoria es expresión de que el ordenamiento jurídico no solo reconoce la autonomía privada, sino que, además, la apoya y auxilia para que pueda desenvolverse sin trabas, salvando las lagunas en que incurran los interesados, a fin de que los particulares que hacen uso de ella cumplan sus objetivos. Asimismo, es respetuosa de la voluntad de las partes, a las que se les permite regular libremente los supuestos previstos en este tipo de normas.

III.1.b.ii. La costumbre

Otra fuente de integración supletoria es la costumbre, que está constituida por los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

Se ha hecho referencia a tales usos y prácticas en cuanto tienen trascendencia a los fines de la interpretación del contrato. Cabe señalar que también la revisten en esta fase de la integración, en cuanto las lagunas del contrato pueden ser colmadas con su aplicación.

Así lo establece el inc. c) del art. 964 del Cód. Civ. y Com. que reproduce el art. 1º.8 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT.

III.2. La integración judicial

III.2.a. Distinción de la integración según sus modos. La integración legal y la integración judicial

Cabe recordar que la integración se distingue en coactiva y supletoria teniendo en cuenta sus fines. Corresponde agregar que, en atención a los modos a través de los cuales opera, la integración se diferencia en legal o judicial. En la primera, la fuente de la integración es una norma, prácticas, usos o costumbre preestablecidos *ex ante*. En la integración judicial, la regla que se suma a la reglamentación que se han dado las partes, es determinada *ex post*, por el juez, en base a la autorización que la ley le da en una cláusula general de contenido elástico, dentro del cual puede moverse la apreciación judicial para la precisión de dicha regla integradora.

III.2.b. La equidad. Caracterización

Se mencionan como fuentes de integración judicial a la equidad y a la buena fe ⁽²¹⁾. Se caracteriza tradicionalmente a la equidad como la justicia del caso concreto, fórmula escolástica que intentó compendiar el pensamiento de Aristóteles ⁽²²⁾ en el célebre tratamiento del tema, en la *Ética a Nicómaco* ⁽²³⁾. Según el pensamiento aristotélico la justicia y la equidad no son la misma cosa, ni tampoco cosas diversas por su género. Lo equitativo es justo, más no según la ley, sino que es corrección y suplemento de lo justo legal. La equidad, pues, es algo mejor que la justicia, pero no contrapuesto a ella porque es de su misma especie. La distinción entraña una diferencia metódica entre un desarrollo deductivo del derecho justo derivado de reglas generales y un conocimiento inductivo del derecho justo, según la "naturaleza de la cosa" ⁽²⁴⁾. La imprecisión del término y las dificultades del dilema, han determinado que se haya visto a la equidad, ya sea como un medio de corrección de leyes imper-

(21) En el derecho italiano en donde se ha elaborado la noción de integración, el art. 1374 del *Codice Civile* hace referencia a la equidad y el artículo siguiente, 1375, prescribe que el contrato debe ser cumplido de acuerdo con la buena fe.

(22) FROSSINI, Vittorio, voz "Equità (nozione)", en *Enciclopedia del diritto*, 1966, t. XV, p. 65.

(23) Libro V, Capítulo X, Obras completas de ARISTÓTELES, Capítulo X, 1947, t.1, p.158.

(24) Lo equitativo "es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal". "Tratándose de cosas indeterminadas la ley debe permanecer indeterminadas como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos; la cual, como es sabido, se amolda y acomoda a la forma de la piedra que mide y no queda rígida".

fectas, esto es, un correctivo del derecho escrito o, descartando de plano esta idea, que se la considere como una manera correcta de interpretar la ley para adaptarla al caso concreto ⁽²⁵⁾. La equidad no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia que corrige a la injusticia, cuando solo se la considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma en general. Dejando de lado este enfoque, a la equidad como fuente de integración del contrato, se la concibe como la autorización dada al juez para concurrir a determinar, en un caso concreto, el contenido de la reglamentación contractual, en aspectos no contemplados en el acuerdo ni definidos puntualmente por la ley ni por los usos, buscando soluciones que sean justas y equilibradas en la regulación de los intereses comprometidos en el contrato.

La equidad, en materia de integración, se vincula y asocia con la actividad del juez. En el derecho codificado, no es un sistema autónomo de valoración, ni un criterio de decisión extra legislativo. Es un elemento interno del sistema y solo opera cuando la norma así lo establece expresamente, comprendiendo las diversas hipótesis en que la ley le confiere al juez poderes discrecionales para la decisión de situaciones previstas ⁽²⁶⁾.

III.2.c. La equidad en nuestro derecho

En nuestro derecho no se le ha asignado a la equidad, de modo específico, el papel de constituir una fuente de integración. Empero, existen disposiciones en las cuales, en ciertos supuestos, la ley confía la resolución de los casos que puedan presentarse al criterio de la equidad, ampliando la facultad de apreciación de los jueces. Cabe así señalar, una equidad interpretativa, cuando la equidad constituye un criterio subsidiario de interpretación, según se ha visto. Se distingue, además, a la equidad correctiva, cuando se autoriza al juez no a suplir una determinación incompleta de la reglamentación contractual, sino a modificar una estipulación, si ella resulta inicua o incongruente, en relación con los criterios de mercado. Ello ocurre cuando en la cláusula penal se reputa desproporcionado el monto de la pena y debe, por tanto, operarse su reducción (art. 1794, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.) También cuando se da el supuesto de la lesión y se torna procedente el “reajuste equitativo del convenio” (art. 332, Cód. Civ. y Com.). Se habla de una equidad integradora, en otros derechos, cuando la ley auto-

(25) RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, Porrúa, Méjico, 1959, p. 655; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona 1971, p. 353; RADBRUCH, Gustav *Filosofía del derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, p. 47; ROMANO, Salvatore, voz “Equità (nozione)”, en *Enciclopedia del diritto*, 1966, t. XV, p. 69 y ss., N.º 5.

(26) RODOTÁ, Le fonti d’integrazione del contratto, Giuffrè, Milano 1970, p. 225.

riza al juez a suplir una incompleta determinación del contenido contractual, ya sea en la fijación de un precio o en la asignación de un valor a una de las prestaciones de los contratantes, en el marco de la determinación de la contrapartida adeudada en el cambio de bienes, sobre todo, en materia de servicios ⁽²⁷⁾. Sin embargo, cabe destacar que, en las situaciones regidas por el Código Civil y Comercial en hipótesis de este tipo, se fijan criterios objetivos de índole económica en base a los cuales debe verificarse tal determinación, ya sea el precio corriente del día en el lugar de la entrega de la cosa (art. 1354), el precio de costumbre (art. 1627), o el valor y práctica de plaza (art. 1º, ley 23.091). Corresponde mencionar que en el contrato de obra y de servicios, el art 1261 del Cód. Civ. y Com. autoriza al comitente a desistir del contrato por su sola voluntad, aunque la ejecución haya comenzado, pero debe indemnizarle al prestador todos los gastos y trabajos realizados y la utilidad que hubiera podido obtener. En lo concerniente a este último rubro el precepto prevé que el juez “puede reducir equitativamente la utilidad si la aplicación estricta de la norma condujere a notoria injusticia”.

Finalmente, Cabe concluir que, en nuestra legislación, el papel que puede asignársele a la equidad como fuente de integración del contrato, en líneas generales, aparece absorbido por la buena fe, salvo las hipótesis de referencia expresa, como las que han sido mencionadas.

III.2.d. La buena fe. Introducción. La concepción positivista

La buena fe constituye la más importante fuente de integración judicial, siendo reconocido el rol trascendente que le corresponde en la materia tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Para comprender el papel que cumple la buena fe como fuente de integración contractual, conviene recordar que, según dos postulados básicos de estirpe positivista, los jueces no pueden crear derecho ni tampoco negarse a fallar. Ello conduce, como consecuencia, a un tercer corolario: el orden jurídico carece de lagunas, no tiene contradicciones y constituye una unidad cerrada y completa; es un todo completo y plenario, sin poros ni vacíos.

Tales principios fueron concebidos de una manera rígida, al iniciarse el período de la codificación, con el influjo de un racionalismo que confiaba en la posibilidad de dictar leyes perfectas y acabadas que gobernarán la vida social de una vez y para siempre. Para asegurar el vínculo de subordinación del juez a la ley, se le exigió la mecánica sumisión de un autómatas. La aplicación de la ley debía ser una suerte de operación

(27) Se hace la invocación de la equidad en el Código Civil italiano en los arts. 1526, 1660, 1664, 1733, 1736, 1738, 1748, 1751 y 1755.

matemática. La ley, en virtud de la perfección que se le atribuía, podía suministrar la solución de todos los problemas que se presentaran a través de un análisis puramente lógico de ella. Se generó una corriente de pensamiento que pretendía resolver todas las cuestiones que se suscitaban por medios puramente intelectuales, con entera prescindencia de los criterios de valor. La misión del intérprete debía ser meramente cognoscitiva, rindiendo culto al texto de la ley sin que pudiera añadirle nada ni complementarla a través de una valoración propia, sino tan solo reproducirla del modo más riguroso y servil. Configuró esta un concepción intelectualista, abstracta, inmovilizante y antihistórica, en la cual se confunde la lógica de derecho con la lógica formal ⁽²⁸⁾.

Empero, la incontrastable fuerza de los hechos puso en jaque la visión estrecha con que se habían enunciado los postulados a que se hizo referencia, los que se fueron flexibilizando y buscando puntos de conciliación, dentro de concepciones contrapuestas. No es posible pensar que la significación de la ley pueda quedar cristalizada e inmovilizada para siempre en el momento de su elaboración. Las leyes, después su sanción, siguen vigentes indefinidamente mientras no sean modificadas por otras, aun cuando desaparezcan sus eventuales autores materiales y deben mantener su idoneidad para responder a las cambiantes exigencias sociales. Su interpretación no puede reducirse a un mero repensar de algo no pensado, como ocurre en la interpretación filológica ⁽²⁹⁾. El intérprete de la ley no puede quedar reducido a un autómatas. Debe tener un margen de libertad para que, frente a las opciones que inevitablemente se van planteando en su tarea, escoja aquella que mejor se concilie con los requerimientos y las estimaciones predominantes en el momento de su aplicación. Es necesario espiritualizar la lógica del derecho con una concreta actuación del elemento teleológico, donde intervienen criterios de valoración. La interpretación, desde este punto de vista, es creativa, teniendo en cuenta el papel activo del intérprete en esa elección que debe llevar a cabo, como consecuencia de una valoración que le incumbe.

III.2.e. Caracterización de la buena fe

Tampoco se puede predicar de la ley que sea omnisciente. Ella solo puede prever las situaciones más frecuentes de la vida de relación, pero por más analítica que sea, no es dable asignarle la virtualidad de abarcar específicamente todos los supuestos concretos susceptibles de plan-

(28) BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, 2ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid 1971, ps. 131 y ss.; y ps. 257 y ss.

(29) RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1955, p. 122.

tearse en la inagotable trama de casos reales que se generan en la convivencia social. Por ello, son inevitables las lagunas o vacíos, los que, no obstante, deben ser resueltos con los recursos que el derecho arbitra a tal fin. Empero, es importante destacar que el propio ordenamiento jurídico admite la posibilidad de tales lagunas cuando al establecer las denominadas cláusulas generales, como es la contenida en el art. 961 del Cód. Civ. y Com., dispone que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Este mandato de la buena fe no constituye un mero elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que genera una norma jurídica completa que adquiere el rango de principio general de derecho: todos los participantes del tráfico negocial deben comportarse en forma leal, proba y correcta en sus recíprocas relaciones, tanto en la génesis o formación del contrato como después de su perfeccionamiento ⁽³⁰⁾. Y el deber de hacerlo de tal manera se proyecta en ambos polos que es dable encontrar en las relaciones jurídicas, pues alcanza a los derechos y a los deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; y las obligaciones deben cumplirse de buena fe. Las normas de este jaez que contienen estas cláusulas generales se diferencian del resto de los preceptos jurídicos por su configuración indeterminada y por el reenvío a preceptos metajurídicos, criterios directrices de valoración ético jurídicos que son forjados en la conciencia social. No importa un esquema normativo de validez general en el cual pueda subsumirse un supuesto de hecho mediante un juicio analítico. Es un criterio de valoración de comportamientos en base a un estándar de índole ética que no se presenta, inicialmente, con un sentido preciso y acabado, sino que constituye una directriz meramente orientadora, con una significación a encontrar cuando se corporiza en la solución de casos concretos. Es decir

(30) WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1977; DÍEZ-PICAZO, Luis, prólogo a la obra citada; ídem, *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona 1963, p. 134; DE LOS MOZOS, José L. *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, 1965, p. 45 y ss.; BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, trad. de José Luis de los Mozos, Revistas de Derecho Privado, Madrid 19669 y ss.; ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Buena fe contractual*, Del Foro Universidad Católica, Montevideo 2005; CAPOBIANCO, Ernesto, "La determinazione del regolamento", en *Trattato del contratto*, Roppo (dir.), Giuffrè, Milano, 2006, t. II, p. 413 y ss.; LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, trad. de Jaime Santos Briz, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p.117 17; ídem, *Derecho civil. Parte general*, 1978, ps. 745 y ss.; ídem, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel Barcelona 1994, p. 359 y ss.; von THUR, Andrea, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, trad. Tito Ravá, Depalma, Buenos Aires 1947, vol. II-2, p. 228, nros. 545 a 547; ROPPO, *Il contratto*, 2001, p. 493; SACCO, Rodolfo- -DE NOVA. Giorgio, *Il contratto*, 3ª ed., 2004, t. II, p. 436; RÓDOTÁ, *Le fonti d' integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 112 y ss.; GALGANO, Francesco, *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova, 2009, t. II, p. 557, nros. 120 a 122.

que, conforme a este principio de buena fe, los jueces en la resolución de los casos concretos no solo deben aplicar la reglamentación legal estructurada a tal fin, sino que, asimismo, deben adicionar este contralor dirigido a que la solución final se concilie con las directivas que encierra el principio de buena fe. Así aclarado, la remisión a la buena fe solo puede entrañar que la ley no considera exhaustiva la previsión de los abusos que deben ser evitados, los desequilibrios que corresponde remediar o los deberes y obligaciones que pueden derivarse de una relación contractual. Queda un margen para que se ponga coto a otros abusos, se corrijan otros desequilibrios o se individualice la existencia de otros deberes y obligaciones, porque así lo requiere el imperativo legal de que los comportamientos deben ajustarse a los cánones de probidad, lealtad y corrección que la buena fe entraña. Y todo ello porque el propio ordenamiento así lo admite, cuando fija estos estándares de conducta que deben ser valorados por el juez a fin de su realización en los casos que debe resolver. Lo hace con el fin de que el plan de organización legal encuentre plena satisfacción y pueda realizarse efectiva y genuinamente en la compleja, cambiante y dinámica realidad de los hechos que se suceden en la vida de relación.

Desde este punto de vista, se señala que el principio de buena fe enuncia los criterios que permiten colmar los vacíos del sistema legal que pueden plantearse en la resolución de casos concretos que plantea la vida económica-social ⁽³¹⁾. Esta interpretación integradora, cabe señalarlo, no tiene el carácter de una creación originaria e independiente, sino derivada, secundaria y complementaria, en cuanto el mismo ordenamiento jurídico la autoriza, por lo que debe operar, por lo tanto, dentro del marco del sistema ⁽³²⁾.

III.2.f. Manifestaciones de la buena fe

Nada más ilustrativo que pasar una somera revista a algunas de las manifestaciones jurisprudenciales consecuencia de la aplicación de este principio cardinal, con la significación indicada.

En la etapa de formación del contrato, la buena fe constituye el fundamento de la responsabilidad contractual, cuando se vulneran deberes que se derivan de dicho principio. La buena fe como fuente de deberes no previstos expresamente por las partes, también se manifiesta en otras situaciones, como ocurre con el deber de información o de consejo en la

(31) GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, trad. de Blasco Garro y Prats Albe-rosa, Tirant lo Blanch, Valencia 1992, p.454, N.º 111.

(32) BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, 2ª. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 138.

contratación de bienes o servicios informáticos. Asimismo, es la matriz donde se gesta la obligación de seguridad; individualizada en el contrato de trabajo, se extendió al contrato de transporte de personas y se expandió al considerársela implícita en otras categorías de relaciones contractuales, como en los contratos de hospedaje, de espectáculos, los que tienen por objeto servicios de confiterías o restaurantes, los que se relacionan con establecimientos educacionales, guarderías, clínicas hospitalares, entre otros. Fue objeto de recepción legislativa en la ley 23.184 referida a los espectáculos deportivos e, incluso, está latente en el art. 40 de la ley 24.240 cuando prevé la responsabilidad en los daños causados por el vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio en el ámbito de la relación de consumo.

No puede perderse de vista que el ejercicio abusivo de un derecho, en el ámbito contractual, fundamentalmente, se traduce en un ejercicio contrario a la buena fe. Ella descalifica que una de las partes pueda ejercer sus derechos contractuales de modo formalmente lícito, pero en forma sustancialmente desleal e innecesariamente dañoso contra el otro contratante. De esta manera, la excepción por incumplimiento no puede ser opuesta de mala fe y la resolución por incumplimiento se excluye cuando atenta contra este principio cardinal. También contraviene este principio la rescisión *ad nutum* de un contrato de apertura de crédito, más allá de que esté autorizada en el acuerdo, cuando es hecha de modo imprevisto e injustificado. En la etapa de ejecución del contrato, la buena fe obliga a cada una de las partes a comportarse de modo tal que no solo evite perjudicar el interés de la contraparte, sino que también salvaguarde dicho razonable interés, cuando no signifique un sacrificio a su cargo. De tal modo, la buena fe puede entrañar el deber de una de las partes de modificar una prestación a su cargo, cuando dicha modificación permita sin sacrificio para ella, satisfacer el interés de la contraparte que de otro modo se vería frustrado, o bien permitir dicha modificación por ella en parejas circunstancias.

Por otro lado, también se admite que la buena fe impone que la parte acreedora insatisfecha, debe abstenerse de comportarse en modo tal que aumente indebidamente el gravamen que tal situación de incumplimiento genera de por sí en la esfera de intereses del deudor. En este orden de ideas, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT prevén en el art. 7.4.8 que la parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en cuanto esta podía haberlo reducido adoptando medidas razonables que no adoptó, precepto que recepta el criterio sentado en el art. 77 de la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, seguido

también por los Principios del Derecho Europeo de Contratos elaborados por la comisión dirigida por el profesor Ole Lando (art. 9: 505).

Manifestación de la buena fe es la figura de la imprevisión. Este fundamento puede permitir completar la reglamentación legal en hipótesis no previstas, relacionadas con los supuestos en que deba permitirse a la contraparte del perjudicado optar por la adecuación, a los fines de neutralizar la pretensión de resolución del contrato. Finalmente debe hacerse referencia a los supuestos en los cuales la construcción de la función concreta del contrato, a más de lo incorporado explícitamente por las partes en la manifestación de la voluntad común, exige adicionar circunstancias y situaciones presupuestas, que conciernen a la raíz de dicha voluntad, y que constituyen el subsuelo del contrato del que no se puede prescindir. En tales hipótesis, la frustración del fin del negocio entraña una desvirtuación de dicha función concreta, generadora de un desequilibrio, que, dados los requisitos expuestos, puede ser remediada mediante el instituto de la frustración de la figura que ha sido prevista por el Código Civil y Comercial, y que también tiene estrechos vínculos con el principio de buena fe.

También se deriva del principio de buena fe la regla contenida en la doctrina de los propios actos. El supuesto planteado en dicha doctrina es la de una situación preexistente en que una persona lleva a cabo una conducta jurídicamente relevante, que genera de modo deliberado en la otra parte una expectativa de comportamiento futuro y a dicha situación le sucede una pretensión del mismo agente que contradice la anterior conducta. La consecuencia puede conducir a que se desestime dicha pretensión. Como se ha señalado, el art. 1067 del Cód. Civ. y Com., con el título de protección de la confianza, recepta esta doctrina.

III.2.g. La denominada interpretación integradora

En el derecho alemán se prefiere hablar de interpretación integradora para dar solución adecuada a ciertas situaciones que suelen plantearse, que no están previstas en el contrato, ni son objeto de reglamentación legal, aunque cabe reputarlas una consecuencia del negocio. Un ejemplo de la jurisprudencia alemana sirve para ilustrar el alcance de esta interpretación complementaria. Dos médicos que ejercían su profesión en ciudades diferentes acordaron permutar sus respectivos consultorios. Transcurridos varios meses desde que se concretó el negocio, surgieron disensiones entre ambos y uno de ellos manifestó su propósito de regresar y reinstalar un consultorio en la inmediata cercanía del que había trocado. La otra parte se opuso a esta decisión y el tribunal debió resolver si existía algún impedimento derivado del contrato para que

ella se concretara. En el contrato existía una laguna sobre el particular y las normas del derecho dispositivo no brindaban una solución específica a la cuestión planteada. Tales son los presupuestos de la interpretación integradora. En tales casos, según la idea prevaleciente en la jurisprudencia germana, el juez está autorizado a dar una solución derivada del análisis de la voluntad hipotética de ambas partes, esto es, establecer que habrían convenido si hubieran reglamentado expresamente el punto controvertido. En este caso, se decidió que el aseguramiento del contrato, dada su finalidad, las habría compelido a pactar una prohibición de regreso de dos o tres años. Y tal prohibición, se decidió, debía reputarse que formaba parte del contenido del contrato ⁽³³⁾.

En verdad, como bien se ha sostenido, por tal voluntad hipotética no es dable entender lo que cada una de las partes hubiese supuestamente querido, como de su propio interés, sino lo que cualesquiera contratantes en situación similar hubieran querido y aceptado como justo equilibrio de sus intereses, obrando de manera leal y proba. La interpretación presupone conceptualmente un determinado contenido del negocio concreto dado por las partes, sea explícito o implícito, cuando no es expresado en la forma adecuada. Encuentra sus límites allí donde la reglamentación buscada no puede ser deducida del contrato mismo fórmula empleada, sino en la misma idea de la reglamentación negocial ⁽³⁴⁾. Ello puede ocurrir porque las partes no pensaron en el problema, bien sea porque no existía en

(33) LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1978, p. 748; WITZ, Claude, *Droit privé allemand. Partie générale*, Litec, París, 1992, p. 178, nros. 196 y 197. Cabe señalar que el cometido de la interpretación es determinar el significado de los comportamientos y declaraciones a través de los cuales se exterioriza la voluntad de las partes. La integración desempeña el papel de completarla o bien de enriquecerla o ampliarla con el empleo de fuentes heterónomas. Hecha así la distinción, desde un punto de vista lógico, no queda espacio para este *tertium genus* que entrañaría la interpretación integradora. Véase RODOTÁ, *Le fonti di integrazione del contratto*, 1970, p. 95. En otro orden de cosas, en este planteo lógico, se ha discutido si dentro de las etapas indicadas que cabe distinguir en la construcción del régimen jurídico del contrato, los presupuestos se vinculan con la interpretación o la integración. Porque se relacionan con la interpretación se inclina SCOGNAMILGIO, Claudio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Cedam, Padova, 1992, p. 10. Se piensa que la interpretación, en cuanto determinación del alcance de la operación concertada por las partes, debe comprender la trascendencia que pueden tener en el acuerdo lo que según una larga tradición jurídica se denominan los motivos y que según una precisión más actualizada cabe denominarlos intereses. Se trata, pues, de los intereses que pese a haber contribuido a prestar al acuerdo su fisonomía, no fueron formalmente asumidos como contenido de la relación contractual (p. 10).

(34) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de R. Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, p. 244. En sentido similar: Larenz, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p.118

absoluto, o porque les pasó inadvertida su regulación, o porque deriva de circunstancias que no tuvieron en cuenta al tiempo de la celebración del negocio ⁽³⁵⁾. Esa laguna puede, a veces, ser salvada por la buena fe, que no es otra cosa que un criterio normativo que presupone la honestidad de los contratantes. Ello equivale a señalar, sin necesidad de recurrir a voluntades hipotéticas —voluntades fictas e inexistentes— que ante el planteamiento de esas situaciones, dadas las circunstancias del caso, la exigencia de un comportamiento leal y correcto de las partes puede ser fuente de deberes y obligaciones no previstos explícitamente en el contrato, que se adicionan a lo convenido y permiten resolver las situaciones conflictivas, de modo tal que se ajusten a las directrices que la buena fe impone. Tal es la solución que también deben recibir en nuestro derecho. Se trata, pues, de un supuesto de integración y no de interpretación.

III.2.h. Juicio crítico sobre la buena fe. Su importancia

El descubrimiento de las cláusulas generales, en particular del principio de buena fe, como se ha señalado, ha sido objeto tanto de alabanzas y beneplácito, porque ha dotado al derecho contractual y de las obligaciones de una benéfica movilidad, dando lugar a apetencias de derecho libre y de una jurisprudencia de intereses. Empero, asimismo ha provocado acerbas censuras en cuanto, se piensa, atenta contra la seguridad mediante el manejo de una demagógica equidad o, incluso, puede significar abrir la puerta a la arbitrariedad. Resulta indiscutible que los antecedentes expuestos demuestran que la invocación del principio ha significado la consagración de diversos institutos y soluciones, los cuales hoy configuran un *jus receptum* y han importado una saludable renovación del derecho patrimonial.

III.2.i. El alcance de la buena fe

La buena fe representa una fecunda fuente de esta innovación, en cuanto, en virtud de ella, los jueces han podido resolver tales casos mediante la aplicación de *regulae iuris* que son precisadas por ellos, en ejercicio de la habilitación legal. Se ha propugnado que la buena fe cumple no solo la función de colaborar o enriquecer el derecho legislado, sino que permite la creación de un derecho judicial, transformándose en un medio de ruptura ético-jurídico del derecho legal, a través de una jurisprudencia que puede decidir *contra legem* ⁽³⁶⁾.

(35) FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998, p. 387.

(36) WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, p. 51. Sostiene el autor que el párr. 242 del *BGB* actúa en un papel semejante al que, en el derecho romano, desem-

Ahora bien, hablar de un derecho creado por los jueces, que puede ser *contra legem*, significa atribuirles a estos una potestad que contraviene la repartición de funciones entre el órgano legislativo y el judicial, la cual tiene jerarquía constitucional en nuestro sistema. Resulta, pues, conveniente ajustar el lenguaje para zanjar la espinosa cuestión de establecer el alcance y los límites de este cometido que la ley encarga al juzgador. En este orden de ideas, con mayor propiedad, se expresa que la buena fe da lugar a un desarrollo judicial del derecho que, si bien puede rebasar las previsiones legales específicas, debe llevarse a cabo *intra jus*, dentro del marco del orden jurídico total preestablecido y conforme con los principios que le sirven de base ⁽³⁷⁾.

III.2.j. La unidad y homogeneidad del desarrollo judicial

Resulta innegable el amplio e indefinido ámbito que un principio de esta índole abre a la apreciación judicial. Como se ha indicado, la buena fe es una noción elástica, que carece de un contenido preciso determinable de antemano. Tal amplitud plantea el problema de los cauces en que debe desenvolverse este desarrollo judicial para resolver la perenne exigencia de equilibrio entre el valor prioritario de la justicia, que reclama un derecho adecuado a las exigencias y peculiaridades de los casos concretos singulares, y el valor seguridad, que requiere un derecho cierto que torne previsibles las decisiones judiciales. Para el logro de este equilibrio y la fijación de límites, es posible señalar las pautas que a continuación se enuncian. Ante todo, las directivas de índole ético-jurídicas a las cuales la ley remite, no importan una venia en blanco para que el juez pueda aplicar su individual y arbitrario sentido de la corrección, probidad y lealtad según como lo entienda su criterio personal. La justicia deja de ser tal cuando la solución de un litigio queda sujeta al caprichoso azar de lo que pueda parecerle más apropiado a la conciencia imprevisible e incontrolable de quien deba estar llamado a juzgar. Es menester dotar de unidad y homogeneidad a ese desarrollo judicial del derecho que irrumpe con la aplicación del principio de buena fe. Un postulado fundamental de la justicia es que casos semejantes deben ser tratados igualmente. El juez, al hacer uso de la autorización que el derecho le acuerda de valorar comportamientos según estas directrices que entraña la buena fe, no puede perder de vista los precedentes jurisprudenciales ni la necesidad de que esos criterios sean los que predominan en la conciencia social en el momento de fallar.

peñó el derecho pretorio en relación con el *ius civile*, actuando *ius civiles iuvandi, suplendi, vel corrigendi gratia*. Véase, asimismo, p. 75 y siguientes.

(37) LARENZ, Karl, Metodología de la ciencia del derecho, Ariel, Barcelona, 1994, ps. 410 y sgtes.

III.2.k. La labor de la doctrina

A su vez, resulta de particular trascendencia la labor doctrinaria que debe llevar a cabo, en forma permanente y actualizada, la clasificación y tipificación de las soluciones jurisprudenciales, para que puedan servir de guía de orientación tanto a los destinatarios de las normas como a la actividad jurisdiccional⁵⁶.

III.2.l. El deber de fundar la sentencia

Si bien las leyes no pueden ser perfectas y necesitan ser completadas y así lo reconoce el orden jurídico cuando sanciona el principio cardinal de buena fe, no es menos cierto que los jueces no son perfectos y necesitan ser controlados. Para evitar los desbordes de la facultad que la ley les confiere, dicho contralor puede ser ejercido a través del análisis del cumplimiento del deber de fundar sus sentencias (art. 3° del Cód. Civ. y Com) que debe ser observado con el empleo de consideraciones jurídicas y ponderaciones razonables y justificadas. De este modo, la sentencia del juzgador representará la derivación razonada del derecho vigente y no el mero parecer personal de quien la dicta.

III.2.m. Respeto de los diferentes roles

Este cuadro se completa cuando se asume la verdad inconcusa de que la judicatura, dentro del estado de derecho, solo puede cumplir con el cometido que le incumbe cuando se desempeña con el convencimiento del respeto del orden jurídico vigente. Es este, el que debe experimentar el expresado desarrollo e integración, y así lo autoriza. Por lo tanto, el juez, dentro de los límites, además del sentido de tal previsión, debe cumplir dicha tarea de integración, sin que ello importe una delegación de facultades que le permitan convertirse en legislador.

LOS ACTOS PELIGROSOS Y EL ARTÍCULO 54 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR JOSÉ W. TOBÍAS (*)

Siguiendo precedentes anteriores, el Instituto de Derecho Civil resolvió que los nuevos Estudios se realizaran en Homenaje al Académico Guillermo A. Borda, en recuerdo de los 20 años de su fallecimiento y que ellos versaran sobre el mismo título ("La Persona Humana") de su última obra (la dirigió). En el Prefacio, nos recuerda que "la persona no es un centro de imputación de normas sino el hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere - sobre todo muere-, el que come y bebe y duerme y piensa y quiere, según palabras de Miguel de Unamuno".

¡Nada más justo que estos Homenajes a los grandes maestros del Derecho Privado! El Académico Jorge Vanossi ha sido el encargado de redactar el "Homenaje". Por mi parte señalo que guardo entre mis recuerdos preciados, una obra suya (que me obsequió): "San Bartolo - Biografía de una Estancia Criolla" (la edición es de 1962) en la que se refleja el particular y conmovedor vínculo que une a la persona humana con la tierra (del Prologo: "San Bartolo. Te llevo en mí, mezclado en mi sangre. Dondequiera que vaya me acompaña el olor de la tierra, poblada de menta, hinojo y poleo. Me basta con cerrar los ojos para contemplar con nitidez fotográfica, tu serranía, tu vieja casa de anchas paredes caleadas, tus patios escalonados, tu río de aguas claras y amplios arenales, tus árboles, tus piedras. A veces recuerdo cada una de estas cosas queridas en sus menores detalles; a veces, todo se me presenta como un conjunto vívido en el que están presentes mi padre, mi madre, mi abuela, mis tíos Payita y Félix, ya muertos y que vivieron allá sus días más felices...").

(*) Académico Vicepresidente y Director del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

I. EL TEXTO LEGAL. ANTECEDENTE

Dice el artículo 54, que regula la materia que será objeto de tratamiento en este trabajo: “*Actos peligrosos*. No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto aquellos que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias” ⁽¹⁾.

La fuente principal es art. 12 del Código Civil peruano de 1984 ⁽²⁾. Es de observar que una normativa sobre el tema ya había sido propuesta por el Anteproyecto de régimen integral de los Derechos personalísimos Cifuentes - Rivera (similar al ahora artículo 54, aunque también hacía referencia a la integridad “física”) y los límites de una norma habían sido propuestas por las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1983) ⁽³⁾. El art. 133 del Proyecto del Ejecutivo de 1993 (aludía a los actos peligrosos para la vida y la integridad “física”) y el art. 115 del Proyecto de 1998 fueron también fuentes. Bajo la vigencia del Código Civil derogado, asimismo, alguna jurisprudencia había prestado atención al tema ⁽⁴⁾.

(1) Refiriéndose al similar texto del art. 12 del Código Civil peruano (infra enseguida), VARSÍ ROSPIGLIOSI, después de mencionar que el texto contiene una redacción negativa (“No son exigibles...” para después indicar las excepciones que la hacen exigible), se manifiesta partidario de que más adecuado hubiera sido una redacción positiva, que indicara cuando las prestaciones son exigibles (VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Tratado de Derecho de las Personas”, Gaceta Jurídica, T. I, p. 438).

(2) El texto del Código peruano, sin embargo, alude a los actos “excepcionalmente” peligrosos para la vida y a la integridad “física” de una persona. Los dos cambios son la exclusión de los términos “excepcionalmente” y “física”. Además, el término “prevención” de la fuente es sustituido por el de “prevención”. Se verá en el curso del artículo lo compatible de las modificaciones.

(3) En las Recomendaciones de la Comisión núm. 1 (“Derechos personalísimos”, se proponía: “Deben prohibirse los actos de disposición que entrañen un riesgo grave o un atentado a la salud de la persona y aquellos que sean contrarios a las leyes, la moral y las buenas costumbres”). Cifuentes en la primera edición de sus Derechos personalísimos ya se manifestaba partidario de una solución legal (CIFUENTES, Santos, Derechos personalísimos, 1ª ed., Lerner, p. 196 y ss.).

(4) En un reclamo de daños generado por una incorrecta utilización por parte de los organizadores, del “casting” de un arnés al realizar una prueba que implicaba la habilidad propia de la acrobacia aérea, el Tribunal expreso, entre otras consideraciones, que debía “reflexionarse con extrema cautela acerca de que riesgos son propios de la actividad que el actor desempeñaba habitualmente y aquellos que se incorporan en forma negligente o dolosa por algún participante, asistente u organizador y que puede derivar en un reproche jurídico. Cualquier organizador tiene la obligación de no incrementar el riesgo o peligro de la actividad que se va a desarrollar y eso lo logra

Interesa señalar, también, que parte de la doctrina italiana —fuente probable del texto peruano— se interesó por el tema. Se ha señalado, a ese respecto, que en el derecho italiano es objeto de dudas, si el comportamiento potencialmente idóneo para causar una disminución permanente de la integridad física al que la persona voluntariamente se expone, es subsumible dentro de las prohibiciones del artículo 5° del código de ese país ⁽⁵⁾; algunos consideran que en un contrato que tiene por objeto la prestación de servicios peligrosos es obligación del emprendedor y del proveedor del servicio atenerse a la disciplina de la previsión de siniestros e infortunios ⁽⁶⁾, mientras que otros sostienen que cuando la persona se obliga a aplicar su propia energía a favor de un tercero o en su propio interés por medio de actividades que pueden comprometer gravemente su integridad física, el contrato es válido siempre que no ponga en riesgo una “disminución permanente de la integridad física” o de otro modo esté prohibido por la ley, el orden público o las buenas costumbres, si ese fuera el caso, la situación se encuadra en los actos prohibidos

ofreciendo las condiciones de seguridad adecuadas a aquello que se pretende realizar, por ejemplo, proveyendo equipos aptos para el nivel del participante, no deficientes, etc.. Si lo hace ninguna responsabilidad podría serle imputada. Es conveniente recordar que el daño fue ocasionado por una incorrecta utilización por parte de los organizadores, del “casting” de un arnés que al realizar una prueba que implicaba una habilidad propia de la acrobacia aérea. (CNCiv., Sala H, 3/10/2003, Microjuris MJ-JU-M-82544-AR). En otro, se consideró que no puede entenderse que la obligación de seguridad que obliga a la asociación demandada a evitar hechos dañosos que sucedan en sus instalaciones, quede desplazada porque el actor decidió ejercer su actividad de jockey aprendiz (CACC San Isidro, Sala II, 06/03/2014, Microjuris MJ-JU-M-85084-AR). Asimismo, un Tribunal penal consideró que resulta penalmente responsable de los delitos de homicidio, culposo agravado por el número de víctimas fatales y lesiones culposas en concurso ideal, al docente que durante una salida al terreno, omitió el deber de cuidado al elegir la ruta de descenso y de la forma de tránsito de la ladera de un cerro, lo que determinó el paso conjunto del grupo de 15 alumnos por él guiados produjera el desprendimiento de una placa de nieve húmeda, provocando una avalancha de nieve que los arrastró y les causó la muerte a la 10 estudiantes y lesiones a otros (Trib. Oral en lo Criminal Federal de General Roca, 04-05-2005).

(5) CHERUBINI, Maria Carla, “Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo”, en “Tutela della salute e diritto privato”, a cura di F. Busnelli - U. Breccia, Giuffrè, p. 79. Dice el art. 5° del Código Civil italiano: “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean de otro modo contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres” (acerca de la ideología que le dio origen y la superación del llamado “modelo codicístico”, TOBIÁS, José W., Tratado de Derecho Civil - Parte general, ob. cit., T. II, p. 112 y ss.).

(6) ONDEI, Emilio, “Le persone fisiche e i diritti della personalita”, Unione Tipografica Editrice, p. 285.

por el art. 5° del Código Civil italiano (y era, por lo tanto, inválido) ⁽⁷⁾ o que siendo la salud no solo un derecho fundamental sino de interés de la colectividad, su relevancia ultra individual es idónea para justificar la prevalencia de su tutela sobre la voluntad de la persona, resultado de lo cual es que el ordenamiento jurídico italiano no reconoce prevalencia al vínculo contractual cuando éste tiene por objeto un comportamiento lesivo de la propia salud o la integridad física ⁽⁸⁾.

En una dirección distinta, en base a la consideración de que tanto la integridad física como la autodeterminación son principios constitucionales tutelados, se sostiene la prevalencia del segundo cuando los efectos del acto se agotan en la esfera subjetiva del obligado y, en vez, la necesidad de un balanceo de intereses cuando está en juego el interés o la posición de terceros, en cuyo caso no cabe prescindir de la finalidad y motivos del acto de disposición ⁽⁹⁾.

Pesante, por su parte, luego de destacar que la propia integridad de la persona puede recibir perjuicios directamente de la persona misma, menciona que esos actos están sujetos a la directiva del art. 5° del Código de su país; cita la hipótesis del acróbata que se expone en realizar ejercicios sobre el trapecio y concluye que será lícito si se han adoptado medidas de seguridad idóneas tendientes a evitar desgracias y, contrariamente, será ilícito por contrario a las buenas costumbres si ellas no se adoptan (la moral corriente no admite que por el divertimento de otros se ponga en grave riesgo la propia integridad). En cuanto al contrato de trabajo en que se emplea a trabajadores en actividades peligrosísimas

(7) DE CUPIS, Adriano, "I diritti della personalita", Giuffrè, 2ª ed., p. 138 y ss. El autor ejemplifica con los ejercicios acrobáticos y considera que el contrato será lícito si el emprendedor asegura el empleo de dispositivos de seguridad idóneos para evitar desgracias, pues de otro modo estaría prohibido por la "disminución permanente de la integridad física" que puede derivar de su ejecución. Aludiendo al contrato de circo, asume que será lícito si se contrae la obligación de hacerlo con fieras amaestradas pues de ese modo no existe un grave peligro y la moral no es afectada. Considera, asimismo, que es acogible la opinión de quien considera inválido el contrato de trabajo en que se asumen actividades peligrosísimas (fabricación de dinamita) sin que se adopten las medidas y precauciones necesarias para prevenir desastres.

(8) CHERUBINI, Maria C., "Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo", ob. cit., p. 82 y ss. Agrega la autora que con ello no se trata de limitar la libertad de la persona en orden a la garantía del propio cuerpo, sino de impedir que sea inducido a experimentar una actividad perjudicial a su salud, con la perspectiva de lucro y, por lo tanto, de dar una amplia garantía a esa libertad.

(9) ROMBOLI, Roberto, en "Delle persone fisiche - Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura de F. Galgano, N. Zanichelli - Soc. Ed del Foro Italiano, p. 322 y ss.

sin que el emprendedor adopte las previsiones mínimas para evitar desgracias, dada la gravedad eventual del peligro, concluye que el contrato es inválido (incluso si el salario es particularmente elevado y se ha previsto una indemnización si el infortunio evitable se verifica) ⁽¹⁰⁾.

En el derecho español, a su vez, un autor se pregunta aludiendo a la faceta del derecho a la vida frente al propio sujeto, acerca de la licitud de aquellos actos que suponen poner en riesgo la propia vida y se pronuncia por considerarlas abstractamente como ilícitas, por considerar que no cabe subordinar el bien máspreciado —cual es la vida— a otros intereses ajenos. Agrega que el tema, no obstante, debe matizarse con las consideraciones sociales imperantes en cada momento, citando como hipótesis la de quien arriesga su vida con fines altruistas y no a cambio de una contraprestación (cuidado de enfermos con alto riesgo de contagio) ⁽¹¹⁾. En sentido parecido, para plantearse la validez de los contratos y, en su caso, la exigibilidad de la prestación cuando se trate de actividades que lleven implícito un riesgo para la vida, se afirma por otros que habrá de decidirse en cada caso si la conciencia social se ha manifestado con la intensidad necesaria para que pueda considerarse dicho contrato como contrario al orden público o a las buenas costumbres ⁽¹²⁾.

Albaladejo, por su parte, luego de interrogarse si existe al menos, un riesgo de vida y hasta donde es lícito arriesgarla y qué contratos son jurídicamente aceptables, se contesta que deben considerarse jurídicamente inadmisibles, aunque de hecho se practiquen, los supuestos en que las probabilidades reales de muerte son muy marcadas. Aludiendo, en cambio, al riesgo de la integridad física, considera que en caso que haya valores superiores en conflicto (por ej. el bien común manda arriesgarla en la guerra) o cuando surja un conflicto entre la vida y la integridad física, prevalece la protección de la primera ⁽¹³⁾.

En otro orden, en el Código argentino vigente, se ha observado con razón que el artículo —inserto en el Capítulo 3 (“Derechos y Actos Personalísimos”) del Título I (“Persona humana”) del Libro Primero (“Parte General”) del Código vigente—, debió estar precedido metodológica-

(10) PESANTE, Michelle, en “Corpo umano (atti di disposizione)”, Enciclopedia del diritto, Giuffrè, p. 661 y s.

(11) PUIG BRUTAU, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil”, Bosch, T. I, vol. I, p. 113.

(12) DIEZ PICAZO, Luís - GULLÓN, Antonio, “Sistema de derecho civil”, 7ª ed., Tecnos, vol. I, p. 359.

(13) ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil - I - Introducción y parte general”, vol. segundo, 14ª ed., Bosch, p. 72 y ss.

mente por los posteriores artículos 55 y 56 que son los que regulan con carácter más general, lo atinente a una especie de actos personalísimos, como lo son los atinentes a la disposición del cuerpo ⁽¹⁴⁾. Independientemente de ello, es perceptible que pese a la ubicación de la norma en el Libro de la Parte general, su análisis no puede ser ajeno a las reglas del Libro de las Obligaciones en general (Libro tercero, Título I y, aún del de una de las Fuentes de las Obligaciones (Libro tercero, Título II).

Lo cierto es que el texto legal constituye una de las manifestaciones relevantes de la trascendencia que el nuevo Código ha otorgado a los derechos personalísimos. A través de la regulación ordenada y sistemática de ellos, ha recogido una solución largamente reclamada por la doctrina argentina y estrechamente ligada al proceso de integración del derecho civil con la Constitución Nacional (la llamada “Constitucionalización del Derecho Civil”) ⁽¹⁵⁾. No es posible omitir la relevancia de Santos Cifuentes en la consideración del tema, a través de las sucesivas ediciones de sus “Derechos Personalísimos”. Tampoco no destacar que si bien el Código Civil de Vélez Sarsfield no contenía un sistema metódico y orgánico de los Derechos Personalísimos (era una característica propia de la naturaleza “patrimonialista” de los códigos y la evolución de la doctrina de esa época) que la existencia de esos derechos no pasó inadvertida para el codificador (arts. 498, 1196, 1075 y nota art. 2312). Consagraron una regulación de los Derechos personalísimos los Proyectos del Ejecutivo de 1993 (arts. 110 a 125) y de 1998 (arts. 105 a 116).

La circunstancia señalada no es obstáculo para afirmar que la regulación del artículo 54 genera no pocos interrogantes, algunos de los cuales se consideran en los números siguientes.

(14) SAUX, Edgardo I., en “Tratado de Derecho Civil Parte General, dirigido por E. I. Saux, Rubinzal Culzoni, T. II, 264).

(15) TOBIAS, José W., “Tratado de Derecho Civil”, La Ley, T. II, p. 3. Ya el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969 consideró el tema, que fue también materia de consideración —en algunos casos parcial— en las Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1983; IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1984); XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989), XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001); XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora 2007); Congreso Internacional de Daños en Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe y Jornadas de Responsabilidad por Daños en Homenaje al Profesor Jorge Bustamante Alsina (1990). Sobre el tema, puede verse: ARCE Y FLORES VALDEZ, Joaquín, “El derecho civil constitucional”, Civitas.

II. LA INEXIGIBILIDAD DE ACTOS PELIGROSOS DE PRESTACIONES ORIGINADAS EN ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES

La norma que se considera, como se vio, establece la inexigibilidad de las obligaciones que tienen por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad emanadas de un contrato (a salvo la concurrencia conjunta de las dos excepciones que contempla).

Surge enseguida el interrogante de su aplicación cuando las prestaciones a que se obliga el deudor emanan de un acto jurídico no contractual y ellas reúnen las características mencionadas. Observa un autor que un proyecto de ley de enmiendas del Código Civil de su país (segundo período de sesiones 1997/1998) preveía una modificación del artículo 12 del Código peruano (reitero, similar a nuestro art. 54) que contemplaba que “no son exigibles las prestaciones que tengan por objeto...”. Se proponía reemplazar, de ese modo, el término “contratos” por la palabra “prestaciones”⁽¹⁶⁾, lo cual suponía no circunscribir la causa de las prestaciones a los contratos, sino que abarcaba las prestaciones peligrosas independientemente de su fuente.

En nuestro país, Saux estima que cuando el deudor asume un acto peligroso de los contemplados por el artículo, no originado en un contrato, el tema ingresa dentro de la previsión de lo dispuesto por el art. 55 del Cód. Civ. y Com.y, en consecuencia, el acto ingresa también en la autodeterminación aunque con los límites del orden público, la moral y las buenas costumbres⁽¹⁷⁾.

La interpretación supone que cuando la causa es contractual se estaría en presencia de un acto jurídico válido, aunque con prestaciones inexigibles (infra N.º 5) y, en cambio, inválido cuando la causa es distinta (no contractual). Sin embargo, la diferencia de origen del objeto de las obligaciones contempladas por el artículo, hace difícil justificar tamaña diferencia de régimen según la causa de las prestaciones. Más ortodoxo, a mi juicio, es interpretar de *lege lata* —sin perjuicio de proponerlo de *lege ferenda*— la asimilación de las situaciones, es decir, la extensión de la aplicación analógica del artículo a aquellas prestaciones contempladas por el texto legal que tienen como fuente un acto jurídico no contractual. Es cierto que la propuesta interpretativa plantea un nuevo interrogante: la circunstancia que la obligación de objeto peligroso emane

(16) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho de las Personas”, décimo cuarta ed. actualizada por Enrique Varsi Rospligliosi, Rimay Eds., p. 203.

(17) SAUX, Edgardo I., en “Tratado de Derecho Civil. Parte general, dirigido por E. I. Saux, Ob. cit., T. II, p. 264, nota 356.

de una declaración de voluntad no contractual, posibilita la revocación unilateral del emisor? No debe perderse de vista que la revocación es de la esencia de la disposición de un derecho personalísimo (arts. 55 y 56) y ello marcaría una posible distinción con la inexigibilidad del objeto de la obligación emanada de un contrato (ver, sin embargo, infra N.º 8).

En suma, no cabe perder de vista que la norma no es sino una aplicación particular de la tutela de los derechos personalísimos fundados en la dignidad de la persona y, asimismo, que por ello están en juego derechos fundamentales protegidos por la Constitución Nacional. Tanto son actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona cuando el origen es el objeto de una obligación emergente de un contrato, como el que proviene de un acto jurídico no contractual!! Y ninguna razón existe para justificar una diferencia de régimen legal.

III. LOS DERECHOS COMPROMETIDOS POR LOS ACTOS PELIGROSOS QUE CONTEMPLA LA NORMA. EL SIGNIFICADO DE LA OMISIÓN DEL REQUISITO DEL TÉRMINO “FÍSICA” ALUDIENDO A LA INTEGRIDAD

Uno de los derechos a que se refiere la norma es el derecho a la vida (o mejor, derecho de vivir o a la inviolabilidad de la vida humana). En otra ocasión me he ocupado de este derecho, a cuyo lugar corresponde remitirse ⁽¹⁸⁾. Aquí, será suficiente decir que es un complejo de normas constitucionales, civiles y penales, las que se ocupan de tutelar ese derecho ⁽¹⁹⁾. En el Código Penal la tutela resulta de las disposiciones que penan e incriminan el homicidio (art. 79 a 84); el aborto (arts. 85 a 88), el abandono de persona cuando se pone en riesgo su vida o salud (arts. 106 a 108). Si bien el Código Civil y Comercial no lo enuncia entre los derechos personalísimos, esa ausencia carece de verdadera significación ⁽²⁰⁾.

(18) TOBIAS, José W., “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, Ob. cit., T. II, p. 50 y ss.

(19) Además de ser uno de los implícitamente reconocidos (art. 33 Constitución Nacional), está garantizado por Convenciones y Tratados que tienen jerarquía constitucional: Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4º inc. 1), Convención sobre los Derechos del Niño (art. 6.1); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3º); Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1º); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6º). Otros artículos regulan aspectos específicos (arts. 18, 29)

(20) TOBIAS, José W., “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, Ob. cit., T. II; p. 43 y ss.

Además, que todo menoscabo a una vida individual termina de modo definitivo y decisivo toda realización humana y ello posibilita afirmar que constituye un bien central a cuyo alrededor se configuran los restantes derechos fundamentales. De algún modo, el menoscabo de la vida conlleva de modo indirecto una violación de todos los otros derechos personalísimos. Aunque es cierto que se puede preferir la muerte a vivir sin libertad, es también cierto que no se pueden gozar de las restantes libertades si no se goza de la vida.

Mayores consideraciones requiere el derecho a la integridad (es perceptible que la eliminación del vocablo “física” tiende a ampliar el ámbito de tutela de la norma). Una tesis, amplia, entiendo que abarca una faceta negativa consistente en la tutela de la inviolabilidad corpórea (y psíquica) frente a atentados o amenazas y, además, una positiva, comprensiva de la facultad de disponer de aspectos de la esfera corporal (y psíquica) ⁽²¹⁾.

Otra, más circumscripita, limita el contenido del derecho a la faceta negativa. Lo atinente a las facultades de disponer de la esfera corporal (y psíquica) —la faceta positiva— es considerado otro derecho personalísimo, autónomo del primero: el derecho a la disposición del propio cuerpo y, todavía, el derecho a disponer del propio cadáver constituiría otro derecho autónomo ⁽²²⁾.

Todavía —es mi opinión— se afirma que lo concerniente a la disposición de la esfera corporal (y psíquica) no es materia o contenido de este derecho ni de un pretendido derecho autónomo, sino una manifestación particular del ejercicio de derecho a la libertad o a la autodeterminación: al disponer de aspectos de su esfera corporal (y/o psíquica) la persona “ejercita” su derecho a la libertad ⁽²³⁾.

(21) ONDEI, Emilio, *Le personne...*, cit., ps. 255 y ss.; LACRUZ BERDEJO, José L., y otros, “Elementos de Derecho Civil Parte general...”, Dykinson, vol. 2, p. 60; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho...*, ob. cit., p. 359, PUIG FERRIOL, Lluís y otros, “Manual de derecho civil”, I, Marcial Pons., ps. 364 y ss.; COBAS, Manuel - ZAGO, Jorge, *Derecho civil. Parte General*, Ed. Universidad, ps. 98 y ss.; RIVERA, Julio C., “Instituciones de derecho civil Parte General”, 3ª ed., Lexis Nexis, t. II, p. 41.

(22) BERGOGLIO, María T. - BERTOLDI DE FOURCADE, María V., “Trasplantes de órganos”, Hammurabi, Buenos Aires, ps. 22 y ss. y 45 y ss.; MALICKI, Anahí, en BUERES, “Código Civil y normas complementarias”, dirs. A. J. Bueres - E. Highton, Hammurabi, T. I, p. 188; II Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1983); CNCiv. y Com. de Azul, sala 2ª, causa 51.055, “D., R. V. c. Sucesores de D., P. V. M. y otro s/acción de impugnación y de reclamación de filiación extramatrimonial”.

(23) TOBIAS, José W., Tratado de Derecho Civil. Parte general, Ob. cit., T. II, p. 96.

De ese modo, el derecho a la integridad (mejor a la integridad psicofísica) tutela la integridad de las manifestaciones físicas y psíquicas frente a las agresiones o amenazas de agresiones (la intangibilidad psicofísica de la persona). La agresión a este derecho abarca cualquier atentado que lesione la intangibilidad física o psíquica y caracterológica de la persona. Así las cosas, el derecho comprende la tutela de la salud psicofísica de la persona: ella puede ser alterada sin que se produzca un cambio de la morfología o estructura física.

Regularmente, la faceta negativa del derecho a la integridad actúa frente a amenazas o menoscabos de terceros. En lo que acá interesa, en cambio, el derecho a la integridad, como el de la vida, actúa como un límite a la autodeterminación de la propia persona. El ejercicio de su derecho a la libertad no puede poner en peligro su derecho a la integridad (a salvo la concurrencia de las dos excepciones que menciona el artículo).

Las consideraciones precedentes explican —y justifican— la solución del artículo (en cuanto elimina la exigencia de algunos de sus antecedentes a la integridad “física”). La supresión del término, en efecto, posibilita entender en un sentido amplio el derecho a la integridad ⁽²⁴⁾. En esencia, se está en presencia de una forma de respeto a la dignidad humana: el ámbito de disponibilidad del propio cuerpo —regulado en los arts. 55 y 56— encuentra acá, el límite de la peligrosidad de ciertas actividades que actúan como un límite a la autonomía privada. En la tensión entre el derecho a la autodeterminación y los derechos personalísimos que menciona, el texto lo resuelve fijando límites al primero en resguardo de los segundos.

IV. LA EXTENSIÓN DE LA INEXIGIBILIDAD A ACTOS PELIGROSOS PARA OTROS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

La doctrina argentina, en general, circunscribe el análisis del artículo a la inexigibilidad de los actos peligrosos para la vida o la integridad de la persona (aunque involucrado dentro del derecho a la integridad a la salud) ⁽²⁵⁾.

(24) LAVALLE COBO, Jorge, en “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, dirigido por A. J. Bueres, Hammurabi, T. 1 A, p. 403.

(25) Ver, por ejemplo, HOOFT, Irene, en “Código Civil y Comercial comentado”, dirigido por J. C. Rivera - G. Medina, La Ley, T. I, p. 218 y s.; TALE, Camilo, en “Código Civil y Comercial comentado y anotado”, La Ley, dirigido por P. Heredia - C. Calvo Costa, T. I, art. 54, LAMM, Eleonora, en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, dirigido por M. Herrera - G. Caramelo - S. Picasso, Infojus, T. I, p. 134; LAVALLE COBO,

Pero inmediatamente surge el interrogante de la razón de ser de lo que sería la exclusión de otros derechos personalísimos (constitucionales y fundamentales). ¿Cuál sería el fundamento para excluir de la inexigibilidad el objeto de obligaciones que constituyen actos peligrosos para otros derechos personalísimos (circunscribiendo la inexigibilidad a la vida y la integridad)? Tanto es lesiva para la dignidad de la persona la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad como aquellos que lo son —en otros casos— por ejemplo, para la intimidad o el honor ⁽²⁶⁾.

No es posible, a mi juicio, subsumir esas situaciones en lo dispuesto por el artículo 1732: éste contempla situaciones de imposibilidad “esencial y absoluta” que acarrearán la extinción de la obligación ⁽²⁷⁾ y aquí se está en presencia de la “posibilidad jurídica y legal de la prestación que puede ejecutarse, pero a la que el deudor se niega por violar un derecho personalísimo” ⁽²⁸⁾.

La referencia del último párrafo del citado artículo 1732 (la existencia de la imposibilidad a que se refiere “debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos”) no permite, a mi juicio, sustentar la existencia de una “imposibilidad moral” para “morigerar” la causa de lo que constituye la extinción de la obligación (convirtiendo la imposibilidad en inexigibili-

Jorge, en “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Ob. cit., T. I A, p. 403; SAUX, Edgardo, en “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, dirigido por E. I. Saux, Rubinzal Culzoni, T. II, p. 264 y s.; Contegrand, Julio, en “Tratado de Derecho Civil y Comercial”, dirigido por A. Sánchez Herrero, La Ley, T. I, p. 184 y ss.. También, por mi parte, en TOBIAS, José W., “Tratado de Derecho Civil. Parte general, Ob. cit., T. I, II, p. 91 y s.. En el derecho Peruano, asimismo, refiriéndose al similar art. 12 del Código Civil de ese país; VARSÍ ROSPIGLIOSI; Enrique, “Tratado de Derecho de las Personas”, Gaceta Jurídica, p. 438 y ss.; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho de las personas”, 14ª ed. actualizada por E. Varsi Rospigliosi, Rimay Eds., p. 202.

(26) Se cita el caso de un fotógrafo contratado para la televisión que es pacifista y que se negara a cumplir reportajes sobre manifestaciones tumultuosas que exhiban violencia y que ha cumplido con el deber previo de informar (FERRANTE, Alfredo, “Límites a la ejecución de una obligación contractual y constitucionalización del derecho civil”, en “Liber Amicorum - Homenaje a Luis L.P. Leiva Fernández”, La Ley, p. 485.

(27) TALE, Camilo, en “Código Civil y Comercial comentado y anotado”, dirigido por P. Heredia - C. Calvo Costa, ob. cit., t. I, art. 54.

(28) FERRANTE, Alfredo, “Límites a la ejecución de una obligación contractual y constitucionalización del derecho civil”, en “Liber Amicorum Homenaje a Luis L.P. Leiva Fernández”, Ob. cit., p. 481.

dad) ⁽²⁹⁾ cuyo texto, reitero, debe acarrear una imposibilidad esencial y absoluta que extingue la obligación.

Más adecuado parece concluir que no es exigible el cumplimiento de obligaciones que configuran actos peligrosos para otros derechos personalísimos no mencionados en el artículo 54, (no concurriendo las excepciones que contempla), en virtud de que contrarían la dignidad de la persona, asimilándose en los efectos a las situaciones previstas en el citado artículo 54. Sucede que el art. 51 no solo consagra una protección amplísima de la dignidad, postulando que la “persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” y que el artículo siguiente establece que la persona humana ... que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal puede reclamar la prevención...”. En rigor, se está en presencia de un principio (que contiene un valor [art. 2º]) que es constitutivo del fundamento de todo derechos personalísimo ⁽³⁰⁾ sino que, además, constituye un límite al objeto de los contratos (arts. 279 y 1004) ⁽³¹⁾ .

Es menester agregar, todavía, que la dignitas constituye un “principio y valor constitucional” (arts. 14 *bis*, 42 y Tratados y Convenciones Internacionales que tienen jerarquía y valor constitucional) ⁽³²⁾ que constituye el fundamento o basamento de los derechos personalísimos y, más

(29) Lo sostienen, en cambio, TANZI, Silvia - PAIPILLU, Juan M., en “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, dirigido por A. J. Bueres, Hammurabi, T. 3F, p. 393. También, en la misma obra y p., PICASSO, Sebastián - CICHINO, Paula M. Antes de la entrada en vigencia del nuevo Código, BUERES, Alberto J., “La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad civil”, en Tratado de la buena fe”, dirigido por Marcos Córdoba, La Ley, T. I, p. 355 y, ahora, en “El caso fortuito y otros institutos jurídicos que poseen una específica fortuitidad pero que no configuran un caso fortuito (a propósito de la pandemia del Covid-19)”, RDPC 2020-3, p. 72 y ss.

(30) Sobre el tema, TOBIAS, José W., “La dignitas: principio y valor constitucional. Fundamento de los derechos personalísimos. Límite a la disponibilidad de los derechos personalísimos”, en “Estudios de los Derechos Personalísimos - Obra en Homenaje al Académico Santos Cifuentes, Instituto de Derecho Civil - Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 77 y ss..

(31) FERRANTE, Alfredo, “Límites a la ejecución de una obligación contractual y la constitucionalización del derecho civil” en “Liber Amicorum Homenaje a Luis E. P. Leiva, Fernández, ob. cit., p. 469 y ss.

(32) Ver la mención en TOBIAS, José W., “La dignitas: Principio y valor constitucional. Fundamento de los Derechos Personalísimos. Límite a la disponibilidad de los Derechos Personalísimos”, ob. cit., p. 77 y ss., en especial nota 10.

aún, junto con otros principios constitucionales son los pilares centrales de los principios informadores del Estado de derecho ⁽³³⁾.

La caracterización de la situación debe formularse atendiendo a los principios de la buena fe (art. 9º) y el abuso del derecho (art. 10) ⁽³⁴⁾. En ese orden, es compartible la opinión ⁽³⁵⁾ que la inexigibilidad se producirá cuando el deudor no cumpla el deber de información que le incumbe en esa situación particular.

**V.L A CARACTERIZACIÓN DEL ACTO PELIGROSO A QUE ALUDE
EL ARTÍCULO Y LA NATURALEZA DEL ACTO JURÍDICO QUE LE DA
ORIGEN. LOS ACTOS “EXCEPCIONALMENTE PELIGROSOS” Y LA
INVALIDEZ DE LA FUENTE**

El texto que se considera establece la inexigibilidad de las obligaciones que tienen por objeto la realización de los actos que menciona. No alude a la invalidez del contrato que es la causa fuente de esas obligaciones, de modo que hay que considerar que se está en presencia de un contrato válido, aunque con las inexigibilidades de las obligaciones que menciona.

Resulta particularmente compleja la caracterización de los “actos peligrosos” a los que alude el artículo y ello se explica por la notable variedad y extensión del peligro, además de la proporcionalidad de los fines en virtud de los cuales se afronta el riesgo. Se citan en la doctrina, los ejemplos de los espectáculos circenses de doma de animales salvajes; los equilibristas o trapecistas de circos, los toreros (en los países en que se

(33) TOBIAS, José W., “La dignitas: Principio y valor constitucional. Fundamento de los Derechos Personalísimos. Límite a la disponibilidad de los Derechos Personalísimos”, ob. cit., p. 90. Se lo ha caracterizado, incluso, como “Principio de principios, queriéndose hacer notar con ello que es el principio del que derivan todos los derechos personalísimos (LORENZETTI, Ricardo L., en “Código Civil y Comercial comentado”, ob. cit., t. I, p. 276).

(34) Aunque el texto alude a la aplicación de la buena fe en el “ejercicio” de los derechos, existe coincidencia en que se refiere a toda conducta en el ámbito de las relaciones y situaciones jurídicas (también al cumplimiento de deberes y, más genéricamente, a toda conducta -incluso omisiva- con trascendencia jurídica (FERREIRA RUBIO, Delia, en “Código Civil y Comercial y normas complementarias”, dirigido por A. J. Bueres, Hammurabi, T I, p. 85 y s.)

(35) FERRANTE, Alfredo, “Límites a la ejecución de una obligación contractual y constitucionalización del derecho civil”, en “Liber Amicorum Homenaje a Luis E. P. Leiva Fernández”, ob. cit., p. 482 y s.

admite la práctica); los fotógrafos que cumplen funciones en acciones de guerra; la actuación en películas de “dobles” de riesgo para interpretar escenas de peligro (saltos al vacío, choque de automotores a gran velocidad); el trabajador en fábricas de explosivos o en minas o en actividades a gran altura; prácticas riesgosas para ingresar en récords “Guinness”, prácticas recreativas en el ámbito del llamado turismo aventura (actividades aéreas en paracaídas o similares, saltos al vacío sujeto por una cuerda elástica; caminatas con tramos angostos y escarpados), etc. Consideraciones especiales suscitan las prácticas y los espectáculos permitidos y regulados, como el boxeo o las carreras de autos o motos.

En un intento de precisar los actos peligrosos a los que se refiere el art. 54, es posible descartar, inicialmente, aquellos actos en los que “eventualmente” puede resultar un daño grave. Sucede que en la mayoría de los contratos puede accidentalmente suceder un perjuicio importante para una de las partes (se cita como ejemplo el caso del contrato de locación en que un portón de hierro en estado defectuoso puede herir al locatario ⁽³⁶⁾). Es perceptible que la norma no aspiró a regular esos supuestos: ellos son los riesgos ordinarios que comportan ciertas actividades (como el contrato de trabajo que supone transitar con bicicleta y el riesgo o peligro eventual de ser atropellados).

Son en principio, actos peligrosos a los que se refiere la norma, aquellos actos que por la naturaleza de la actividad pueden suceder con un grado de probabilidad de alguna significación. En la evaluación del tema —además de la ausencia de la actividad habitual del deudor— no puede prescindirse de considerar, en ocasiones, otras particulares características del obligado (una cierta actividad puede ser peligrosa para un adulto muy mayor y no para un adulto y serlo para quien tiene ciertas deficiencias físicas y no para quien no las tiene). En otro orden, en la evaluación no puede prescindirse de evaluar la proporcionalidad entre los fines (patrióticos, altruistas, de conciencia) que se persiguen con la exposición al peligro y la ausencia de otros medios para lograr la finalidad (quien se inscribe por patriotismo como voluntario para participar en actos de guerra o quien se inscribe desinteresadamente como voluntario para cuidar enfermos con un alto grado de contagio ⁽³⁷⁾), en cuyo caso no resulta posible predicar la inexigibilidad. El deudor, voluntariamente y en consideración a fines que considera superiores al peligro decide asu-

(36) TALE, Camilo, en “Código Civil y Comercial comentado y anotado”, dirigido por P. Heredia - C. Calvo Costa, ob. cit., T. I, art. 54.

(37) Fundando la hipótesis en que una arraigada conciencia social legitima la actitud de esa conducta, PUIG FERRIOL, Luis, “Fundamentos de Derecho Civil”, Bosch, T. I, vol. I, p.118.

mirlo. El eventual menoscabo a derechos personalísimos ha sido asumido en consideración a fines que se consideran superiores y resultan proporcionados al riesgo que se asume (y lo son objetivamente) ⁽³⁸⁾.

Resulta indiferente que el peligro sea potencialmente inmediato a la concreción de la obligación o lo sea en el largo plazo (empleo de sustancias cancerígenas o actividades que provocan discapacidades funcionales en el largo o mediano plazo) ⁽³⁹⁾.

La dificultad se acentúa cuando se trata de actos “excepcionalmente” peligrosos para el derecho personalísimo comprometido y no concurren los fines apuntados ⁽⁴⁰⁾. En la consideración del tema no es posible prescindir de la circunstancia que el término —existente en algunos antecedentes de la norma (supra núm. 1)— fue expresamente excluido por el legislador. Ello es indicativo que es innecesaria la “excepcional” peligrosidad. Es suficiente, reitero, una peligrosidad de cierta significación.

Así, la verdadera disyuntiva es determinar si cuando los actos son “excepcional” y desproporcionadamente peligrosos para afrontar el derecho personalísimo de que se trata, la situación es subsumible en la “inexigibilidad” prevista por la norma o, si por el contrario, se está en presencia de contratos inválidos. El artículo 1004, a propósito de ello, establece que no pueden ser objeto de los contratos, entre otros, los hechos que sean contrarios a la moral, al orden público o a la dignidad humana y agrega que cuando tienen por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56. En rigor, cuando la peligrosidad asume

(38) TALE, Camilo, en “Código Civil y Comercial comentado y anotado”, dirigido por P. Heredia - Calvo Costa, ob. cit., T. I, com. art. 54.

(39) LAVALLE COBO, Jorge, en “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, dirigido por A. J. Bueres, ob. cit., T. I A, p. 403. En otro orden, los medios de comunicación dan cuenta de la existencia de reclamos judiciales contra la “World Rugby Association” que promueven ex jugadores de rugby que invocan haber experimentado graves lesiones cerebrales; el consiguiente cambio de reglas del deporte y las indicaciones a los árbitros que sancionen con rigor las violaciones a las mismas.

(40) Camilo Tale menciona el ejemplo de ilicitud citado por un autor español del contrato que una empresa productora celebró con un espontáneo para que protagonizara lances taurinos y se echara sobre los cuernos del animal para una película a cambio de lo cual se estipuló un precio y un importe para el caso que se produjera una invalidez total más una suma para los deudos en caso de muerte. Cita también el caso de la trapeicista española María Cristina Del Pino Segural —“Pinito de Oro”—, quien realizaba sus números de circo sin red, muy peligrosos. Independientemente de su valentía, el autor observa —con razón— que el dinero con que se la retribuía resultaba insuficiente para justificar el riesgo y peligro a que se sometía (TALE, Camilo, en “Código Civil y Comercial comentado y anotado, ob. cit., T. I, com. art. 54).

caracteres excepcionales incompatibles con los fines perseguidos, ha de entenderse que se está en presencia de un acto inválido ⁽⁴¹⁾, por aplicación de las normas citadas.

En la evaluación, como se dijo, se deben considerar los fines perseguidos y si ellos son proporcionales al peligro que se asume. En la hipótesis de la ausencia de proporcionalidad, ha de entenderse que ellos quedan subsumidos en el artículo 1004 —no en el que se considera— y el contrato respectivo carecerá de validez ⁽⁴²⁾.

Quedan excluidas de las citadas consideraciones las hipótesis en que la ley impone a ciertas personas a exponerse a riesgos de vida u otros (prestación servicios militares obligatorios en tiempos de guerra u otros deberes profesionales peligrosos, como el de bomberos, policías, guardaespaldas, etc.). ⁽⁴³⁾

Consideraciones particulares se formulan en relación a actividades peligrosas permitidas normativamente, como las carreras de automotores o de motos o, en particular, del boxeo. En este último caso, juristas de prestigio en nuestro país, por ejemplo Cifuentes ⁽⁴⁴⁾ se han pronunciado por su abolición y distintas Asociaciones médicas han advertido sobre los daños graves (inminentes y a largo plazo) que produce su práctica, incluso la muerte inmediata o a plazo. Se suma a todo ello, su particular y negativa peculiaridad: el boxeador busca provocar intencionalmente en el otro el mayor daño posible!! Independientemente de compartir los argumentos de quienes propician su prohibición ⁽⁴⁵⁾ no cabe distinguir entre la contratación de un boxeador novel (profesional o aficionado) y considerando el grado y proporcionalidad de las aptitudes de quien será su rival, en cuyo caso la prestación no le sería exigible y las hipótesis de un boxeador profesional que se medirá con otro de similares caracterís-

(41) TALE, Camilo, ob. cit., T. I, art. 54.

(42) Autor y lugar citados en la nota anterior.

(43) TALE, Camilo, ob. cit., T. I, com. art. 54.

(44) CIFUENTES, Santos, "Derechos personalísimos, ob., cit., p. 391 y ss.

(45) En Perú, también, FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho de las personas", ob. cit., p. 202 (aludiendo a las carreras de autos o de motos). En nuestro país, BORDA, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil - Parte general, 12ª ed., Abeledo Perrot, T. II, p. 107 luego de señalar que la mayor parte de los juristas es contrario a su validez, no cree posible decidirse lisa y llanamente por la nulidad, aunque piensa que aun siendo repugnante a la idea del derecho que una persona pueda ser constreñida a una pelea quizás sangrienta, cree que pueda fundarse en la equidad la obligación de indemnizar el daño emergente y no el lucro cesante.

ticas ⁽⁴⁶⁾. Este punto de vista no es compartible por quienes sostienen —aludiendo específicamente a los contratos de boxeo— que quien participa de tales encuentros se somete voluntariamente a las lesiones que pueda experimentar, a lo que se agrega que su público reconocimiento, unido a las costumbres prevalecientes y la legislación que lo permite, tornan indudable la legitimidad y eficacia del asentimiento (bien entendido que dentro del respeto a las reglas del juego) ⁽⁴⁷⁾.

Situaciones distintas se presentan en aquellos deportes (fútbol, rugby, hockey) en que la existencia de un cierto riesgo de experimentar lesiones a la integridad, forma parte de las contingencias del juego y la asunción voluntaria de exponerse a ellos (a salvo el obrar culposo del autor del daño), guarda razonable relación con los variados fines útiles que se persiguen con su práctica (para quien los realiza y para la sociedad) ⁽⁴⁸⁾.

VI. LA PELIGROSIDAD SOBREVENIDA O TAMBIÉN LA INICIAL

El texto legal establece la “inexigibilidad” de las prestaciones emanadas de un contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para los derechos personalísimos que menciona.

(46) TALE, Camilo, en “Código Civil y Comercial comentado y anotado”, ob. cit., T. I, com. art. 54.

(47) DE CUPIS, Adriano, “I diritti della personalita”, 2ª ed., Giuffrè, p. 134 y s.; CAGLIA, Fausto, en “Diritto Civile, I, Le fonti e I Soggetti”, diretto da N. Lipari - P. Ruggino, Giuffrè, p. 560 (aunque no sin destacar “una certa contraddizione”); PESANTE, Michelle, “Corpo umano (atti di disposizione)”, ob. cit., p. 660. En nuestro país, MOSSET ITURRASPE, Jorge (dir.), “Responsabilidad civil”, Hammurabi, p. 485 y s. También, un fallo de la CNCiv, Sala I (07/04/2015) que desestimó una pretensión resarcitoria contra la Federación Argentina de Box por la muerte de un boxeador producida en la práctica habitual de un entrenamiento —a raíz de un golpe efectuado por otro deportista—, por considerar que carecía de antijuridicidad, sin que se hubieran violado las reglas del juego (RCyS 2015-VII-70). En otro pronunciamiento, se desestimó una pretensión resarcitoria tendiente a obtener un resarcimiento por el accidente experimentado por el acompañante de un automovilista en una competencia deportiva, por entenderse que era un riesgo al que el actor se sometió en forma voluntaria (CNiv. Sala D, RCyS 2019-X-178).

(48) TALE, Camilo, en “Código Civil y Comercial concordado y anotado”, com. arts. 55 y 56, ob. cit. Ver, sin embargo, las consideraciones de ROMBOLI, Roberto, en “Personne fische”, ob. cit., p. 331 y ss. para quien los fines de la pública diversión (en cuanto las actividades son seguidas y aprobadas por la generalidad de los ciudadanos) no puede legitimar el peligro de una disminución permanente de la integridad psicofísica o la pérdida de la vida.

¿Alude a la peligrosidad inicial, es decir, a aquella a la que una de las partes se ha obligado en la fuente y también a la que ha sobrevenido sin culpa del obligado o solo a esta última? La segunda alternativa no surge de los términos de la norma y, tampoco, de una interpretación acorde con los principios y fundamentos en que se inspira el artículo. Ello posibilita afirmar que también rige en los casos en que el obligado es consciente de los peligros que asume e, incluso, en aquellos en que la otra parte, cumpliendo un deber de información, ha advertido de los riesgos y peligros.

La tesis más restrictiva —se la podría fundar en la consideración que el ordenamiento no tolera los comportamientos culposos— omite considerar que el ordenamiento busca tutelar el aspecto personal sobre el económico (u otra motivación que no sea el dinero) y que en la pugna eventual ha de prevalecer el primer interés (por sobre la asunción de riesgos en atención a la contraprestación económica o la pretensión de alcanzar algún “récord” o simplemente el afán de darse a conocer o por la excitación que el peligro produce. La doctrina argentina adscribe al criterio amplio que aquí se postula ⁽⁴⁹⁾. De lo que se trata, en suma, es de limitar el ámbito de la autodeterminación de modo de eximir a la persona de experimentar actos riesgosos con la expectativa del lucro u otras finalidades similares.

VII. LA CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS EXCLUYENTES DE LA “INEXIGIBILIDAD”

Los actos peligrosos (no los “excepcionalmente peligrosos” con relación a los cuales se postula la invalidez de la fuente) no participan de la “inexigibilidad” si concurren —ambas— ⁽⁵⁰⁾ las dos excepciones a que se refiere la norma: que la actividad peligrosa constituya la actividad habi-

(49) LAVALLE COBO, Jorge, en “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, ob.cit., T. IA, p. 403; SAUX, Edgardo, en “Código Civil y Comercial comentado”, ob. cit., T. I, p. 264 y s.; HOOFT, Irene, en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, ob. cit., T. I, p. 218; LAMM, Eleonora, en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, ob. cit., T. I, p. 134; TALE Camilo, en “Código Civil y Comercial comentado y anotado”, ob. cit., T. I, p. art. 54. En el Derecho peruano, también, FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho de las Personas”, ob. cit., p. 203.

(50) LAMM, Eleonora, en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, dirigido por M. Herrera - G. Caramelo - S., ob. cit., T. I, p. 132; FERRANTE, Alfredo, “Límites a la ejecución de una obligación contractual y constitucionalización del derecho civil”, en “Liber Amicorum Homenaje a Luis F.P. Leiva Fernández”, ob. cit., p. 481.

tual del obligado y que se hayan adoptado todas las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias.

En relación a la primera, se imponen unas precisiones: su particularidad reside en el propio deudor: la circunstancia que la obligación asumida —regularmente de hacer— debe responder a su actividad habitual. Además, si el obligado —sin culpa propia— ha perdido la aptitud física o psíquica para realizar con solvencia la actividad que le era habitual, ha de entenderse que el requisito no está cumplido (el trapecista de circo que por un accidente pierde su aptitud para realizarla). Son de aplicación las otras normas que acarrearán la extinción de la obligación ⁽⁵¹⁾.

El texto alude a la “actividad habitual” y plantea el interrogante si también quedan comprendidos aquellos casos en que la persona ha recibido un entrenamiento intenso y completo para enfrentar los riesgos (por ejemplo, los bomberos y policías que han recibido directivas adecuadas y se ven enfrentados a los riesgos de apagar incendios o patrullaje de calles). Una interpretación de la norma acorde con los principios que resguarda (en especial la dignidad) posibilita sostener que en la hipótesis se configura la “actividad habitual”. La naturaleza y extensión de las prácticas recibidas posibilitará, en muchos casos, afirmar la concurrencia del requisito.

En suma, con la expresión “actividad habitual” se presupone que la persona cuenta con las habilidades, conocimientos, experiencia, hábitos, idoneidad para realizar la actividad de que se trata, de modo que si concurren esas características y adoptadas las medidas de prevención y seguridad, se considera que el peligro se reducirá drásticamente.

Respecto del segundo requisito, habrá de ponderarse si las características de las medidas de prevención y seguridad son propias del obligado (o éste las asumió válidamente en el acto jurídico fuente) ⁽⁵²⁾ o si, por el contrario, más corrientemente están a cargo del acreedor (chale-

(51) TALE, Camilo, ob. cit., T. I, com. art. 54.

(52) Un autor cita el caso de un alpinista profesional que a través de un contrato económicamente beneficioso se obliga a realizar un intento de ascensión en solitario a un cerro de los más altos del mundo y que debe dar cumplimiento a los controles médicos previos, la preparación física idónea, la aclimatación previa requerible en esas latitudes, etc. (REVIRIEGO, Nicolás en “Código Civil y Comercial comentado, dirs. J. Rivera - G. Medina, 2ª Ed., La Ley, com. art. 54)

cos balas en el caso de policías que están expuestos a intercambios de disparos) ⁽⁵³⁾.

En el primer caso, el deudor estará obligado a cumplirlas (de concurrir el primer requisito) y son de aplicación las normas generales y en el segundo, el cumplimiento le es inexigible al obligado.

De concurrir ambas excepciones, la obligación resultará “exigible” y su incumplimiento hace de aplicación las reglas generales (el deber de resarcir los daños, art. 1716) o, en ocasiones, el cumplimiento por otro. Es que la concurrencia de ambos, determina la reducción de los riesgos de daños a los derechos personalísimos y acarrear, como corolario, la exigibilidad de la actividad comprometida. Se parte, en efecto, de la consideración básica de que cuanto mayores sean las medidas de prevención y seguridad adoptadas, menores serán los riesgos y, además, que la circunstancia de haber realizado habitualmente una actividad peligrosa supone contar con la aptitud e idoneidad para desempeñarla (minimizándolos aún más).

VIII. EFECTOS

Establecida la ausencia de los requisitos a que se refiere el número anterior, el precepto —en resguardo de los derechos personalísimos— establece la no “exigibilidad” del cumplimiento: ello supone que el acreedor del servicio u obra no puede reclamar el cumplimiento de la obligación y, también, que el deudor de la actividad peligrosa puede negarse a cumplirla. El texto, en efecto, alude, genéricamente, a que no es exigible el cumplimiento del contrato y, de cualquier modo, el principio del enriquecimiento sin causa (art. 1794) conduce a la misma solución (no resulta concebible que quien se niega a cumplir su obligación invocando la peligrosidad, quede facultado para requerir del acreedor de la obligación peligrosa, el cumplimiento de la contraprestación). Correlativamente, además, que como consecuencia de ello el acreedor, que por hipótesis ha cumplido las medidas de seguridad y prevención adecuadas que están a

(53) En el ámbito del contrato de trabajo, el artículo 75 de la LCT, modificado por la ley 27.323, contempla la tutela de la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores previendo la posibilidad de retención de tareas sin mengua o pérdida de las remuneraciones en presencia de transgresiones o inobservancia de sus deberes. Por su lado, la ley de higiene y seguridad 19.587, su decreto reglamentario y las resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo son normas integrativas del citado artículo 75 de la LCT.

su cargo, no está obligado a satisfacer la prestación correspectiva (si se trata de contratos bilaterales).

La aludida situación —se ha afirmado que se está en presencia de un contrato válido (supra no. 5)— no deja de suscitar alguna perplejidad: no es posible considerar que se estaría en presencia de la subsistencia de un vínculo —con prestaciones “inexigibles”— sin límites de tiempo (a salvo la hipótesis en que se esté en presencia de un acto desproporcionado y excepcionalmente peligroso, en cuyo caso se ha afirmado que se está en presencia de la invalidez del negocio fuente).

Por lo pronto, el deudor de la prestación inexigible, tratándose de una obligación en que se ha dispuesto de derechos personalísimos, está facultado para revocar unilateralmente el vínculo contractual (arts. 55 últ. párr., 56) ⁽⁵⁴⁾, siendo aplicables en su caso los arts. 1719 y 1720 del Cód. Civ. y Com. El acreedor, a su vez —sobre todo en aquellos casos en que la prestación se ha vinculado con un acontecimiento a realizarse en un tiempo determinado— también puede revocar unilateralmente el contrato quedando en libertad para contratar el servicio u obra de un tercero

Por otra parte, el incumplimiento del cocontratante a adoptar las medidas de prevención y seguridad a su cargo, hace inexigible la prestación a cargo del deudor de la actividad (corresponda o no a su actividad habitual) y, dependiendo de las circunstancias, este podrá resolver el contrato fundado en el incumplimiento (art. 1077 y ss.) y reclamar los daños y perjuicios.

IX. CONEXIÓN DE LA NORMA CON LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR (ART. 5°)

Con sustento en que el Código Civil y Comercial consagra una serie de principios de protección mínima del consumidor (una ley especial no podría prescindir de ellos), se ha vinculado la norma que se considera

(54) El texto a que se hace mención no reitera el criterio de antecedentes nacionales (art. 115 Proyecto 1993 y 108 Proyecto 1998) que contemplaban la revocabilidad del consentimiento aunque con la consecuencia de tener que resarcir los daños, salvo norma legal en contrario. El Código Civil de Perú niega el derecho a una indemnización si se revoca el acto de disposición sobre el propio cuerpo (art. 9°) y el Código Civil de Portugal, en cambio, reconoce un derecho al resarcimiento en el caso de revocación del consentimiento respecto de los derechos personalísimos que enuncia en el Capítulo correspondiente (art. 81).

con el art. 5° de la Ley de Defensa del Consumidor, que prescribe que las cosas o servicios que constituyen el objeto de la relación de consumo deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles y normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios ⁽⁵⁵⁾. En rigor, es esta una norma de orden público de protección en el ámbito del derecho del consumo, que no establece reglas de disposición de derechos personalísimos (como lo hace el art. 54) ⁽⁵⁶⁾.

(55) MULLER, Enrique, “El derecho a no cumplir obligaciones que impliquen actos peligrosos”, *Rev. Derecho de Daños*, n. 2016-1, Consumidores, Rubinzal Culzoni, p 341 y ss.

(56) SAUX, Edgardo, “Tratado de Derecho Civil Parte general, ob. cit., T. II, p. 266 nota 359.

EL VALOR DE LA VIDA HUMANA

POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO (*)

I. INTRODUCCIÓN

El tema que es objetivo de esta monografía plantea como interrogante si resulta posible la determinación independiente del valor de la vida humana, cuestión vinculada estrechamente a dos elementos necesarios, uno el daño en si propio y el otro el contenido del resarcimiento ante la muerte de una persona.

En cuanto al daño que la ley considera en la órbita de la responsabilidad civil es aquel que resulta resarcible o indemnizable, al que la doctrina italiana siempre identificó como *danno antigiuridico*, pero que entre nuestros autores recibió la cualificación de “daño resarcible” (1). En el primer sentido indicado, el ilustre jurista Adriano De Cupis aclara: “...*ma oltre que un fenómeno dell’ordine fisico, esso puo altresì costituire un fenómeno giuridico, vale a dire un fenómeno giuridicamente qualificato...*” (2).

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Orgaz Alfredo: El daño resarcible, Ed. Omeba, Bs. As. 1960, 2da. edic., p. 92, N.º 23. Zannoni Eduardo: El daño en la responsabilidad civil, Ed. Astrea, Bs. As. 1982, p. 3 y ss. Ubiría Fernando: Derecho de daños en el Cod. Civ. y Com., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 2016, p. 117 y ss. Viney Geneviève - Jourdain Patrice: Les conditions de la responsabilité civile, dans le “Traité de droit civil” dir. Par Jacques Ghestin, Ed. L.G. de D. et J., 2ème. Edit., p. 9, N.º 248. Tunc André: La responsabilité civile, Ed. Economica, Paris 1981, p. 16, N.º 11.

(2) De Cupis Adriano: Il danno. Teoria generale della responsabilita civile, Ed. Giuffre, Milano 1966, p. 7 y ss. Visintini Giovanna: Trattato breve della responsabilità civile, Ed. Cedam, Padova (Italia) 1996, p. 343, la autora refiere expresamente al “danno ingiusto”.

Este “daño resarcible” se integra y completa con un hecho físico dañoso, y el necesario presupuesto normativo. De ese modo se debe producir con la lesión a un interés humano jurídicamente protegido, haciendo válida la conocida expresión de que “lo que el derecho tutela el daño vulnera” (3).

En un sentido amplio resulta posible afirmar que el daño o perjuicio es siempre la consecuencia de una acción humana que causalmente viene a lesionar un interés privado jurídicamente reconocido. Para mejor explicar todo ello, algunos importantes autores toman como referencia dos conceptos: uno el del “interés”, y otro el del “bien”. El interés refiere siempre a una necesidad humana que debe o puede ser satisfecha mediante un determinado objeto; por su lado el mentado “bien” permite que con su obtención una necesidad pueda ser satisfecha. De todo es posible deducir que se brinda el “daño resarcible” cuando el *factum* dañoso altera el interés que fuera objetivo de tutela (4).

II. REQUISITOS DEL DAÑO Y LA LESIÓN A UN INTERÉS

Es de importancia señalar que el daño indemnizable al que el derecho privado refiere y puede considerarse como uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, exige el cumplimiento de ciertos requisitos para su consideración como tal.

Ellos son: la certeza, personalidad, subsistencia, y la lesión a un interés legítimo (5).

(3) Zannoni E.: El daño en la responsabilidad civil, cit., p. 6 y ss. Wiezba Sandra: Manual de obligaciones civiles y comerciales, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2015, p. 265 y ss. Calvo Costa Carlos A.: Daño resarcible, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, p. 51 y ss. Borrel Macía Antonio: Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual, Ed. Bosch, Barcelona 1958, p. 211. Ubiría Fernando A.: Derecho de daños en el Cod. civ. y com. de la Nación, cit., p. 117 y ss.

(4) Bustamante Alsina Jorge: Teoría general de la responsabilidad civil, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1997, 9na. edic., p. 159, N.º 282. Alterini Atilio A.: Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1974, 2da. edic., p. 123, N.º 144. Mazeaud Henri et Leon - Tunc André: Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual, Ed. Ejea, trad. de la 5ta. edic. francesa por d. Luis Alcalá Zamora y Castillo, Bs. As. 1961, T. I, v. I, p. 293, N.º 208. Izquierdo Tolsada Mariano: Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual, Ed. Reus, Madrid 1993, v. I, p. 182.

(5) Cazeaux Pedro N. - Trigo Represas A. F.: Derecho de las obligaciones, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2010, T. 358 y ss., No. 260. Pizarro Ramón D. - Vall-espinos Carlos G.: Instituciones de derecho privado. Obligaciones, Ed. Hammurabi,

II.1. Certeza

En cuanto a la certeza o certidumbre implica que el perjuicio exista, o sea, es decir que se tenga plena seguridad de este, a lo cual se opone lo meramente hipotético o eventual. Desinteresa de si ya está presente o puede alegarse su futuridad, pero exige el requisito imprescindible que se demuestre su existencia. Como bien enseñan los profesores Mazeaud y Tunc, en lo más elevado de la doctrina francesa: "...Es preciso que el juez tenga la certeza que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha...". A lo que, referido a lo incierto, agrega Savatier: "...*Le véritable dommage incertain est celui dont la existence même n'est pas établie...*" y agrega: "...*Parfois aussi, on qualifie de préjudice incertain un dommage sur dans son existence et sa causalité et dont l'ampleur seule est encore indéterminée...*"⁽⁶⁾.

A ello y muy vinculado al tema, parece relevante traer la opinión de Alfredo Orgaz, entre los más ilustres juristas nacionales, quién dice: "...El daño debe ser cierto, y no puramente eventual o hipotético...", y agrega: "...a la inversa el daño es incierto, y por ello no resarcible, cuando no se tiene ninguna seguridad de que vaya a existir en alguna medida, no ofreciéndose aún más como una simple posibilidad. El simple peligro o la sola amenaza de un daño no basta..."⁽⁷⁾.

Bs. As. 1999, T. II, p. 636, N.º 536. Calvo Costa Carlos A.: Daño resarcible, cit., con introducción del Dr. Alberto J. Bueres, p. 227. Llambías Jorge J.: Tratado de derecho civil. Obligaciones, Ed. Perrot, Bs. As. 1973, 2da. edic., T. I, p. 306, N.º 247. Trigo Represas Felix A. - Compagnucci de Caso Rubén H.: Responsabilidad civil por accidentes de automotores, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2008, 2da. edic., T. II, p. 226, N.º 23. Bueres Alberto J.: El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta, en el libro "Derecho de daños. Primera Parte" (homenaje al Dr. J. Mosset Iturraspe), Ed. La Rocca, Bs. As. 1989, p. 141 y ss.

(6) Mazeaud H. y L. - Tunc A.: Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, cit., T. I, v. I, p. 327, N.º 232. Savatier René: *Traité de la responsabilité civile*, Ed. L.G. de D. et J., 2ème. Edit., Paris 1951, T. II, p. 88, N.º 522. Le Tourneau Philippe: *La responsabilité civile*, Ed. Dalloz, 2ème. Edit., Paris 1976, p. 150, N.º 407. Alterini Atilio A. - Ameal Oscar- Lopez Cabana Roberto M.: Derecho de obligaciones civiles y comerciales, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2008, 4ta. edic., p. 295, N.º 592.

(7) Orgaz A.: El daño resarcible, cit., p. 93, N.º 23. Viney G.- Jourdain P.: Les conditions de la responsabilité, cit., dans le "Traité de droit civil", dir., par Jacques Ghestin, p. 66, N.º 275, dicen: "...La condition de certitude du dommage va de soi...". Cazeaux P. N.- Trigo Represas F. A.: Derecho de las obligaciones, cit., T. I, p. 359, N.º 261. Alterini A. A.: La responsabilidad civil, cit., p. 124, N.º 147. Trigo Represas Felix A.: Pérdida de chance, Ed. Astrea, Bs. As. 2008, p. 7 y ss.

II.2. Personalidad

Otra cualidad necesaria es el carácter personal de la víctima, lo cual significa que el daño debe haber sido sufrido por el accionante. Como regla, nadie puede pretender ser resarcido de un daño que no le es propio, ni reclamar los perjuicios sufridos por otras personas. Quedando a salvo los casos en que el demandante pueda resultar destinatario de una acción futura en virtud de una obligación legal o convencional preexistente de quien indirectamente recibió el perjuicio. De esto último se da como ejemplo el de una persona que recibió lesiones físicas y es deudor de alimentos a miembros de su familia, que puede incluir ello en la demanda por el tiempo que exija su rehabilitación ⁽⁸⁾.

Este elemento que se anota como muy particular, no implica que reste ajustado y adherido al titular, ya que se presentan casos de personas que están habilitados a reclamar daños por perjuicios sufridos por otros, invocando la calidad jurídica de “damnificado indirecto”. Ello se puede ver en lo previsto en el art. 1741 referido al daño moral cuando permite que puedan reclamar los ascendientes, descendientes, cónyuge, etc.; y para el supuesto de homicidio, también denominado indemnización por fallecimiento, se agrega los legitimados de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1745, ambos artículos corresponden al Cód. Civ. y Com. ⁽⁹⁾.

II.3. Subsistencia

Una de las condiciones entre las colocadas en el art. 1739 del Cod. Civ. y Com., es la “subsistencia” del perjuicio. Sobre la norma citada es necesario hacer notar que, a pesar de su enunciado (requisitos), se han entremezclado algunas clasificaciones como las de “daño cierto e in-

(8) Calvo Costa C. A.: Daño resarcible, cit., p. 237. Ubiría Fernando A.: Derecho de daños..., cit., p. 123. Wierzba S.: Manual de obligaciones civiles y comerciales, cit., p. 268. Trigo Represas Felix A.: Pérdida de chance, Ed. Astrea, Bs. As. 2008, p. 7 y ss. Pizarro R. D. - Vallespinos C. G.: Instituciones de derecho privado. Obligaciones, cit., T. II, p. 654. Le Tourneau Philippe: La responsabilité civile, cit., p. 161, No. 433. Viney G.-Jourdain P.: Les conditions de la responsabilité civile, cit., p. 94, No. 288, afirman: “... Il est courant d’affirmer qu’en dommage ne peut donner lieu à l’application des principes de la responsabilité civile que s’il est “personnel”.

(9) Alferillo Pascual: coment. a los arts. 1741 y 1745, en “Alterini Jorge H.” (dtor.), Alterini Ignacio E. (Coord.), Código civil y comercial. Tratado exegético, Ed. Thomson Reuters. La Ley, 3ra. Edic., Bs. As. 2019, T. VIII, p. 309 y ss. Calvo Costa Carlos: coment. al art. 1741, en “Bueres A. J.” (dtor.), Código civil y com. de la Nac., y normas complementarias, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2018, T. III- F, p. 477 y ss. Pizarro Ramón D.: El daño moral, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2004, 2da. edic., p. 36 y ss. Bueres Alberto J.: El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, en Rev. Der. Privado y comunitario (Daños a la persona), Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1992, p. 257.

cierto”, y “actual y futuro”, con un solo elemento estructural que es el de la certeza. En cuanto a la “subsistencia”, es un concepto muy particular que merece algún detenimiento ⁽¹⁰⁾.

La cuestión por debatir es si los efectos del hecho dañoso deben mantenerse y estar presentes al tiempo de promoverse el reclamo resarcitorio para su viabilidad, o en caso contrario y por no “subsistir” a ese tiempo cronológico, debe ser rechazada la demanda respectiva. Es importante aclarar que la cuestión deja de ser debatida cuando su insubsistencia se debe a que el daño ya fue reparado, ya bien por el responsable, o una compañía aseguradora, o como situación curiosa por el mismo damnificado. En los dos primeros casos porque la víctima se encuentra resarcida, y el último en razón de que reparar el automotor dañado para poder continuar circulando no impide demandar el pago de los perjuicios sufridos ⁽¹¹⁾.

La cuestión por debatir sobre la subsistencia se brinda en el supuesto en que el perjuicio ha desaparecido por hechos ajenos a las partes, o por caso fortuito. El jurista alemán Karl Larenz da el siguiente ejemplo: una persona demanda el reclamo indemnizatorio porque le han roto un vidrio de una ventana, en el decurso del proceso un movimiento sísmico pasa a destruir todo el inmueble incluidos todos los cristales de los ventanales. El interrogante es el siguiente: ¿puede el demandado alegar que su hecho carece de significación económica ya que todo igualmente se habría destruido por el terremoto? Las respuestas de los autores no son pacíficas ⁽¹²⁾.

(10) Trigo Represas Felix A.: Subsistencia del perjuicio como requisito del resarcimiento del daño patrimonial, en el libro “Temas de responsabilidad civil, en honor al Dr. Augusto Mario Morello, Ed. Platense, La Plata 1981, p. 31 y ss. Wierzba S.: Manual de obligaciones civiles y comerciales, cit., p. 271. Lopez Herrera Edgardo: Coment. al art. 1739, en “Rivera J. C.- Medina G. “(dtos.), Cod. civil y com. de la Nac. Comentado, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2014, T. IV, p. 1069, el autor citado aclara muy bien: “...Daño subsistente. Esto quiere decir que el daño todavía debe existir al momento de proponer la demanda. Si fue reparado totalmente y a favor de la víctima no es un daño subsistente...”

(11) Bustamante Alsina J.: Teoría general de la responsabilidad civil, cit., p. 171, No. 328. Trigo Represas A. F. - Compagnucci de Caso R. H.: Responsabilidad por accidentes de automotores, cit., T. II, p. 226 y ss. Lalou H.: *Traité pratique de la responsabilité civile*, Ed. Dalloz, Paris 1962, 6ème. Edit., par Pierre Azard, p. 87, N.º 137.

(12) Larenz Karl: Derecho de obligaciones, Ed. R.D. P., trad. de Jaime Santos Briz, Madrid 1958, T. II, p. Salvat R. - Acuña Anzorena A.: Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones, Ed. Tea, Bs. As. 1958, 2da. edic., T. IV, p. 357. No. 3025.

Entre los más preclaros juristas nacionales el Dr. Bustamante Alsina sostiene: "...El daño no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido; si así fuera, se imponen algunas previas distinciones para establecer si corresponde o no que el autor del acto ilícito deba asumir la reparación...". Por su parte Henri Lalou, en la cálida doctrina francesa, afirma: "...*Le préjudice qui conditionne la responsabilité doit être actuel, c'est-à-dire exister au moment de l'action en responsabilité...*"⁽¹³⁾.

Sin embargo, la tesis mayoritaria se aparta de la interpretación estricta de ese supuesto requisito. En la doctrina francesa los ilustres juristas René Savatier y los hermanos Mazeaud, sostienen que la desaparición del objeto dañado, sin relación de causa y efecto con la culpa, no puede ejercer ninguna influencia sobre el importe de la indemnización debida por el autor del primer daño. O lo que enseña con sabiduría Trigo Represas, "...En materia de daños y perjuicios lo que interesa es que haya existido un detrimento o menoscabo de los legítimos intereses de los damnificados ya que, si ello acaeció, en ese día ha quedado fijado el derecho de éste al resarcimiento..."⁽¹⁴⁾.

A modo de síntesis es posible afirmar que la desaparición de la cosa dañada sin relación causal entre el hecho culposo anterior y el estado actual carece de consecuencias en cuanto a la afectación al derecho del actor y la indemnización que se le debe otorgar por el hecho dañoso⁽¹⁵⁾.

II.4. Interés legítimo o de derecho

El último de los requisitos que fueran señalados anteriormente es que el daño debe menoscabar un interés jurídico legítimamente protegido, que se traduce en el perjuicio a un derecho subjetivo o a un interés legítimo. De allí la pacífica afirmativa de que: "...lo que el derecho tutela el daño vulnera". Ello tiene vinculación precisa con la legitimación que

(13) Bustamante Alsina J.: Teoría general de la responsabilidad civil, cit., p. 171, N.º 328 y ss. Lalou H.: *Traité pratique de la responsabilité civile*, cit., p. 87, N.º 137. Trigo Represas A. F. - Compagnucci de Caso R. H.: Responsabilidad por accidentes de automotores, cit., T. II, p. 230.

(14) Savatier R.: *Traité de la responsabilité civile en droit français*, cit., T. II, p. 186, N.º 608. Mazeaud H. y L. - Tunc A.: Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, cit., T. III, v. I, p. 628, N.º 2419. Cazeaux P. N. - Trigo Represas F. A.: Derecho de las obligaciones, cit., T. I, p. 362, N.º 264. 930.

(15) S.C.B.A., fallo del 24- VI- 69, en Rev. Sensus, v. II, p. 212. Planiol Marcel- Ripert Georges- Esmein Paul: Tratado práctico de derecho civil, Ed. Cultural, La Habana (Cuba) 1946, trad. Mario Diaz Cruz, T. VI, p. 644, N.º 694. Con alguna vinculación al tema: Viney G. - Jourdain P.: *Les conditions de la responsabilité*, cit., p. 92, N.º 287, donde se tratan casos donde se deja sin efecto el principio del "non cumul".

le corresponde o le puede corresponder a quién recibe los efectos del hecho dañoso de manera directa o refleja como damnificado indirecto ⁽¹⁶⁾.

Ahora bien, esto que en apariencia resulta de cierta simplicidad y fácil aprehensión ha generado una serie de dificultades y dudas, y cierto disentir que divide las opiniones de los autores. En mi parecer y siguiendo las ideas de De Cupis, continuadas por Orgaz, Alterini, Trigo Represas, y otros juristas de reconocida autoridad, solamente tienen y están legitimados aquellos que han sufrido un perjuicio que afecta un interés legítimo apoyado en un derecho subjetivo. Lo cual desecha la lesión a los intereses simples o meramente fácticos ⁽¹⁷⁾.

Otra corriente de opinión, siguiendo en cierta medida a la doctrina francesa y alguna tendencia de modernidad, considera que es suficiente la prueba de la lesión a un simple interés de hecho que no resulta ilegítimo; dándose como ejemplo en los casos de muerte o incapacidad laborativa de una persona permitir que aquel que recibía ayuda económica derivada de la amistad, o estado de indignicia, se le otorgue derecho a ser indemnizado como damnificado indirecto ⁽¹⁸⁾.

El art. 1737 del Cod. Civ. y Com., al definir al daño incorpora en dicho concepto la lesión a un derecho y a un “interés no reprobado por el Ordenamiento jurídico”, lo cual pareciera llevar a una cierta inclinación por

(16) Zannoni E.: El daño en la responsabilidad civil, cit., p. 6, No. 5. Orgaz A.: El daño resarcible, cit., p. 125 y ss. N.º 32. Del mismo autor: El damnificado indirecto, en “Estudios de derecho civil”, Ed. Bs. As. 1944, p. 233. Rezzonico Luis M.: Estudio de las obligaciones, Ed. Depalma, 9na. edic., Bs. As. 1961, T. II, p. 1417. Llambias Jorge J.: Tratado de derecho civil. Obligaciones, Ed. Perrot, Bs. As. 1973, 2da. edic., T. I, p. 309, N.º 246. Trigo Represas F. A. – Compagnucci de Caso R. H.: Responsabilidad por accidentes de automotores, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2008, 2da. edic., T. II, p. 223.

(17) Orgaz A.: El daño resarcible, cit., p. 125, N.º 32. Alterini A. A.: Responsabilidad civil, cit., p. 127, N.º 153. De Cupis A.: Il danno, cit., p. 107. Bueres Alberto J.: El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta, en el libro “Derecho de daños” (Primera pte.), Ed. La Rocca, Bs. As. 1991, p. 166 y ss. Mazeaud H. y L. – Tunc A.: Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil contractual y delictual, cit., T. I, v. I, p. 404, N.º 277. Salvat R. – Acuña Anzorena A.: Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones, Ed. Tea, Bs. As. 1958, 2da. Edic., T. IV, p. 74, N.º 2726.

(18) Mosset Iturraspe J.: Derecho de daños, cit., T. I, p. 146. En un fallo plenario la Cam.Nac. Civ., resolvió que la concubina puede reclamar por el daño patrimonial por la muerte de su compañero derivada de un hecho ilícito, en cuanto en esa relación no mediara impedimento de ligamen (CNCiv. En pleno, en L.L. 1995- C- 642). En Francia, y conforme las enseñanzas de Patrice Jourdain: Les principes de la responsabilité civile, cit., p. 128, N.º 2., de la exigencia de las lesiones “d’un intérêt juridique” la jurisprudencia de los tribunales según su decir: “... abandonne peut à peut cette exigence, n’écartant plus que la réparation des dommages subis par les concubins...” Cour de Cassation, Arrêt du 27- II- 70, en Dalloz 1970- 201).

la última de las posturas señaladas. De todos modos, en los fallos de los tribunales se observa un buen sentido de prudencia y cuidado. Especialmente cuando se está en presencia de algunos de estos supuestos dudosos, se deba tener en cuenta los temores del ilustre Louis Josserand cuando hacía referencia al peligro ante la “catarata de damnificados...”⁽¹⁹⁾.

III. EL VALOR DE LA VIDA HUMANA

Cuando se produce la muerte de una persona surge en el derecho privado la posibilidad —si se brindan los requisitos que hacen a la responsabilidad—, de reclamar los daños que el hecho luctuoso causa a quienes la ley legitima para su reclamo.

El art. 1084 del anterior Código Civil realizaba una enumeración determinando cual era el contenido de esos perjuicios; y de esa manera distinguía: a) Los gastos hechos en la asistencia del muerto y de su funeral; b) lo necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, importe que dejaba a la prudencia de los jueces al igual que la forma de concreción⁽²⁰⁾.

Por su parte el art. 1745 del Cod. Civ. y Com., dispone cuales son los daños reparables en el supuesto del homicidio y además a quienes la ley legitima para el reclamo. Y allí aparecen el resarcimiento de los siguientes perjuicios: a) los gastos de asistencia y funeral; b) lo que fuera procedente para los alimentos del cónyuge o conviviente, hijos menores de 21 años con derecho alimentario, o incapaces o con capacidad restringida; y c) en caso del fallecimiento de un hijo, la denominada “perdida de chance” de ayuda futura a sus progenitores o a quien tenga su guarda.

(19) Josserand Louis: Derecho civil. Ed. Ejea- Bosch, Bs. As. 1951, con actualización de André Brun, trad. de S. Conchillos y Manterola, T. II, v. I, p. 305 y ss. Alferillo P.: coment. al art. 1737, en Alterini J. H. (dtor), Alterini I. E. (Coord.), Cod. civ. y com., comentado, cit., T. VIII, p. 217 y ss. Compagnucci de Caso R. H.- Farina N.- Moreno V.- Negri N.: Derecho de las obligaciones, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2018, p. 760 y ss. Wierzba S.: Manual de obligaciones civiles y comerciales, cit., p. 265 y ss.

(20) Borda Guillermo A.: Tratado de derecho civil. Obligaciones, actualizado por el Dr. Alejandro Borda, Ed. Thomson Reuters. La Ley, 9na. Ed. Bs. As. 2008, T. II, p. 271, N.º 1348. Llambias J. J.: Trat. Obligaciones, cit., T. IV- A, p. 55, N.º 2349. Compagnucci de Caso R. H.: Manual de obligaciones, Ed. Astrea, Bs. As. 1997, p. 620, N.º 511. Alterini Atilio A.- Ameal Oscar- Lopez Cabana Roberto M.: Derecho de las obligaciones civiles y comerciales, Ed. Abeledo Perrot, 4ta. edic., Bs. As. 2008, p. 821, N.º 1745. Salvat R. - Acuña Anzorena A.: Trat. Fuentes de las obligaciones, cit., T. IV, p. 111, N.º 2758.

A todo ello se le aduna la posibilidad de solicitar la indemnización derivada del daño extrapatrimonial o moral, ahora previsto en el art. 1741 del Cod. Civ. y Com. que, en el supuesto de la muerte, legitima activamente a: los ascendientes, descendientes, cónyuge y todo aquel que hubiera convivido con el muerto y recibió ostensible trato familiar. El tema tiene su propia problemática que, por otra parte, resulta interesante, pero aparece extraña y lejana a la cuestión que es objetivo de esta monografía ⁽²¹⁾.

IV. DISTINTAS POSTURAS SOBRE EL VALOR DE LA VIDA HUMANA

Ante este hecho y el daño a resarcir, y desde hace tiempo atrás, quedó planteado como interrogante, si la vida humana posee por sí misma un valor económico que, ante el hecho de la muerte, debe y merece ser indemnizado como un rubro independiente ⁽²²⁾.

Este fue un tema erizado de dificultades y que llevó a una notoria división de las opiniones de los más distinguidos juristas, y aun de la jurisprudencia con la evolución que trataré de desarrollar.

Durante muchos años los fallos de los tribunales nacionales fueron concordes en sostener que la “vida humana” por sí misma y de manera independiente de otros factores o consecuencias, o de lo que produjera económicamente o pudiera producir, tiene un valor económico cuya lesión debe ser reparada ⁽²³⁾.

(21) Alferillo P.: coment. al art. 1741, en “Alterini J. H.” (dtor.), Alterini I. E. (Co-ord.), Cod. civ. y com., comentado, cit., T. VIII, p. 308 y ss. Wierzba S.: Manual de obligaciones civiles y comerciales, cit., p. 286. Mosset Iturraspe J.: Responsabilidad por daños, cit., T. II- B, p. 141, N.º 226. Savatier R.: Traité de la responsabilité civile, cit., T. II, p. 107, No. 539, Chapitre II “Étude particulière des problèmes poses par un accident morel”.

(22) Brebbia Roberto H.: Problemática jurídica de los automotores, Ed. Astrea, Bs. As. 1984, T. II, p. 252 N.º 7. Del mismo autor: Transporte benévolo. Teoría del riesgo. Valor económico de la vida humana, en L. L. 1990- C- 527. Mosset Iturraspe Jorge: Responsabilidad por daños, Ed. Ediar, Bs. As., T. II- B, p. 214. Pizarro R. D.- Vallespinos C. G.: Instituciones de derecho privado. Obligaciones, cit., T. IV, p. 237. Gozaini Osvaldo: Pérdida de la vida humana. Pautas que ponderan la indemnización, en L. L. 1985- C- 946. Llambias Jorge J.: Tratado de derecho civil. Obligaciones, cit., T. IV, p. 91, N.º 2367, Del mismo autor: La vida humana como valor económico, en J. A. 1974- Sec. Doc.- 624. CNCiv. S: A, en L. L. 2000- D- 889. Id. S: D, en J. A. 1976- III- 176. Id. S: E, en E. D. 30- 694.

(23) CS Nac, en J. A. 1959- II- 306. CNCiv. S: A, en L. L. 93- 371. Id. en L. L. 119- 630. Id. en L. L. 145- 199. Id. S: B, en E. D. 38- 499. Id. en L. L. 1988- A- 561. Id. S: F, en J. A.

Esta idea y criterio de amplitud, fue sostenida con convicción y firmeza por el Dr. Alberto G. Spota, al sostener: "...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 o estado de salud precaria sufra las consecuencias de la ancianidad o la enfermedad..." (24).

En franca oposición a la tesis señalada, se ha considerado que la vida humana por sí misma carece de un valor económico, pues siempre es necesario considerar lo que produce o puede producir.

Esa idea se apoya en que, como sostuvo Bustos Berrondo: "...la vida humana no tiene un valor pecuniario porque no está en el comercio, ni se cotiza en dinero..."; a lo que magníficamente agregara el Dr. Adolfo Pliner, —un distinguido juez que integró y honró a la Cámara civil y comercial de Bahía Blanca—, al decir: "...Cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reduciría a valores crematísticos hacer la posible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento en el mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudablemente efectos de orden patrimonial, como proyección secundaria de aquel hecho trascendental; y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios incide, de la brusca interrupción de una actividad creadora productora de bienes..." (25).

También aparece refutada la idea que para sostener el propio valor de la vida humana buscó refugio en lo que disponía el art. 1084 del viejo Código civil. Al respecto la previsión sostenida en la norma citada como una especie de presunción legal de daño ante la muerte, debe ser desestimada. Es que ello no representa una apreciación genérica y abstracta que pueda ser aplicada *à tort et a travers* como reza el adagio francés,

1960- I- 576. Id. en L. L. 123- 320. Cam. Apel. Ira. Civ. y com. La Plata, S: III, en J. A. 1960- IV- 235. Id. Cam. Iida. civ. y com. La Plata, S: II, en D. J. B. A. 121- 138. S.T. Santa Fe, S: I, en J. A. 1962- IV- 19. S.T. La Rioja, en J. A. 1971- 11- 778. Cam. Ira. Civ. y com. Cordoba, en pleno, en L. L. 139- 191.

(24) Spota Alberto G.: El resarcimiento por daños a la persona en la responsabilidad por el hecho ilícito, en J. A. 1953- II- 337.

(25) Bustos Berrondo Horacio: Acción resarcitoria del daño causado por el homicidio, en Revista IUS, La Plata 1962, N.º 3, p. 80 y ss. Voto del Dr. Adolfo Pliner, en Cam. civ. y com. de Apelacion de Bahía Blanca, en J. A. 1959- II- 567. Llambias J. J.: Trat. Obligaciones, cit., T. IV- A, p. 89, N.º 2357. Trigo Represas A. F. - Compagnucci de Caso R. H.: Responsabilidad por accidentes de automotores, cit., T. II, p. 265. Orgaz A.: El daño resarcible, cit., p. 206, N.º 26. CNCiv. S: D, en L. L. 2002- E- 592. Id. S: B, en E. D. 258- 612.

muy por el contrario, la procedencia de la indemnización merece una visión concreta ante el caso específico ⁽²⁶⁾.

Si bien esta opinión aparece como un juzgamiento previo y de cierta rudeza, pero es dable ver que a veces se ha considerado que ante el fallecimiento de personas ancianas o de quienes resultan una carga económica para su familia, que a más de ello carecen de recursos, no corresponde establecer una reparación económica ⁽²⁷⁾.

V. LA SITUACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El novel Código civil y comercial en el art. 1745 no hace referencia a este rubro indemnizatorio, ya que solamente se refiere a) los gastos de asistencia y funeral de la víctima, para quien haya afrontado dichas erogaciones; b) lo necesario para cubrir alimentos del cónyuge, conviviente, hijos menores de 21 años, etc. Esto último es quizá el elemento más trascendente que viene a excluir por omisión el derecho al reclamo de los legitimarios activos del valor de la vida humana ⁽²⁸⁾.

No desconozco que hay opiniones que a partir de la norma citada consideran que la vida de la persona tiene un valor por sí misma, y que ante el deceso debe ser considerado como elemento cualificante del resarcimiento.

En dicha dirección se expiden los Dres. Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini al expresar:

[...]Los lineamientos sobre la cuantificación del valor vida per se o del llamado enfoque integral, solidario o espiritualista, son esencialmente coincidentes en que los criterios materialistas o economicistas deben replegarse, en principio ante el valor superior de la persona humana, pero en verdad ni uno ni otro, desechan buscar alguna apoyatura en los cálculos objetivos para captar la lesión a la integri-

(26) Cazeaux P. N.- Trigo Represas F. A.: Derecho de las obligaciones, cit., T. III, p. 114. Mayo Jorge: El valor económico de la vida humana y otras cuestiones, en L.L. 1988- B- 68. Mosset Iturraspe Jorge: Responsabilidad por daños, Ed. Ediar, Bs. As. 1973, T. II- B, p. 172, No. 230.

(27) Salas Acdeel E.: Determinación del daño causado a la persona por el hecho ilícito, en Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, año 1961, N.º IV, p. 308. Brebbia R. H.: Problemática jurídica de los automotores, cit., T. II, p. 252, N.º 7. CNCiv. S: D, en L. L. 102- 360 id. en J. A. 1962- IV- 454. Cam.lra. Civ. y com. Bahía Blanca, en E. D. 94- 278.

(28) CNCiv. S: D, en L. L. 106- 191. Cam. Fed. Resistencia (Chaco), en L. L. 98- 546.

dad de la persona humana. Esta síntesis conceptual es por la que nos inclinamos...⁽²⁹⁾

También Pascual Alferillo que realiza un detallado y ajustado comentario al art. 1745 del actual Código civil y comercial, se inclina por una solución similar. Expresa el citado jurista:

[...]se debe tener presente que la suscripción de los tratados internacionales sobre los derechos humanos, donde se protege a la persona humana en su integridad psicofísica y social, el método que se adecua a la normativa no es el materialista que ve únicamente al ser humano como un ente productor de bienes y servicios sino, partiendo de una concepción integral, se deben sumar los aportes solidarios de colaboración, etc., que efectuaba el fallecido y de los cuales también se ven privados los familiares, damnificados indirectos...⁽³⁰⁾

Asimismo, se brindan otras opiniones que aparecen en incoincidencia con las señaladas. Así se ha expresado:

[...]Corresponde destacar que adscribir a la idea de que la vida no tiene valor por sí misma no implica —como suele cualificarse— que el resarcimiento este reducido a lo que aquella producía o facturaba. Simplemente se trata de diferenciar el contenido de cada una de las partidas indemnizatorias a favor de los damnificados, según el detrimento sea patrimonial o extrapatrimonial...⁽³¹⁾

La jurisprudencia muy abundante, por cierto, osciló al ritmo de las ideas que la doctrina desarrolló durante muchos años y con las afirmaciones, réplicas y triplicas de todo orden y colorido. Por un lado, afirmando el valor económico de la vida humana, al sostener: "...la vida humana por sí, independientemente de lo produzca o pueda producir, posee un valor económico cuya pérdida debe ser resarcida..."⁽³²⁾.

(29) Alterini Jorge H.- Alterini Ignacio E.: sus opiniones al comentario del art. 1745, en "Código civil y comercial, comentado. Tratado exegético", Ed. Thomson Reuters. La Ley, 3ra. Edic., Bs. As. 2019, T. VIII, p. 364.

(30) Alferillo Pascual E.: coment. al art. 1745, en "Alterini J. H. (dtor.), Alterini I. E. (Coord.), Cod. civ. y com., comentado, cit., T. VIII, p. 364.

(31) Carestía Federico: coment. al art. 1745, en "Bueres A. J. (Dtor.), Código civil y comercial de la Nación, y normas complementarias, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2018, T. III- F, p. 496. Un desarrollo amplio del "pretium mortis" puede verse en: Vicente Domingo Elena: Los daños corporales, tipología y valoración, Ed. J. M. Bosch, Barcelona 1994, p. 204.

(32) CNCiv. S: A, del 22- VIII- 58, en J. A. 1959- II- 81. Id. S: A, del 28- XI- 58, en L. L. 93- 371. Id. S: B, del 30- III- 71, en E.D 38- 499. Id. del 15- VIII- 86, en L. L. 1988- A- 561. Id. S: C, del 25- III- 60, en J. A. 1960- IV- 295. Id. del 1- VI- 61, en L. L. 119- 772. Id.

Actualmente y luego de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, prevalece la idea opuesta que entiende "...la vida humana carece de un valor económico intrínseco y su pérdida solo permite el reclamo indemnizatorio cuando quien reclama puede demostrar haber sufrido un menoscabo económico..", o como mejor lo ha dicho el Superior Tribunal citado, al establecer: "...La valoración de la vida humana es la valoración de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía desde el instante en que esta fuente de ingresos se extinguió..." (33).

Esta corriente a la que presto mi personal adhesión no impide considerar que tal como lo ha dicho la Corte Suprema Nacional:

[...]si bien la vida humana no tiene valor económico "per se" sino en consideración a lo que produce o puede producir, no puede evitarse una honda turbación espiritual cuando se habla de tasarla económicamente, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inmutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial, como proyectos secundarios de aquel hecho trascendente, y lo que se mide en signos económicos no es la vida que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea... (34).

Considero que esto último nos muestra una vez más la realidad y adecuación jurídica que mereció el tema, y la sabiduría del Supremo Tribunal Nacional en este tan intrincada y compleja cuestión, donde se entremezclan hondos sentimientos con intereses económicos.

D, del 29- XI- 63, en L. L. 115- 208. Id. del 20- II- 68, en L. L. 130- 474. Cam. IIIra. civ. y com. Córdoba, del 2- V- 79, en L. L. 1980- B- 272. Cam. Fed. Mendoza, del 18- III- 76, en L. L. 1976- D- 130. S. C. B. A., del 17- VII- 56, en J. A. 1956- IV- 221. Id. del 27- XI- 62, en A. y S. 1962- III- 998.

(33) C.S. Nac., del 17- IV- 97, en L. L. 1997- E- 121. Id. del 6- VII- 99, en R.C. y S. 2000- 477.

(34) C.S. Nac., del 17- IV- 97, en L. L. 1997- E- 121. Id. del 19- X- 95, en J. A. 1995- IV- 142.

PERSONA. DEPORTE Y MENORES DE EDAD

POR JOSÉ OCTAVIO CLARIÁ (*)

I. PRÓLOGO

Es para mí un inmenso honor y una gran satisfacción haber sido invitado a participar en este homenaje, nada menos, que al Dr. Guillermo A. Borda.

El Dr. Borda fue profesor mío de Derecho Civil, Parte General en el año 1965 en la Universidad Católica Argentina. Tengo el mejor recuerdo de sus clases y especialmente la habilidad, tan suya, de hacer accesibles los grandes principios del derecho.

Como casi todos los estudiantes de aquella época, estudié todo el Derecho Civil usando su Tratado de Derecho Civil, impresionante obra jurídica que tiene la gran virtud, en mi opinión, de combinar la profundidad del análisis y la simpleza para exponerlo y hacerlo comprensible.

En el mes de marzo de 1971 (yo me había recibido de abogado en el mes de diciembre de 1970) recibí un llamado del Dr. Borda diciéndome que “si no era molestia” para mí pasar a verlo por su estudio pues quería hablarme de un tema relacionado con el derecho civil. La simpleza de los grandes. Un gran profesor con una impresionante trayectoria le pregunta a un jovencito de 23 años si “no es molestia” visitarlo.

Fui a visitarlo. Me recibió con la amabilidad y simpatía que lo caracterizaba y para mi sorpresa me dijo que el Dr. Santiago de Estrada (decano en ese momento de la Facultad de Derecho de la UCA) le había dicho que a mí me gustaba el derecho civil y que estaba interesado en comenzar a enseñarlo. Y que, como él estaba rearmando su cátedra

(*) Invitado especial, fue durante años Profesor Adjunto del homenajeado. Ex Profesor Titular ordinario de Derecho Civil I, Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Católica Argentina.

luego de haber dejado el Ministerio del Interior, me invitaba a incorporarme como profesor asistente a la misma. Agregó que si yo aceptaba debía comenzar al día siguiente explicando el tema “Persona por nacer”.

Debo confesar que de ninguna manera estaba en mis cálculos recibir semejante ofrecimiento y recuerdo la mezcla de sorpresa, alegría y miedo (por no decir terror) que sentí en ese momento. Haber sido invitado por semejante figura a incorporarme a su cátedra me producía una alegría y satisfacción muy grande. Y al mismo tiempo pensar que al día siguiente tenía que pararme frente a una clase a explicar “Persona por nacer” me daba realmente pánico.

Así comencé mi actividad docente y durante varios años integré la cátedra del Dr. Borda, para luego, cuando él decidió retirarse de la docencia, reemplazarlo primero como adjunto a cargo y luego como titular de la cátedra hasta jubilarme.

Podría relatar muchos momentos y experiencias vividos en esos años, pero yo los sintetizaría diciendo que fueron años de muchísimo aprendizaje, que marcaron toda mi vida y que me hicieron gustar y disfrutar del Derecho Civil.

Creo que haber tomado durante esos años exámenes con él fue, quizás, donde más aprendí, no solo derecho sino también a ser profesor y todos los importantes aspectos humanos del docente y de su relación con el alumno.

El ver cómo preguntaba, el apreciar a qué tema le daba importancia, escuchar cómo le explicaba al alumno y su humanidad y comprensión en el trato, fue una enseñanza inolvidable y que me transmitió un estilo que traté de no abandonar nunca.

También las charlas con él sobre temas de derecho como de cualquier otro, mantenidas durante esos momentos, hicieron que el querido Dr. Borda no solo fuera mi maestro de derecho sino también de la vida.

Tuve el privilegio de haber aprendido a ser docente de una persona extraordinaria. Lo que se conoce como una verdadera “persona de bien”. Un gran jurista que tenía la virtud de hacer fácil lo difícil y profundo. Una de las enseñanzas que más recuerdo de él, es una vez que me dijo: “siempre hay que pensar en las consecuencias no jurídicas de las decisiones jurídicas”. Una máxima que me quedó para siempre.

El legado de él al derecho argentino, sobre todo con su monumental Tratado de Derecho Civil y con la ley 17.711, es inmenso y todos debemos estarle muy agradecidos.

Por eso, reitero, es un gran honor y una gran satisfacción haber sido invitado por sus hijos (mis amigos) Guillermo y Alejandro a participar de este homenaje, más que merecido, y con el tema de la persona humana que, como señalé, fue el que expliqué en mi primera clase como docente.

Muchas Gracias.

II. INTRODUCCIÓN

Dentro de los múltiples y variados temas y aspectos que comprenden y afectan a la persona humana encontramos que la práctica del deporte y la actividad física ocupa un amplio espacio y tiene una gran incidencia en su vida.

Formularemos primero algunas precisiones conceptuales sobre persona y deporte para luego centrarnos en la práctica del deporte por las personas en general y, con especial foco, en los menores de edad y en las diversas relaciones y situaciones jurídicas que de ellas se derivan.

III. EL CONCEPTO DE PERSONA

Es conocida la existencia de diferentes posturas doctrinarias acerca del concepto de persona desde el punto de vista jurídico. Excedería este trabajo un análisis pormenorizado de las diferentes opiniones y la fundamentación profunda y filosófica del problema.

A grandes rasgos, encontramos una corriente de opinión, con Kelsen como destacado exponente, que sostiene que “la noción de sujeto de derecho o de persona es una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar el derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la persona solo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos. Un conjunto pues de normas”⁽¹⁾.

(1) Kelsen Hans, Teoría pura del derecho, Buenos Aires, Eudeba, 1983, pág. 102.

Otra postura, a la que nosotros adherimos, considera que el concepto de persona se identifica con el de ser humano⁽²⁾. El hombre, por el solo hecho de serlo, es persona y el derecho no la crea, sino que la reconoce.

Como bien expresara el Dr. Borda: “la persona no nace porque el derecho objetivo le atribuya la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino que le reconoce esa capacidad porque es persona. En otras palabras, la persona no es un producto del derecho, no nace por obra y gracia del estado; es “el hombre de carne y hueso” el que nace, sufre, muere —sobre todo muere— el que come y juega y duerme y piensa y quiere⁽³⁾.”

A su vez, la dignidad intrínseca de la persona humana ocupa un lugar central, tanto en la reflexión filosófica como en nuestro ordenamiento jurídico a través de los Tratados Internacionales, incorporados a la Constitución Nacional, del Código Civil y Comercial y otras normas de nuestro derecho positivo.

La Declaración Universal de Derechos Humanos y otros tratados internacionales reconocen expresamente esa dignidad.

El Código Civil y Comercial, en su art. 51, dispone que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Por su parte el art. 52 expresa que 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.

IV. DERECHO AL DEPORTE

Como dijimos, esa dignidad de la persona humana determina la necesidad de que existan normas de derecho positivo que garanticen su respeto.

(2) Puede verse un amplio desarrollo de las distintas corrientes acerca del concepto de persona en el artículo del Dr. Jorge Nicolás Lafferiere, “La persona humana en el nuevo Código Civil y Comercial. Consideraciones generales”, *El Derecho* 262-292.-

(3) Borda Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 13 ed. act., Buenos Aires, La Ley, T I pág. 244.-

Como bien afirma Lafferiere:

En síntesis, la referencia a la dignidad expresa esa excelencia o perfección en el ser, la centralidad de la persona humana y su inviolabilidad y sacralidad que exige de parte de todos un respeto y una reverencia, y que ha de traducirse en normas de derecho positivo que la resguarden, garanticen y promuevan⁽⁴⁾.

Con fundamento en esa importante noción de dignidad de la persona humana nos referiremos al tema del deporte y como, en base a esa noción, es indispensable adoptar medidas y sancionar normas que protejan a las personas deportistas y con especial referencia a los menores de edad.

El fenómeno deportivo se presenta hoy como una realidad que, cada vez con mayor fuerza, invade numerosos espacios de la vida cotidiana. Se advierte un auge de la actividad física, del deporte y la gimnasia en un importantísimo porcentaje de la población.

Asimismo, se aprecia la presencia de todo tipo de deportes de alta competencia en los medios de difusión masiva y la realización de eventos como la copa del mundo de fútbol o los grandes torneos de tenis, rugby, golf, polo o básquet, por citar solo unos ejemplos, que son seguidos por millones de personas en forma simultánea en todo el mundo⁽⁵⁾.

Esta importancia del deporte en la vida moderna plantea, sin duda, problemas e interrogantes nuevos a los cuales distintas ciencias y profesiones tienen que dar respuesta. No escapa a esta situación el derecho que, como actividad destinada a reglar la vida de las personas en la convivencia social se enfrenta a situaciones que, hasta hace poco tiempo, no se habían contemplado. Problemas como la administración de las entidades deportivas, con presupuestos y contratos millonarios, la práctica del deporte amateur e incluso profesional por menores de edad cada vez más jóvenes y precoces, la responsabilidad civil y penal que puede derivar como consecuencia de accidentes ocurridos durante la práctica del deporte o en los espectáculos deportivos, los contratos de *sponsorio*, la relación de los deportistas con los clubes y las entidades a que se encuentran federados, los contratos de televisación de los eventos deportivos y muchos otros aspectos, han determinado que poco a poco vaya apa-

(4) Lafferiere Jorge Nicolas, ob. Citada en nota 2.

(5) Para citar un solo ejemplo, según la página oficial de la FIFA, el partido final de la Copa del mundo de 2022 fue visto por 1.500 millones de personas. Y 5.000 millones de personas interactuaron en el mundial a través de distintas plataformas y dispositivos.

reciando una nueva rama del derecho que se ha denominado derecho deportivo⁽⁶⁾.

El primer interrogante que nos planteamos es si en nuestro ordenamiento jurídico el deporte es solamente reconocido como una actividad lícita o si realmente existe un “derecho al deporte” como uno de los derechos humanos fundamentales. Y, asimismo, qué papel le corresponde al Estado respecto del deporte y la actividad física.

No resulta sencillo determinar que se entiende por “deporte”. La Real Academia Española define deporte como: “1.m Actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas. 2.m Recreación, pasatiempo, placer, diversión o ejercicio físico, por lo común al aire libre”.

De esa definición podría deducirse que la actividad física es esencial a la noción de deporte. Sin embargo, hay deportes en los cuales la actividad física, en realidad, es desplegada por una máquina (automovilismo o motociclismo) o por un animal (turf o equitación).

Y asimismo actividades que no requieren actividad física, como el ajedrez y el bridge, son considerados deporte por el Comité Olímpico Internacional.

En nuestro país la ley del Deporte 20.655 (que es nacional, encontrándose las provincias invitadas a adherirse) expresa en su artículo 1º:

(6) No consideramos oportuno adentrarnos en este artículo a la consideración acerca de si realmente estamos ante una rama autónoma o no del derecho. En un anterior artículo nuestro hemos expresado que para fijar una postura acerca de esta cuestión debemos comenzar afirmando que, a los efectos de su estudio y tratamiento resulta necesario y conveniente agrupar las normas en ramas del derecho pero ello no significa que las mismas sean totalmente autónomas. Por el contrario creemos que existe lo que Llambías denomina “la unidad esencial del derecho que comunica a las diversas ramas entre sí”. Esa “unidad esencial” es particularmente visible con relación al Derecho Civil que, como es sabido, ha sido el núcleo básico y fundamental del cual se han ido separando los demás ordenamientos especiales. Es por ello que Llambías afirma, con razón, que con respecto a las demás disciplinas jurídicas el derecho Civil “sigue siendo el manantial inagotable al que se acude en búsqueda de orientación a falta de una norma expresa o implícita que contemple la situación”. Partiendo pues de la base de ese importante concepto de la “unidad esencial” del derecho y la consecuente inexistencia de “autonomía absoluta” de las diversas ramas del derecho entendemos que es razonable aceptar la existencia del Derecho Deportivo como una rama del derecho especial y que tiene normas y principios particulares. Creemos también que la especificidad de la materia y las particularidades de la misma justifica plenamente su estudio y su tratamiento especializado (El Dial, Suplemento de Derecho Deportivo, DCB7A, “La actualidad del derecho deportivo”).-

“El Estado atenderá al deporte y la actividad física en sus diversas manifestaciones considerando como objetivo fundamental...”.

La Unesco en la “Carta Internacional de la Educación Física, la Actividad Física y el Deporte”, señala:

[...] la diversidad cultural de la educación física, la actividad física y el deporte pertenece al patrimonio inmaterial de la humanidad y comprende el juego físico, el esparcimiento, la danza, así como los deportes y juegos organizados, informales, competitivos, tradicionales e indígenas.

En tanto, su art. 1.5 señala que:

La diversidad de la educación física, la actividad física y el deporte es una característica básica de su valor y atractivo. Los juegos, danzas y deportes tradicionales e indígenas, incluso en sus formas modernas y nuevas, expresan el rico patrimonio cultural del mundo y deben protegerse y promoverse.

De lo expuesto en los párrafos precedentes se deduce que, en realidad, el concepto de deporte no es unívoco y que tiene diversas acepciones que comprenden las competencias tradicionales con actividad física y otras también.

Incluso hoy se habla de los *e-sports* (deportes virtuales o electrónicos, en los que generalmente se juega sentado y en una pantalla) también como deportes⁽⁷⁾.

Hoy no existe duda alguna de que en nuestro ordenamiento jurídico el deporte es reconocido como una actividad lícita y, de muy diversas formas, apoyada por el Estado. Ya hemos mencionado el art. 1° de la ley 20.655 (a pesar de tratarse de una ley de orden nacional que invita a las provincias a adherirse) que dispone que el Estado atenderá al deporte y a la actividad física.

En cuanto al reconocimiento de un “derecho al deporte” como un derecho con jerarquía constitucional, corresponde señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma que reconozca *expresamente* al derecho al deporte como un derecho humano fundamental.

(7) Ver la completa exposición al respecto en el artículo: “Los e-sports y la institucionalización del deporte”, Sabat Martínez José M., El Derecho- Diario Tomo 291, Cita digital: EDMCCXLVII-761.-

Como ejemplo de países que reconocen en forma expresa y con jerarquía constitucional al derecho al deporte podemos mencionar, entre otros, a Méjico, Brasil, Cuba, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua Paraguay. En Europa, podemos citar el ejemplo de países como Portugal y España, que también reconocen el derecho al deporte como un derecho fundamental.

En el ámbito de las organizaciones internacionales de los derechos humanos encontramos diversas manifestaciones respecto al deporte.

Así, por ejemplo, la carta de la UNESCO establece que toda persona tiene el derecho fundamental de acceder a la educación física y al deporte, que son indispensables para el pleno desarrollo de su personalidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece (art. 31) que los Estados parte reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente de la vida cultural y de las artes.

La Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer establece que los Estados partes deberán adoptar las medidas para que las mujeres tengan “las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física”. Y asimismo “(e)l derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural”.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que a “a fin de que las personas con discapacidad puedan participar con las demás en actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas, los Estados partes adoptarán medidas para alentar y promover la participación, en la mayor medida posible, de las personas con discapacidad en las actividades deportivas generales a todos los niveles”.

Como dijimos, en Argentina no existe una norma expresa federal que reconozca el derecho al deporte como un derecho humano fundamental con jerarquía constitucional.

Hay autores, como Gil Domínguez⁽⁸⁾, que sostienen que del juego armónico de diferentes normas constitucionales y, sobre todo, de la in-

(8) Gil Domínguez Andrés, “El Derecho al Deporte como Derecho Fundamental subjetivo y colectivo”, Revista Jurídica del Perú, abril 2002, Pág. 207/221

corporación de los tratados internacionales a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, el deporte tiene un reconocimiento implícito como derecho fundamental con jerarquía constitucional.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por su parte, dispone:

La ciudad promueve la práctica del deporte y de las actividades físicas procurando la equiparación de oportunidades. Sostiene centros deportivos de carácter gratuito y facilita la participación de sus deportistas, sean convencionales o con necesidades especiales, en competencias nacionales e internacionales.

La ciudad promueve la práctica del deporte y las actividades física, procurando la equiparación de oportunidades. Sostiene centros deportivos de carácter gratuito y facilita la participación de sus deportistas, sean convencionales o con necesidades especiales, en competencias nacionales e internacionales.

Sin adentrarnos en la discusión, reservada al Derecho Constitucional, entendemos que teniendo en cuenta las diversas disposiciones legislativas y la incorporación de los tratados internacionales al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, dentro del derecho de la persona a desarrollarse está el derecho a la práctica del deporte y a la actividad física que el Estado tiene la obligación de reconocer y promover.

Gil Domínguez en el artículo citado (ver nota 8), expresa que los derechos fundamentales deportivos de cualquier persona son: a) El reconocimiento de la práctica del deporte como una actividad libre y voluntaria y como un factor fundamental de la formación y desarrollo integral de la personalidad. b) El reconocimiento y el estímulo del asociacionismo deportivo. c) El reconocimiento de la educación física como materia obligatoria en todos los niveles de la enseñanza previos a la universidad. d) La promoción específica de la práctica del deporte por los jóvenes. Y e) La no discriminación en la práctica deportiva como consecuencia de minusvalías físicas o psíquicas, al objeto de contribuir a la integración social de las personas con necesidades especiales.

Compartimos lo expresado por el autor citado y entendemos que el papel del Estado en el tema es muy importante y obligatorio.

Como un ejemplo de la problemática de la no discriminación por minusvalías físicas y del rol del Estado, resulta interesante mencionar un

caso resuelto por la Cámara Nacional en lo Civil ⁽⁹⁾ relacionado con la posibilidad de practicar equitación por un no vidente.

El actor sostuvo que, no obstante haberse admitido su ingreso en la Escuela de Equitación del Club Hípico Argentino (CHA), haber dado un cumplimiento al pago de las cuotas y gastos que le fueron requeridos, y haber entrenado entre agosto y diciembre de 2003 en la pista de adiestramiento del club a fin de practicar esta disciplina hípica — en la que participó en la Ciudad de Mar del Plata en ocasión de los Segundos Juegos Parapanamericanos que tuvieron lugar entre el 3 y el 10 de diciembre de 2003— se le negó más tarde su ingreso como socio, o se lo aceptó como tal a condición de que no practicara equitación en sus instalaciones, dando como razón su propia discapacidad y alegando no contar con medios de seguridad para sí y para terceros que sean adecuados para la práctica del deporte por parte de un no vidente.

La sentencia de primera instancia había rechazado la demanda afirmando que la aceptación restringida del actor como socio del CHA, en cuanto no permite la práctica de la equitación y consecuentemente la de la disciplina de adiestramiento, debe valorarse teniendo en cuenta si tales limitaciones o reservas resultan razonables y proporcionales, teniendo en consideración las condiciones de seguridad. Concluyendo que —dice— “no puede omitirse que el ejercicio de una actividad deportiva lícita exige una conducta prudente y cuidadosa que debe extremar el deportista, sino además igual adopción por parte de las entidades deportivas”.

Esa sentencia fue revocada y la Cámara hizo lugar al reclamo considerando que la no admisión del peticionante era discriminatoria, expresando textualmente: “el principio de igualdad ante la ley si bien por un lado exige dar el mismo trato —o igual trato— a quienes se encuentran en idénticas o análogas circunstancias, determina que no debe tolerarse la discriminación de los derechos fundamentales de la persona por razones de raza, color, sexo, etc., ni por causa de discapacidad. En tal sentido, nuestro país ha aprobado, mediante la ley 25.280, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”.

(9) (Expte. 60.341/05). L. 508.628 - “Peralta, David c/Club Hípico Argentino y otros s/daños y perjuicios” - CNCIV - SALA F - 09/10/2008 el Dial AA4D7B.

Creemos que este es un buen ejemplo de cómo influye la práctica del deporte en los derechos de la persona y como ciertas decisiones pueden afectar su dignidad y sus derechos fundamentales y como la presencia del Estado, a través de su órgano jurisdiccional, es fundamental.

V. LOS MENORES DE EDAD Y LOS DEPORTES

Los menores de edad también están presentes de forma muy activa en ese desarrollo de la actividad deportiva sea como simple recreación, sea participando en competencias infantiles o juveniles de diversos deportes organizadas y dirigidas por clubes y organizaciones de la más variada índole.

Nos referiremos a las cuestiones que plantean las relaciones jurídicas relacionadas con el deporte, en especial en los que intervienen menores de edad analizándolas desde el ángulo de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, y principalmente las relacionadas con protección de los incapaces por su minoridad.

Ello sin perder de vista que el abordaje de las diversas cuestiones que plantea la práctica del deporte requiere, ineludiblemente, un enfoque multidisciplinario (normas jurídicas, medicina, psicología, asistentes sociales, administración de empresas, comunicación, organización de eventos, etc.)⁽¹⁰⁾.

La primera distinción que es necesario efectuar es la de la práctica del deporte amateur y la profesional. Aparece, asimismo, una tercera categoría que es la del jugador “amateur compensado”.

V.1. Amateurs (aficionados)

Esta es la situación de la gran mayoría de menores practicantes de deportes.

(10) Una demostración de la necesidad de ese abordaje multidisciplinario se advierte en el Curso de Derecho y Management del Deporte que organiza la Universidad Católica Argentina asociada con el CIES (Centro Internacional de Estudios del Deporte). El Curso que se dicta desde el año 2004 tiene los módulos de: a) Derecho; b) Administración; c) Finanzas; d) Marketing; e) Comunicación y f) Organización de eventos.

Más allá del análisis de las cuestiones jurídicas que se plantean, resulta importante e interesante tener presente los principios que deberían guiar toda la actividad deportiva de los menores de edad y la protección y contención que ellos necesitan de quienes los dirigen y/o entrenan.

Resulta ilustrativo, a título de ejemplo, mencionar los *Derechos de los Niños en el Deporte* [Carta de los Derechos de los niños en el Deporte, Buceta (2001), según el Manifiesto Mundial de la Educación Física (FIEP-2000)]:

Derecho de practicar el deporte sin ninguna diferencia (sexo, aptitud, características físicas); Derecho de entretenerse y jugar; Derecho de aprovechar de un ambiente sano; Derecho a ser tratado con dignidad; Derecho a ser rodeado y entrenado por personas competentes; Derecho de hacer entrenamientos según los ritmos individuales; Derecho a competir con jóvenes que tienen las mismas posibilidades de éxito; Derecho a participar en competiciones adecuadas; Derecho a practicar el deporte dentro de la máxima seguridad; Derecho a tener adecuadas pausas para descansar; Derecho a no ser campeón pero también derecho a serlo.

La estructura piramidal⁽¹¹⁾ de las instituciones deportivas determina que el deportista amateur se vincula con una institución deportiva (un club bajo la forma de asociación civil o simple asociación) y al hacerlo queda también relacionado con las asociaciones y federaciones nacionales e internacionales que rigen del deporte y sometido a las normas de las mismas.

El comienzo de la relación entre el deportista y el club normalmente se produce a muy temprana edad (alrededor de los 12 años), mediante el contrato de afiliación deportiva. Esto ocurre a través de lo que se denomina “el fichaje” que no es otra cosa que la inscripción de un jugador en la Asociación Nacional (AFA, UAR, URBA, Federación Argentina de Hockey, Confederación Argentina de Basquetbol, Federación de Voleibol Argentino, etc.) a nombre de un club para que pueda participar en los torneos jugando para el mismo.

Ese contrato de afiliación deportiva generalmente es firmado por los padres en representación de su hijo y consiste, normalmente, en un sencillo formulario denominado ficha de inscripción registro de jugadores

(11) Esta estructura piramidal determina que existe una Federación Internacional integrada por las distintas Federaciones Nacionales de cada país que, a su vez, están compuestas por las instituciones deportivas (normalmente clubes organizados como asociaciones civiles sin fines de lucro) que son las que tienen primariamente el vínculo con el deportista.

o similar. No siempre reviste la forma de contrato y se limita a la inscripción del jugador a nombre del Club en la Asociación. En algunos casos se agregan exigencias como certificados médicos de aptitud o pago de seguros obligatorios que contrata la entidad. Y no siempre intervienen los padres y hoy se considera que los clubes admiten estar obligados a diversas prestaciones respecto de sus jugadores menores (obligación de seguridad, de prevención de daños, exigencias de certificados médicos, presencia de ambulancia y de medico al jugarse los partidos etc.).

Al celebrar ese contrato los padres del menor prestan autorización para que el menor sea inscripto en el Club y, normalmente, es aceptando que conocen y aceptan los Estatutos de la Asociación deportiva y del Club.

De esta manera, el club pasa a ser titular de los llamados “derechos federativos” del jugador y la relación pasa a estar regulada por normas estatales y privadas, nacionales e internacionales, cuya aplicación, como veremos, genera más de una dificultad.

Resulta importante analizar cuál es la naturaleza jurídica de este “contrato de afiliación deportiva” que se celebra a través de este acto del “fichaje”.

Por nuestra parte, entendemos que a través del fichaje se celebra un contrato que es atípico y de adhesión a cláusulas predisuestas por una de las partes. Mediante ese contrato nace la titularidad federativa a favor del club y la relación queda sometida a los reglamentos y estatutos de las instituciones deportivas (Club, Federación Internacional, Asociación Nacional etc.), y, obviamente a la legislación de fondo aplicable. Opinamos, asimismo, que la relación se encuentra sujeta al contralor judicial y que las normas reglamentarias de las instituciones deportivas deben ceder ante las normas imperativas de derecho estatal.

En sentido similar se han expedido Trevisán⁽¹²⁾ y Crespo⁽¹³⁾, quienes reconocen que estamos ante un contrato atípico, de adhesión y con cláusulas predisuestas. También el Dr. Galdós, al emitir su voto en un caso referido al Basquetbol (“S.N. y otro c/ Club Independiente s/ Acción meramente declarativa”⁽¹⁴⁾) concluye que la relación jurídica que surge

(12) Trevisán Rafael, “El contrato de afiliación deportiva a la luz del Derecho de Retención”, El Dial del 9/10/2007, (El Dial DCC73).

(13) Crespo Daniel, “Jugador de fútbol menor de edad. Patria Potestad y derecho de formación. Ordenamiento jurídico-deportivo nacional e internacional”, Cuadernos de Derecho Deportivo, Numero 1, pág. 65.

(14) Fallo publicado en El Dial AA42D6.

entre el jugador, el Club y la entidad intermedia es obligacional. Agregando que se trata de un contrato de adhesión y de notable asimetría entre las partes y que las cláusulas y la relación contractual queda sometida al contralor jurisdiccional para nivelar los intereses y para que no se desvirtúe el objeto-fin social del acto jurídico.

Los reglamentos de las Asociaciones deportivas normalmente, aunque no en todos los deportes, establecen que para desempeñarse en otro club es indispensable la autorización de la Asociación y que para que ésta la autorice debe acompañarse el convenio de transferencia suscrito entre los clubes o tratarse de un jugador que se encuentre en calidad de libre.

Por otra parte, en el caso del fútbol, la FIFA para que pueda concretarse la transferencia de un jugador a un club extranjero exige la emisión del Certificado de Transferencia Internacional (transfer) emitido por la asociación.

El reglamento (I RET) de la FIFA, bajo el título de "Protección de los menores de edad" dispone que las transferencias internacionales de menores de edad solo se permiten cuando ha cumplido 18 años, estableciendo tres excepciones: a) Si los padres del menor cambian su domicilio al país donde el nuevo club tiene su sede por razones no relacionadas con el fútbol. b) La transferencia se efectúa dentro de la UE o el EEE cumpliendo ciertos requisitos. c) El jugador vive a menos de 50 km. de la frontera y el nuevo club está ubicado a menos de 50 km. de la frontera.

Resulta interesante señalar que en varias oportunidades se ha planteado el problema de la obligación de seguridad de los clubes en los que el menor practica el deporte y la eventual responsabilidad por los daños y perjuicios que el jugador pueda sufrir en la práctica del deporte.

Como principio general puede señalarse que la jurisprudencia admite que se trata de un caso de asunción del riesgo (art. 1720 del Código Civil y Comercial de la Nación) y, por lo tanto, en principio, no existe responsabilidad por los daños sufridos por el menor en la práctica del deporte.

Pero ello no significa que el jugador, máxime siendo menor de edad, asuma cualquier riesgo. Una cosa son los riesgos propios del deporte y otra los que han ocurrido por violaciones groseras de los reglamentos de juego o por culpa de entrenadores, *referees* u otros dependientes del club, caso en el que la responsabilidad del club queda comprometida.

Cabe señalar, asimismo, que la jurisprudencia en forma pacífica admite que el jugador del club, aun cuando sea amateur, es considerado dependiente a los efectos de la responsabilidad refleja del club. Existe, en efecto, un concepto amplio de dependencia que supera y es diferente a la subordinación laboral⁽¹⁵⁾.

Como ejemplo de lo que venimos señalando podemos mencionar dos casos interesantes que se dieron en el ámbito del rugby. En uno de ellos, "P., J. L. c/ Club Curapayiti y otros"⁽¹⁶⁾, se rechaza la demanda instaurada por un jugador menor de edad que se lesionó como consecuencia del derrumbe de un *maul*. La demanda se había dirigido contra los dos clubes que disputaban el encuentro y contra la Unión Argentina de Rugby. La misma fue rechazada con el argumento de que el derrumbe de un *maul* es una circunstancia normal y previsible del juego y que por lo tanto es un riesgo asumido por quien práctica del deporte.

En el otro, "B.S.J.G. c/ Unión Cordobesa de Rugby y otros"⁽¹⁷⁾, se trata de un caso ocurrido en un partido de rugby en la categoría sub-17 en el que un joven jugador sufrió una grave lesión (traumatismo cervical con consecuencias cuadriléjicas) en oportunidad de disputar un *scrum*, ocupando la posición de *hooker* siendo que, para ello, según la sentencia de primera instancia, no se encontraba ni física ni técnicamente preparado, por cuanto no había recibido el entrenamiento específico. La sentencia de primera instancia había hecho lugar a la demanda contra el club para el que jugaba el lesionado, contra la Unión Cordobesa de Rugby y contra la Unión Argentina de Rugby. La sentencia de Cámara revocó esa sentencia y rechazó la demanda contra la Unión Cordobesa de Rugby y contra la Unión Argentina de Rugby con el argumento, entre otros, de que el jugador lesionado había asumido el riesgo al decidir jugar al rugby. La Corte Suprema de Justicia anuló esa sentencia y devolvió el expediente para que se dicte una sentencia nueva.

La Corte expresa que el Tribunal inferior omitió evaluar la situación especial en que se encontraba el actor ya que no se trata de un adulto que

(15) Ver "La responsabilidad civil en la práctica del rugby". El Dial, Suplemento de Derecho Deportivo del 11/07/2006. En el mismo sentido puede verse el fallo publicado en El Derecho T.174 p.209. Ver también el comentario a ese fallo publicado en el mismo tomo de El Derecho p. 209 por el Dr. Jorge Adolfo Mazzinghi (h) "Los daños en el ejercicio del deporte".

(16) Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Morón, Sala 2, 18/05/99, LLBA, 2000, P.1262"

(17) CS, b 1179, XLIV, "B.S., J.G. c/ Unión Cordobesa de Rugby y otros s/ daños y perjuicios", 20/11/2012, El Dial.com AA7B33.

decide voluntariamente asumir el riesgo de jugar en una posición para la que no se encontraba debidamente preparado sino que estamos frente a un menor de 17 años que, como tal, debe recibir la protección de los adultos encargados de su cuidado. Agrega que “cuando se trata de un menor de edad, quien acepta los riesgos inherentes a la práctica deportiva no es el menor sino sus padres; y que, lo riesgos aceptados por éstos se limitan a los que conocían o debían conocer de acuerdo con lo previsto por el Reglamento de la actividad deportiva”.

Como se puede advertir, en estos dos fallos la distinción entre la asunción del riesgo propio del deporte y de otros riesgos es muy importante y decisiva.

Por otra parte, consideramos que a todas las entidades en las que se practica deporte (máxime si son menores de edad) les resulta claramente aplicable el art. 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto a la obligación de *prevenir el daño* adoptando de buena fe las medidas razonables para evitar que se produzca el daño o disminuir su magnitud.

De allí la importancia, sobre todo en el caso de menores de edad, de los certificados médicos de aptitud, de los controles médicos, de la presencia de médico y ambulancia en los partidos, de tener instalaciones adecuadas, de *contar con entrenadores y demás encargados de la organización competentes, prudentes y especialmente capacitados*, etc.

V.2. El deportista profesional

En el caso de los deportes colectivos nos basaremos, sin perjuicio de buscar analogías con otros deportes, en el fútbol y básquet por ser los más populares y los que han producido mayor cantidad de regulaciones y de casos jurisprudenciales. En el caso de los deportistas autónomos, que es una situación diferente, tomaremos el ejemplo del tenis partiendo del análisis del caso jurisprudencial de Paola Suarez⁽¹⁸⁾.

En el caso de los deportistas profesionales estamos ante un Contrato de trabajo. Así fue resuelto, después de distintas vacilaciones, en el año 1969 a través del fallo plenario dictado por la Cámara Nacional del Trabajo en autos “Ruiz Silvio R. c/ Club Atlético Platense”, que estableció que la relación jurídica que vincula al deportista profesional con el club de fútbol es un contrato de trabajo y que se rige por las normas del derecho laboral.

(18) Para una completa comprensión de la distinción entre deportistas de deporte colectivo y que juegan para una institución deportiva y deportistas autónomos puede verse el completo análisis de la Dra. María de la Paz Videla en el artículo “Contratos deportivos relacionados con niños/as y jóvenes”, El Dial DC681.

En consecuencia, para que un menor de edad pueda ser un jugador profesional debemos analizar *su capacidad para celebrar contratos de trabajo*.

Las normas de derecho estatal en juego son el Código Civil y Comercial de la Nación, la ley de contrato de trabajo (con la reforma de la ley 26.390), la ley 20.160, el Convenio Colectivo N.º 430/75, la Convención de los Derechos del Niño y Convenios de la Organización Internacional de Trabajo.

Asimismo, están en juego normas privadas de entidades deportivas⁽¹⁹⁾, que en nuestra opinión constituyen ley en sentido material, y por tanto fuentes del derecho, *en cuanto no se opongan a normas imperativas estatales*. En el caso del fútbol el Reglamento General de la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) y el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RET) de la Federación Internacional de Fútbol Asociados (FIFA). Y reglamentos similares en otros deportes (por ej., en basquetbol, rugby o voleibol).

Del juego armónico de esas normas surge: a) Antes de los 16 años (hasta la sanción de la ley 26.390 era 14 años) el menor no puede celebrar contrato de trabajo ni con autorización de los padres, responsables o tutores. b) A partir de los 16 años, y hasta los 18 años, puede celebrar contrato de trabajo, pero necesita la autorización de los padres, responsables o tutores. Si vive en forma independiente de ellos se presume autorizado para hacerlo. c) El menor que hubiere obtenido un título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización (cuestión que, en nuestra opinión, no es asimilable a la obtención de un puesto en determinado ranking o acceder a cierta calificación para un deporte)⁽²⁰⁾. d) A partir de los 18 años adquieren capacidad plena (art. 25 Código Civil y Comercial de la Nación).

Resulta entonces claro que los menores no pueden celebrar contrato como jugadores profesionales antes de los 16 años, que para hacerlo entre los 16 y los 18 años necesitan la autorización de sus padres, tutores o responsables. Veremos más adelante la necesidad o no de intervención del Ministerio Público (Defensor de menores) a tenor de lo dispuesto en el art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(19) Una de las características del Derecho Deportivo es que coexisten normas de derecho estatal de distintos países con normas privadas dictadas por las instituciones deportivas nacionales e internacionales (caso de la AFA o la FIFA en el fútbol).

(20) En el mismo sentido se pronuncia el Dr. Ariel N. Reck, en el artículo "Contratación de Deportistas Menores de edad, Comentario al fallo Emprendimientos tenísticos", Cuadernos de Derecho Deportivo, N.º 3, página 139 y sgts.

Hasta acá la situación resulta clara y, no existen dificultades de interpretación de estas normas. Pero, como veremos en el apartado siguiente, la situación se torna compleja pues, normalmente, el vínculo del menor deportista con la institución comienza mucho antes como jugador amateur. Asimismo surgen dificultades respecto de normas que establecen prórrogas automáticas de contratos, de negativas de clubes a otorgar el “pase” o el certificado de transferencia internacional (transfer) y de excepciones a la prohibición contenida en las normas de la FIFA a las transferencias de menores de 18 años. Y, asimismo, de las firmas de contratos con agentes, representantes o intermediarios muchas veces efectuadas por los padres en representación de los hijos menores de edad.

V.3. Los conflictos más frecuentes

Aunque, conforme hemos visto, el menor recién puede celebrar contrato de trabajo a partir de los 16 años, la realidad es que en la actualidad los menores comienzan a practicar el deporte de alta competencia bastante antes.

Quizás los casos más paradigmáticos son la gimnasia artística o el tenis (en este existen circuitos juniors que comienzan con menores de 14 años). Valga como ejemplo el caso de Nadia Comaneci, que comenzó a competir internacionalmente a los 9 años. A los 13 años ganó tres medallas de oro y una de plata en el campeonato Europeo de Gimnasia, a los 14 años obtuvo la primera posición en las competiciones preolímpicas de Montreal, y en el año 1976 con 14 años de edad fue campeona olímpica, siendo la primera que obtuvo la calificación de 10 en los Juegos Olímpicos de Montreal.

Sobre la base de los principios y normas mencionados en los párrafos precedentes suelen presentarse diversos conflictos que surgen ante la diversidad de intereses en juego.

Por un lado, están los intereses del deportista (menor de edad) a desarrollarse en su carrera deportiva, a acceder al más alto nivel de competencia y a percibir las importantes sumas de dinero que se obtienen en esos deportes. Cosa que, estadísticamente solo ocurre en muy pocos casos y deja a quienes no lo consiguen con una gran frustración y habiendo, quizás, descuidado su formación, educación y capacitación.

El conocido escritor Eduardo Sacheri, en su libro “Papeles en el viento” escribe:

Quando el Mono terminó la escuela secundaria tenía absolutamente claro su porvenir. Al año siguiente le ofrecerían su primer

contrato como jugador profesional de Vélez. En tres o cuatro temporadas se convertiría en el mejor número cuatro de la Argentina. A los veintitrés años —veinticuatro, a lo sumo— sería transferido en una cifra millonaria al fútbol italiano. A partir de entonces jugaría unas doce temporadas en Europa. Por último, volvería a la patria para terminar su carrera en Independiente y retirarse con toda la gloria. [...] Lamentablemente, cuando el Mono cumplió veinte años lo citaron de la secretaría de Vélez Sarsfield y le notificaron del único verbo en modo potencial para el que nunca había tomado el menor recaudo: quedaría libre, porque en el club habían decidido prescindir de sus servicios. Le entregaron el pase libre para que pudiera continuar su venturosa carrera en cualquier equipo, le desearon suerte y le pidieron que llamara al siguiente porque había otros siete pibes esperando para recibir idénticas noticias.

A pesar de tratarse de una novela de ficción lo que ocurre en esta anécdota es mucho más frecuente en la realidad que lo que nosotros pensamos. Muchos niños y sus padres piensan en el deporte (sobre todo, pero no solo, en el fútbol) como una actividad en la que triunfarán y asegurarán su futuro económico y, quizás, el de su familia. Para ello realizan enormes sacrificios que hasta incluyen trasladarse de su lugar de vivienda y dejar su familia a muy temprana edad⁽²¹⁾.

En paralelo, aunque no siempre coincidentes, están los intereses de los padres de los deportistas que también pretenden que su hijo triunfe en su carrera deportiva. Sin embargo, pueden existir conflictos de intereses entre los niños y sus padres cuya resolución no siempre es sencilla.

Está el interés de los clubes formadores de jugadores que han invertido mucho tiempo y dinero en la formación de ellos y que luego, al ser transferidos, pueden verse privados de los beneficios que ese jugador le podría restituir el club.

El interés de los grandes clubes nacionales o extranjeros en contratar a los jugadores talentosos sabiendo que la inversión que realizan retornará gracias al desempeño del deportista.

(21) En un muy interesante trabajo de alumnos del Curso de Derecho y Management del Deporte de la UCA "Transferencia de Menores en Argentina. Necesidad de regulación" Fabián Boue, Leandro Carrizo, José Luis Díaz y Fernando Laborde; Docente tutor, Rafael Trevisan, los autores analizan, entre otros temas, a fondo los problemas que se plantean con los niños y adolescentes que se trasladan a vivir a pensiones de los clubes dejando su lugar de residencia y su familia. *El Dial*, 8/03/2016; DC 209 A.

El interés de sponsors y de la televisión y redes sociales, dispuestos a abonar sumas millonarias por la presencia de determinados deportistas en los eventos a transmitir.

Y también el interés, no siempre transparente o legítimo, de agentes o representantes de los jugadores y aún de terceros inversores que a través de figuras jurídicas complejas e ingeniosas se hacen dueños de los “pases” de los jugadores o firman contratos con cláusulas abusivas en las que el deportista queda “atrapado”.

Ante toda esta “trama” de intereses no resulta difícil que resulte sacrificado el más débil de la relación que es el menor y de ahí la tarea del jurista de encontrar soluciones sin perder de vista el interés superior del niño consagrado en la Convención de los Derechos del Niño de jerarquía constitucional y, por tanto, de aplicación inexorable. Las soluciones, por otra parte, deben evitar que so pretexto de proteger al menor lo terminen perjudicando o dificultándole un legítimo derecho a progresar.

Desde el ángulo de los menores, uno de los problemas se plantea cuando un club que es titular de los derechos federativos del jugador se niega a otorgar la transferencia o pretende ejercer una suerte de derecho de retención fundándose en las disposiciones de los reglamentos de las asociaciones deportivas y en sus derechos como club formador.

Con ligeras variantes en cuanto a la forma en que se ha producido, el conflicto más frecuente ha sido el de la negativa del club a otorgar el certificado de transferencia del jugador, argumentando ser titular de los derechos federativos y titular de un “derecho” a la permanencia del jugador en el club o a percibir dinero por su transferencia.

Existen varios casos jurisprudenciales resueltos por nuestros tribunales. A simple título de ejemplo señalamos algunos para tratar de comprender el núcleo del conflicto y de la discusión jurídica.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario (Santa Fe) resolvió con fecha 18/10/2007 el caso “MJ c/ Club Atlético Newell’s Old Boys s/ amparo”⁽²²⁾, haciendo lugar al amparo deducido por los padres del menor contra el Club Atlético Newell’s Old Boys respecto al acto jurídico emanado del mismo, por el que se rechazara el pedido de libertad de acción y pase libre de su mencionado hijo menor, como jugador de fútbol aficionado de esa institución deportiva. Al hacer lugar a la acción de amparo se pronunció declarando la inconstitucionalidad de las disposiciones reglamentarias o convencionales de la Asociación del Fútbol Argentina (AFA) y de la FIFA, que se opusieron al otorgamiento de

(22) Fallo publicado en El Dial AA42D6.

la libertad de acción y pase libre del menor como jugador aficionado del Club.

Expresó la sentencia que los eventuales derechos del Club no pueden llevar a que se mantenga cautivo al jugador y regir su destino profesional contra la voluntad del propio menor o sus padres. Asimismo, señaló que tampoco las normas reglamentarias pueden llevar a impedir libertad de acción pues resultarían contrarias a disposiciones de jerarquía constitucional, como las emergentes de la “Convención sobre los Derechos del Niño” o la libertad de asociarse.

En el caso “S.N. y otro c/ Club Independiente s/ acción meramente declarativa”, sentenciado el 28/10/2004 por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul,⁽²³⁾ se condenó al Club a otorgar el pase de un menor jugador de basquetbol que pretendía trasladarse a Mar del Plata a jugar a otro club. Resulta importante el caso por el profundo análisis que se efectúa en el fallo acerca de la naturaleza jurídica del vínculo del deportista amateur con el club, a la posibilidad de que exista contralor judicial de las decisiones de las asociaciones, a la irrazonabilidad o arbitrariedad de la negativa a otorgar el pase sin fundamentos y a la inconstitucionalidad de esa conducta por violar los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño y otros tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional.

Criterio similar se siguió en los casos “Nalpatían Miguel A. c/ Club Atlético Quilmes s/ amparo”⁽²⁴⁾, “Asociación Civil C.A. Boca Juniors c/ Coloccini Osvaldo y otro s/ medidas precautorias”⁽²⁵⁾; “Diebold, Roberto c/ Club Atlético Obras Sanitarias de la Nación y otro”⁽²⁶⁾; y “Brandan, Antonio y Cansinos, Jesús Felicidad en representación de su hijo Brandan, Pablo c/ AFA y otro s/ amparo”⁽²⁷⁾.

Conforme esta jurisprudencia, que hoy puede ser considerada pacífica, en el derecho argentino la negativa de los clubes a prestar su consentimiento para que se concrete la transferencia de un jugador ha sido

(23) Fallo publicado en El Dial AA25BF.

(24) E.D.198-130.

(25) CNCiv., Sala E, 09/05/2000, Numero de Recurso E290105.

(26) Publicado en El Dial AA3241.

(27) CNTrab., Sala V, Expte nº 5521/2001 sent. 66087 12/11/2002, Publicado en El Dial, AL11DD.

considerada violatoria de las normas de la Constitución Nacional, de la Convención de los Derechos del Niño y del Código Civil⁽²⁸⁾.

De esa manera ha quedado resuelto que las normas de los Estatutos y Reglamentos de las instituciones deportivas nacionales o internacionales no pueden violar las normas imperativas del derecho estatal interno, criterio que compartimos.

Restaría preguntarse qué ocurre cuando el conflicto tiene un punto de conexión internacional (por ejemplo, cuando un club europeo pretende fichar en su institución a un deportista amateur afiliado en la AFA para que continúe su proceso de formación amateur o para que firme un contrato de trabajo deportivo) y que, en consecuencia, habilita las instancias jurisdiccionales de la FIFA.

El Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RET) de la FIFA establece órganos para la resolución de conflictos. Ellos son la Comisión del Estatuto del Jugador y la Cámara de Resolución de Disputas (arts. 22 y siguientes del RET).

Asimismo, el CAS/TAS (Tribunal Arbitral del Deporte) interviene como tribunal de última instancia de apelación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de las federaciones deportivas. El Tribunal Arbitral del Deporte (TAS; Tribunal Arbitral du Sport en francés) es un órgano de arbitraje que dirime disputas en torno al deporte. Su sede queda en Lausana, Suiza y existen otras cortes en Nueva York y Sídney. Originalmente, fue creado por el presidente del Comité Olímpico Internacional.

En consecuencia, si el conflicto se plantea con una conexión internacional lo usual es que intervengan estos órganos jurisdiccionales deportivos. Al hacerlo aplicarán, en primer lugar, las reglamentaciones de la federación deportiva en cuestión.

Como lo expresáramos en párrafos anteriores, la FIFA, en el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RET), en el artículo 19 titulado "Protección de menores de edad", prohíbe en forma expresa la transferencia de menores de 18 años, salvo las excepciones que ya hemos señalado. En el caso de Argentina, la excepción importante es la que permite la transferencia: "Si los padres del menor cambian el domicilio al país donde el nuevo club tiene su sede por razones no relacionadas con el fútbol".

(28) En este artículo analizamos el tema desde el ángulo del deportista menor de edad. Lo expuesto no significa desconocer que los Clubes formadores de jugadores tienen un legítimo derecho a que esa formación les sea reconocida. Para un análisis profundo del tema puede consultarse el completo trabajo del Dr. Ariel N. Reck, "Los derechos de formación deportiva. Su régimen en fútbol, rugby y básquet". Cuadernos de Derecho Deportivo, Número 6/7, pág. 39 y sgts.

Fácil resulta advertir que se trata de una excepción a la cual resulta relativamente sencillo acogerse ya que, con solo invocar que los padres se trasladan a trabajar a algún país, la misma se configura. Por otra parte, la única responsable de evaluar si resulta o no aplicable esta excepción es la asociación extranjera.

La intervención de tribunales argentinos en casos de este tipo resultará muy dificultosa ya que, normalmente, el conflicto se planteará entre el club local y el club o la asociación extranjera y los organismos que intervendrán serán los jurisdiccionales de la FIFA. La eventual intervención de tribunales argentinos o del país donde el club extranjero tenga su sede plantearía, sin duda, problemas de derecho internacional privado y de competencia sumamente complejos.

Pero no puede dejar de mencionarse que esas transferencias de menores de 18 años a otros países, aun aceptadas por los padres del menor, pueden encerrar peligros y ser contraproducentes para la educación escolar y para el desarrollo del menor. Podría, incluso, existir algún beneficio para los padres que generara un claro conflicto de intereses.

Entendemos que, de plantearse alguna cuestión de ese tipo, el Defensor de Menores estaría legitimado para solicitar la intervención judicial y habilitado para intervenir si realmente existiese un peligro real y concreto para el menor.

V.4. Los contratos con agentes o representantes

Antes de referirnos al caso de los deportistas individuales o autónomos no quisiéramos dejar de mencionar una cuestión que, desde nuestro punto de vista, es mucho más seria y peligrosa para los menores que los contratos deportivos mencionados en los párrafos precedentes.

Nos referimos a diversas personas o instituciones que se relacionan con los deportistas amateurs (o profesionales) o con sus padres, y bajo el rotulo de representantes, agentes, inversores o empresarios celebran una serie de negocios jurídicos cuya legitimidad y validez es dudosa.

Estos “cazadores de talentos” suelen buscar a niños cuyas condiciones para determinado deporte resultan destacadas y, usando su experiencia, influencia, conocimiento del ambiente u otras “cualidades” obtienen de los padres la firma de contratos en los que se compromete el futuro del niño y se le hace asumir obligaciones que, en muchos casos, son abusivas o desproporcionadas.

El problema es que, por diversos motivos, esos contratos permanecen ocultos y, rara vez, llegan a los Tribunales. En el apartado siguiente analiza-

remos un contrato con un deportista autónomo que llegó a tribunales y podremos visualizar el tipo de cláusulas y obligaciones existentes en los mismos.

En el caso de los contratos de afiliación deportiva o de trabajo deportivo que hemos analizado se trata de una actividad pública y conocida y, como hemos visto, en los casos en que las instituciones deportivas han intentado imponer sus normas en perjuicios de derechos esenciales de los menores los tribunales han intervenido restableciendo el equilibrio. Pero eso no ocurre en el caso de los contratos que mencionamos en este apartado.

La FIFA y otras asociaciones deportivas que la han imitado han regulado la intervención de agentes de jugadores de fútbol. En el caso de la FIFA el Reglamento sobre los Agentes de Jugadores reglamenta minuciosamente esta actividad, determina la necesidad de obtener una licencia para lo que es necesario cumplir una serie de requisitos personales y profesionales, aprobar un examen, contratar un seguro de responsabilidad profesional etc., y prohíbe a las asociaciones, clubes o jugadores contratar servicios de agentes que no tengan licencia.

Si bien la intención de reglamentar y controlar la actividad es sana y loable, el objetivo no siempre se cumple. En primer lugar, porque se trata de una reglamentación de una institución privada, por lo que la aplicación del mismo por parte de los Tribunales no siempre es utilizada. Por otra parte, y como ya lo hemos señalado, el principal problema es que se trata de contratos ocultos o clandestinos que en muy rara ocasión son llevados a tribunales.

Si bien desde el punto de vista jurídico la solución no es demasiado compleja, pues los eventuales contratos o los reclamos económicos que se pudiesen efectuar en base a esos contratos deben ser examinados a la luz de los principios generales aplicables a los contratos y a los incapaces, entendemos que la solución a este verdadero problema de la actividad deportiva debe venir a través de políticas públicas y del compromiso de los dirigentes deportivos para evitar la existencia de estos “mercaderes” que lucran a costa de menores talentosos.

Resulta interesante, al respecto, citar el caso resuelto por la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A⁽²⁹⁾ en el cual se rechazó la demanda de la sociedad actora que pretendía el cobro de sumas de dinero basada en un contrato de representación suscripto con un jugador de fútbol siendo menor emancipado. El argumento por el cual la Cámara rechazó la demanda es que el contrato era nulo por no haberse cumplido con la normativa de la FIFA y AFA respecto a la necesidad de que los agentes de jugadores obtuvieran una licencia en esas asociaciones y cumpliendo ciertos requisitos

(29) “Global Foot Sports S.A. c/ Rodríguez Clemente Juan s/ ordinario” CNCom., Sala A, 18/11/2008, El Dial AA4FDC.

que los reglamentos exigían. El fallo es importante, en nuestra opinión, pues reconoce que la normativa de las asociaciones nacionales e internacionales del deporte es de cumplimiento obligatorio reconociéndolas, por tanto, como fuente de derecho. En igual sentido se expidió la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, rechazando la pretensión de verificar un crédito en un concurso a quien pretendía ser acreedor por su actuación como representante de jugadores⁽³⁰⁾.

Estos casos son importantes, pero se refieren al fútbol en el que las asociaciones nacionales o internacionales han reglamentado la intervención de los “agentes”. Cosa que no ocurre en todos los deportes ni en el caso de los deportistas autónomos.

Creemos que la actuación del Ministerio Público en estos casos es importante. Aunque el art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación reformó el viejo art. 59 del Código Civil, entendemos que la nueva redacción *permite la actuación de los Defensores de Menores tanto judicial como extrajudicialmente*.

V.5. El deportista autónomo

Lo expresado en los párrafos precedentes se refiere a los contratos de menores de edad que practican deportes colectivos relacionándose contractualmente con entidades deportivas de las cuales dependen.

Pero existen deportes, como, por ejemplo, el tenis o el golf, que son individuales y en los que los deportistas no se vinculan, como dependientes, a una entidad deportiva.

Dada la dificultad que, en estos casos, significa afrontar los gastos para practicar el deporte es frecuente que se celebren contratos de distinto tipo asumiendo obligaciones diversas. En la mayoría de los casos una persona física o jurídica asume los gastos para que el deportista pueda prepararse y competir y como contraprestación éste se obliga a abonar un porcentaje de sus ganancias. Estos contratos generalmente son firmados por los padres en representación de sus hijos menores de edad.

Para una mejor comprensión de este tema consideramos oportuno mencionar y analizar el caso planteado con la tenista Paola Suárez⁽³¹⁾. Cuando Paola Suárez tenía 16 años sus padres firmaron un contrato con la empresa

(30) “Club Atlético Al Boys s/ concurso preventivo s/ inc. de revisión por Carles Humberto Rubén”, CNCom., Sala C, 07/05/2004, El Dial AA21F4.

(31) “Emprendimientos Tenísticos Sociedad Anónima c/Suárez Paola s/Ordinario”, CNCom., Sala C, 5/7/02, publicado en el Suplemento de Derecho Deportivo de El Dial del 11/04/2006.

Emprendimientos Tenísticos S.A. cuyo plazo de duración se fijó en 10 años (es decir que vencía a los 26 años de la tenista).

El contrato se denominaba “de promoción deportiva” y tenía como objeto “promocionar a la menor Paola Suárez para su participación en torneos de tenis nacionales e internacionales proveyendo los medios económicos y de organización para costear su entrenamiento, los gastos de viajes y estadías...”. Por su parte, Paola Suárez se obligaba a seguir un entrenamiento estricto, a residir en un lugar con determinadas características, a cumplir una dieta alimentaria establecida por la empresa y a participar en los torneos que la empresa considerara conveniente.

La contraprestación a cargo de la jugadora consistía en el reembolso de los gastos y la distribución de utilidades teniendo en cuenta todos los ingresos (premios, publicidad, imagen etc.). En primer lugar las sumas percibidas se aplicaban al pago de sumas ya invertidas hasta la celebración del contrato y que ascendían a USD 176.087, luego a reembolsar los gastos incurridos en el año y finalmente si había utilidades el 33% para la empresa y el 67% para la jugadora que debía destinar el 17% para atender a los honorarios de los entrenadores.

El contrato fue rescindido por el padre de la jugadora alegando incumplimientos por parte de la empresa. Ésta inició juicio solicitando el pago del dinero adeudado por los gastos realizados. La sentencia de primera instancia hizo lugar al reclamo, pero la de segunda la modificó haciendo lugar solo al reembolso de los gastos que se acreditaran como efectivamente realizados en la etapa de ejecución de sentencia mediante la correspondiente pericia.

A los fines del tema en análisis resulta importante destacar dos aspectos del fallo: a) En primer lugar, la sentencia no hace lugar al pedido de nulidad del contrato por no haber intervenido el defensor de menores; b) En segundo lugar, formula algunas consideraciones respecto de algunas cláusulas del contrato que resultan interesantes.

Para denegar el pedido de nulidad la Cámara encuadra el contrato, más allá de su “inocultable atipicidad”, en las disposiciones del segundo párrafo del art. 275 del Código Civil (tampoco pueden, antes de haber cumplido dieciocho años de edad, ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar su persona de otra manera sin autorización de sus padres) y también en las previsiones de los arts. 280 y 283 del Código Civil. En función de ese encuadre jurídico y también por ciertas particularidades de la forma en que ocurrieron los hechos, la Cámara no hace lugar al pedido

de nulidad no obstante no haber intervenido el Defensor de Menores como lo dispone el art. 59 del Código Civil.

Entendemos, como la afirma la Cámara, que es un contrato atípico por lo que, en nuestra opinión la asimilación, sin más, al supuesto de autorización para ejercer profesión, oficio o industria no es tan clara. Por ello entendemos que esa atipicidad, el hecho de tener reconocimiento de obligaciones preexistentes, la duración del contrato, las obligaciones que asumía el menor y la forma en que se obligaba a distribuir las ganancias, eran esenciales en el contrato y determinan que debería haberse cumplido con la prescripción del art. 59 y darle intervención al Defensor de Menores⁽³²⁾.

La intervención necesaria del Ministerio Público (art. 103 Código Civil y Comercial de la Nación) en este tipo de contratos, así como en los celebrados con agentes o representantes y con los clubes, es la forma adecuada de controlar las cláusulas que se insertan en los mismos evitando situaciones de abuso y también permitiría analizar si los padres actúan defendiendo realmente los intereses de sus hijos menores.

Con relación a las cláusulas del contrato, la sentencia expresa que:

[C]iertas estipulaciones del referido convenio podrían ab initio suscitar reparos desde el punto de vista de los principios indisponibles de nuestro ordenamiento legal, que corresponde al Tribunal resguardar (conf. art. 1047, Cód. Civil). Ese rasgo se insinúa en algunas restricciones impuestas a la deportista en el desenvolvimiento de su vida, tanto en aspectos personales como en el ámbito familiar y social, con exigencias muy rígidas en la atención de los compromisos concertados por la actora, que condujeron en algún caso —según manifestó su entrenador al prestar declaración testimonial en autos (fs. 290)— a tener que “jugar lesionada”. Tal clase de restricciones impuestas a la “libertad de las acciones” (ver arts. 953, 97, 531 inc. 1° y otros del Cód. Civil) por un lapso muy prolongado (diez años), sobre todo tratándose de una menor, no parecen acordes con aquellos principios de carácter imperativo, aun cuando en la celebración del contrato hubiera intervenido el padre de la menor...

Como se advierte, la sentencia no pasa por alto la posibilidad de que el contrato sea nulo en función del contenido de las cláusulas que condicionan

(32) En el mismo sentido se pronuncia categóricamente la Dra. María de la Paz Videla en el artículo ya citado “Contratos deportivos relacionados con niños/as y jóvenes”, El Dial DC681. Se refiere también al tema, aunque no se pronuncia en forma tan categórica el Dr. Ariel N.° Reck, en el artículo “Contratación de Deportistas Menores de edad, Comentario al fallo Emprendimientos tenísticos”, Cuadernos de Derecho Deportivo, N° 3, página 139 y sgts.

la vida del menor por un lapso de diez años y restringen su libertad, aunque no se pronuncia por resultar inoficioso por la forma en que quedó trabada la litis.

Coincidimos plenamente con lo expresado por el Tribunal. Llama sin embargo la atención que la Cámara no haya incluido también entre las posibles causas de nulidad al régimen de reintegro de gastos y distribución de utilidades que, en nuestra opinión, era excesivo⁽³³⁾.

Pues bien, partiendo de este caso particular como ejemplo, entendemos que debe distinguirse la situación de los deportistas que celebran contratos de trabajo con una entidad deportiva de aquellos contratos que no son tal. Los que celebran contratos de trabajo tienen claramente establecido en la ley y en las diversas normas aplicables sus derechos y obligaciones. Y, como ya hemos visto, cuando se pretende aplicar normas reglamentarias que violan derechos esenciales, la jurisprudencia se ha ocupado de corregir tales conductas.

Pero en los otros contratos que pueden celebrar esos deportistas con representantes, agentes, promotores, inversores, etc., o en el caso de los deportistas autónomos, entendemos que deben extremarse los recaudos para proteger a los menores, que son la parte débil de la relación. En nuestra opinión en estos casos debe darse intervención al Defensor de Menores y los contratos ser sometidos a un análisis riguroso en función de los principios señalados.

V.6. El deportista amateur compensado

Hemos visto y analizado la situación de los deportistas amateurs y de los profesionales. Pero existe en la realidad una situación que plantea dificultades en su encuadre jurídico y en la determinación de las normas aplicables.

Nos referimos al caso de los que se han denominado “amateurs compensados”. Se trata de jugadores que practican deportes como amateurs pero que suelen recibir suma de dinero en concepto de “viáticos”, becas, u otras prestaciones como automóvil, teléfono, vivienda, ropa etc.

La cuestión por decidir es si, en esos casos, no estamos en realidad ante profesionales (contratos de trabajo) con deportistas que aparecen como amateurs pero que reciben compensaciones que encubren una remuneración.

(33) En el mismo sentido se pronuncia el Dr. Reck en el artículo ya citado afirmando: “Considero que la sala no debió dejar pasar la oportunidad de fulminar semejante régimen de distribución de utilidades...” ob. citada, pág. 142.

En el caso del *voleyball* se plantearon varios conflictos que se ventilaron en los tribunales y que dieron lugar a distintos fallos.

En esos casos se discutía si los “viáticos”, “premios”, “becas” u otras prestaciones convertían la relación del deportista en una relación laboral debiendo aplicarse las normas del Derecho del Trabajo.

En algunos fallos (“Traiber Carlos c/ Club Atlético River Plate s/ despido”⁽³⁴⁾; “Pérez Rodríguez c/ Club Atlético River Plate s/ despido”⁽³⁵⁾ y “Turzi Gerardo c/ Club de Amigos s/ despido”⁽³⁶⁾) se decidió que estábamos ante la figura de un “amateur compensado” pero que las sumas o beneficios recibidos no lo convertían en profesional y, por tanto, no se les aplicaba las normas del derecho del trabajo.

En otros casos (“Rivas M c/ San Telmo s/ accidente”⁽³⁷⁾ y “Lerose Claudio c/ Club Atlético Excursionistas s/ despido”⁽³⁸⁾), se consideró que las prestaciones recibidas y la subordinación técnica y jurídica determinaban que la relación sea absorbida por la figura del contrato de trabajo deportivo, aun cuando el propio ordenamiento deportivo sostenga lo contrario.

Esta figura que se denomina como “*amateur compensado*” fue admitida en el ya citado caso Taiber, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (CS) decidiendo, al seguir la opinión del Procurador General, que las relaciones del tipo amateur son ajenas a la relación laboral y poseen caracteres diferenciales, argumentando que pese a que las becas y los “sponsors” están presentes en múltiples actividades amateurs, tal condición sobrevive sin desnaturalizarse con subsidios y ayudas, que de no admitirse tendrían la virtualidad de limitar esas prácticas a personas pudientes. Asimismo sostuvo que los subsidios constituyen una costumbre en la actividad amateur y la conclusión que asimila el deporte amateur a una relación de trabajo, no valora adecuadamente la autonomía jurídica del primero, regido por los usos y normas federativas, y situado en el marco del derecho civil ordinario, resaltando también que el resarcimiento económico está presente en múltiples actividades ajenas al contrato de trabajo, por lo que su presencia, no altera, per se, la índole agonística de la relación.

En cambio, en los fallos citados (Rivas y Lerose) se resolvió que entre el deportista y la entidad deportiva existía una verdadera relación de con-

(34) CS 4/07/2003; Sala III N.º 85379 29/10/2003, el Dial - AA1A8A.

(35) CNLaboral, Sala X, 19/05/2004, el Dial - AA21F8.

(36) CNLaboral, Sala II, 28/04/2003, el Dial - AA2F24.

(37) CNLaboral, Sala II, 05/07/1991

(38) CNLaboral, Sala I, 22/03/1993

trato de trabajo, pese a que ambos deportistas revestían la calidad de jugadores aficionados por competir en la Primera "C", conforme lo establece el Reglamento General de la Asociación del Fútbol Argentino (A.F.A). En ambos casos, los sentenciantes interpretaron que el "viático" que percibían los deportistas representaba una verdadera subordinación económica entre el deportista y el Club, haciendo prevalecer los principios propios del derecho laboral que establecen que en caso de duda debe presumirse la onerosidad del trabajo subordinado por sobre el Reglamento deportivo interno, en este caso el Reglamento de A.F.A, que regula la actividad de los futbolistas.

Posteriormente, en el fallo dictado el 20 de agosto de 2009, la Sala VII de la Cámara Nacional del Trabajo, en los autos caratulados "ML c/WGS y otros s/ despido"⁽³⁹⁾, condenó solidariamente al Club Ciudad de Buenos Aires y a World Goup Sports S.A al pago de la condena, por existir una verdadera relación laboral.

El Tribunal aclaró que estábamos frente a los casos fronterizos y que, por tanto, hay que analizar detenidamente las circunstancias y pruebas de cada caso particular y consideró que de las pruebas aportadas surgía una verdadera relación laboral, aunque se la denominara por las partes como amateur.

Como se puede apreciar no existe un criterio rígido sino que, como los propios fallos citados lo destacan, debe analizarse cada caso particular para desentrañar la verdadera naturaleza de la relación más allá del nombre que le den las partes o de los términos de los contratos firmados.

Otra situación interesante sobre el límite entre el amateurismo y el profesionalismo se ha planteado en el rugby.

Único en el mundo, el modelo del rugby argentino es *amateur*, aunque se propone resolver una ecuación paradójica: desarrollarse profesionalmente a nivel de la competencia internacional sin renunciar al semillero y al espíritu del rugby *amateur*.

Con este fin, desde 2009 el rugby argentino encaró un profundo proceso de transformación para poder insertarse en la competencia contra las tres grandes potencias del Sur: los All Blacks, los Wallabies y los Springboks.

Así fue como se instrumentó el Plan de Alto Rendimiento (Pladar), una base donde los jugadores son entrenados y preparados para poder competir contra jugadores de rugby profesionales. Actualmente existen varios Cen-

(39) el Dial - AA57DA.

tros de Alto Rendimiento denominados PlaDares). De esa manera, la Unión Argentina de Rugby comenzó a tener jugadores rentados.

Los jugadores que son seleccionados para formar parte del Pladar, reciben por parte de la UAR además de todas las cuestiones que están presentes en un sistema de entrenamiento de alta competencia, entre otras cosas: a) Obra Social o Medicina Prepaga. b) Beca para realizar estudios Universitarios. c) Un pago mensual de una suma de dinero. d) Viáticos durante las giras.

La Unión de Rugby de Buenos Aires (URBA), ante esta creación, en una asamblea de socios resolvió que los jugadores afectados al Pladar no podrían participar de los torneos organizados por la URBA. No quedan dudas que la URBA al disponer esta prohibición, interpretó que los jugadores afectados al Pladar estaban violando el artículo 3° de los estatutos de la URBA, es decir estarían cometiendo actos de profesionalismo.

Posteriormente en el año 2011, se convocó a una nueva asamblea extraordinaria, donde se resolvió modificar lo resuelto en la anterior asamblea disponiendo que aquellos jugadores incorporados a los Planes de Alto Rendimiento de la UAR podrían jugar para sus respectivos clubes en los torneos de la URBA, si renuncian a la contraprestación económica que reciben por parte de la UAR y de la Secretaría de Deportes, aclarando que estos jugadores podrían jugar aunque mantengan el beneficio de percibir la cobertura de obra social y/o medicina prepaga, y la beca universitaria.-

El sistema se fue flexibilizando y, actualmente, el Reglamento de habilitaciones y pases efectúa una distinción entre jugadores no profesionales (los no contratados por la UAR), y los que tienen contrato profesional con esa entidad. A los primeros se les permite continuar su actividad en el club local al que pertenecen. Y a los segundos no se les permite jugar en ningún tipo de competencia organizado por la URBA ni integrar equipos de los clubes afiliados a esta entidad ya sea en partidos oficiales o amistosos. Estos últimos solo podrán reincorporarse a la actividad dependiente de la URBA una vez concluida su relación profesional con la UAR acreditando fehacientemente tal circunstancia y cumpliendo asimismo todos los trámites y condiciones establecidos.

Pues bien, situaciones similares a las del fútbol, *voleyball* o rugby se encuentran en la mayoría de los deportes.

Y es allí donde nos encontramos con estas figuras de deportistas que practican un deporte que es amateur pero que reciben algún tipo de beneficio económico de parte de los clubes o asociaciones.

Como lo hemos señalado, corresponde examinar las particularidades de cada caso concreto para determinar si efectivamente estamos ante un deportista *amateur* o si se está encubriendo una práctica de deporte profesional.

En el caso de los deportistas menores de edad, analizar cuidadosamente la situación puede resultar muy importante pues el “encubrimiento” de la verdadera naturaleza de la relación puede prestarse a todo tipo de abusos. No olvidemos que los menores, con tal de poder jugar en el deporte en el que creen que van a tener éxito, son propensos a aceptar condiciones que, sin duda, pueden ser muy perjudiciales para ellos.

VI. CONCLUSIONES

- De acuerdo con el concepto de persona al que adherimos, toda persona humana, por el solo hecho de serlo, es persona para el ordenamiento jurídico.

- La persona posee una dignidad intrínseca por lo que el derecho positivo debe protegerla en todas sus actividades.

- El deporte y la actividad física, en sentido amplio, ocupan un espacio muy grande e importante en la vida de las personas.

- No existe una norma expresa del bloque constitucional federal que consagre el derecho al deporte como un derecho humano fundamental

- Puede interpretarse, como lo hacen diversos autores, que existe una consagración implícita del derecho al deporte, de jerarquía constitucional, mediante el juego de diversas normas y a través de los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional.

- Aun cuando llegáramos a la conclusión de que no está receptado en nuestro ordenamiento jurídico el derecho al deporte como derecho humano fundamental está claro que esa actividad de la persona humana no puede quedar fuera de la protección que el Estado debe brindar a las personas básicamente con fundamento en su dignidad.

- Esa obligación es más clara y contundente con relación a los menores de edad en virtud de los principios generales del Derecho y de la Convención de los Derechos del Niño.

- Los niños comienzan a practicar deportes cada vez a más temprana edad. La gran mayoría lo hace a través del deporte *amateur* y, generalmente, jugando para equipos que se encuentran afiliados a Asociaciones Regionales o Nacionales e, incluso, internacionales.

- Respecto de esos niños y jóvenes resulta fundamental el enfoque interdisciplinario que supera las normas estrictamente jurídicas y que deben generar que los “derechos” de los niños al deporte sean respetados y que la práctica deportiva sea una auténtica y verdadera contribución al desarrollo de esos niños y jóvenes.

- El papel de las asociaciones, de sus dirigentes, de los entrenadores y profesores de educación física resulta fundamental para el cumplimiento de ese objetivo.

- El derecho federativo (fichaje) de los deportistas menores en ningún caso puede dar derecho al Club o a la Asociación a ejercer una suerte de derecho de retención de los jugadores. Las normas privadas de las asociaciones o federaciones deben ceder ante el derecho público estatal y debe permitirse el control judicial de sus decisiones.

- En la celebración de contratos de menores con intermediarios, agentes, representantes, etc., además de la intervención de los padres, entendemos que, con base en el art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, debería intervenir obligatoriamente el Ministerio Público (Defensor de Menores). No nos parece suficiente la actuación como representantes o como asistentes de los padres que muchas veces pueden tener intereses contradictorios con los del menor. Creemos que es la única forma, aunque es difícil que resulte eficaz, de dar una efectiva protección a este serio problema que afrontan los deportistas.

- En ese tipo de contratos (de menores, pero también de mayores) no deben admitirse cláusulas que sean contrarias a la dignidad de la persona y que restrinjan su libertad de decisión y de acción.

- Debe prestarse especial atención al caso de los deportistas autónomos que no forman parte de clubes o equipos y que para poder desarrollarse firman (ellos o sus padres) contratos cuyas cláusulas pueden ser, muy frecuentemente, contrarias la moral y las buenas costumbres y lesionar la dignidad de la persona del deportista.

- También requiere atención especial el caso de los llamados amateurs compensados (máxime si son menores de edad) pues bajo la apariencia de “viáticos”, “becas” o similares pueden encubrir una auténtica relación de trabajo que quizás no respete los derechos básicos y mínimos del trabajador.

- Resulta muy importante también la intervención del Estado, básicamente a través de los órganos jurisdiccionales para evitar todo tipo de discriminación y para permitir que todas las personas, incluidas aquellas con capacidades diferentes, puedan practicar el deporte y obtener los beneficio que el mismo les reporta.

- Consideramos que no son suficiente las normas de la ley de contrato de trabajo o del Código Civil y Comercial para una efectiva protección de los deportistas y sobre todo los menores de edad. Entendemos que el Estado debería a través de políticas públicas concretas (sanción de leyes, creación de organismos, otorgamiento de subsidios, etc.) fomentar y proteger la actividad deportiva y física y ejercer una actividad concreta de control de los deportistas y sobre todo de los menores de edad.

- El Estado a través de sus órganos judiciales y de políticas públicas debe reconocer la práctica del deporte como una actividad libre y voluntaria y como un factor fundamental de la formación y desarrollo integral de la personalidad.

- También debe respaldar y estimular el asociacionismo deportivo.

- La educación física debe ser materia obligatoria en todos los niveles de la enseñanza previos a la universidad.

- Y además debe adoptar medidas concretas que eviten y sancionen la discriminación en la práctica deportiva como consecuencia de minusvalías físicas o psíquicas.

Vivimos una época en que los cambios son cada vez más rápidos y no terminamos de acostumbrarnos a ellos cuando sucede una nueva modificación. Los medios de difusión contribuyen a “instalar” temas e ideas como si fueran verdades absolutas sin darnos siquiera tiempo para pensar.

En ese vértigo quizás no advertimos que en la alta competencia deportiva cada vez hay deportistas más jóvenes y las exigencias de entrenamiento, de viajes, de presión psicológica son cada vez mayores. La posibilidad de que todo ello interfiera en la formación del menor y deje huellas difíciles de superar es muy grande.

El Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño afirma: “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Es importante que los juristas nos preguntemos si la exigencia del deporte de alta competencia y la trama de intereses y contratos que se mueven alrededor, no es un peligro para el logro de este ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Y de ahí la tarea, no sencilla, por cierto, de encontrar mecanismos y normas que brinden verdadera protección a los menores de edad y que permitan un verdadero desarrollo de su personalidad para estar “plenamente preparados para la vida en sociedad” (Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño).

EL ROL DE LAS EMOCIONES EN LAS DECISIONES HUMANAS

POR JOSÉ MARÍA ORELLE (*)

I. INTRODUCCIÓN

El mundo de los sentimientos abarca desde lo más abyecto de los seres humanos hasta las acciones más extraordinarias, no obstante, la vida sin emociones sería imposible. Nos gusta sentir, necesitamos sentir, somos insaciables consumidores de emociones. “A la gente le gusta sentir” expresó Virginia Wolf en su diario ⁽¹⁾ Nadie elige su amor, su odio, ni su envidia, y sin embargo nos identificamos con ellos en lo más íntimo y espontáneo propio ⁽²⁾

El presente estudio está dedicado a desarrollar la tesis que el tema de “porque hacemos lo que hacemos” o sea los puntos esenciales de la conducta humana no han recibido en nuestro país, el tratamiento de estudios profundizados proporcionales a su importancia. Llama la atención esta omisión, debido a la trascendencia del tema, que se proyecta de modo transversal-radial a prácticamente todos los campos de la convivencia social. Por otra parte, los doctrinarios jurídicos no se han mostrado sensibles a los grandes progresos que sobre el punto la psicología, las neurociencias, la sociología y la filosofía han producido.

(*) Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Citada por MARINA, José Antonio “El Laberinto Sentimental” editorial Anagrama, Barcelona, 1996, pág. 9.

(2) MARINA, José Antonio “El Laberinto Sentimental” editorial Anagrama, Barcelona, 1996, pág. 12.

II. LA SITUACIÓN ACTUAL

II.1. Necesidad de profundizar y mejorar de los aspectos subjetivos de los Actos Jurídicos

II.1.a. *Llamativa aceptación de los desbordes de las conductas*

Ante tanta investigación, avances y desarrollos técnicos, aparece una asimetría inexplicable que se traduce en una especie de aceptación del mal accionar, como si fuera un tema irremediable, sin posibilidad de mejorarse.

II.1.b. *Ausencia generalizada de técnicas de tratamiento del tema*

Consecuencia de dicha actitud social, que atraviesa todos los sectores de la convivencia humana, es la ausencia de procedimientos, técnicas, protocolos de evitación o al menos de disminución de los riesgos y daños de las conductas desviadas.

II.1.c. *Dedicación sobredimensionada a estudios teóricos, sin tomar en cuenta que "sucede en las calles"*

En el plano de lo Jurídico, al menos en nuestro país, también resulta llamativo e inexplicable, en mi opinión, la dedicación superlativa a temas teóricos doctrinarios, que no son igualados con el estudio profundizado de técnicas preventivas de daños del accionar humano.

II.1.d. *La Conducta Humana como objeto de conocimiento de diversos saberes*

Es de plena evidencia, que el tema de la conducta humana se presta a ser analizada desde muy diversos planos: Filosofía, Sociología, Psicología, Antropología, Ciencias de la Conducta, Sistemas Morales, Religiosos, Derecho, etc. ⁽³⁾ Esta característica basta por sí sola para fundamentar la imprescindible necesidad de integrar de modo interdisciplinario dichos saberes en el campo de los estudios jurídicos, aspecto que todavía no se ha realizado con la intensidad que correspondería.

(3) Entre muchos, SOBRAL, Jorge "Relaciones entre la Psicología y La Ley", capítulo que integra la obra "Manual de Psicología Jurídica", SOBRAL, Jorge, ARCE, Ramon y PRIETO, Ángel, Ediciones Paidós, Buenos Aires, Primera Edición, 1994, pág. 21.

III. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LAS EMOCIONES

III.1. Aproximación conceptual

El mundo de las emociones es de una vastedad y extensión inimaginable. Por ello he titulado este punto como “aproximación” y algunas de sus consecuencias son: en primer lugar, porque ante tal vastedad, me limitaré solo a ciertos detalles que son útiles conceptualmente para este estudio. En segundo lugar, porque bastará la mera enunciación de las características realmente esenciales. Aclaro, como sucede con las posibilidades de cada autor, que he seleccionado para esta sección, dos libros de José Antonio Marina, filósofo, divulgador y pedagogo, titulados “El laberinto Sentimental” ⁽⁴⁾ y “Diccionario de los Sentimientos” escrito con Marisa Lopez Penas ⁽⁵⁾ que me han servido de estupenda guía, ya que conforme la manera de analizar de los temas sirve perfectamente para una tesis doctoral, el estilo permite una comprensión accesible a pesar de su profundidad. Marina describe a los sentimientos como “una experiencia consciente, que sintetiza los datos que tenemos acerca de las transacciones entre mis deseos, expectativas o creencias y la realidad. Son una síntesis, algo nuevo como son nuevas las configuraciones perceptivas, las cualidades de forma que emergen de los datos sensibles” ⁽⁶⁾.

III.2. La incidencia de la estructura psíquica del sujeto

- a) Lo biológico: temperamento, carácter, salud.
- b) Lo social: familia, red social, educación.
- c) Autopercepción del sujeto.
- d) Estilo de vida.
- e) Valores.
- f) Conjunto de creencias y expectativas.

(4) MARINA, José Antonio “El Laberinto Sentimental” editorial Anagrama, Barcelona, 1996.

(5) MARINA, José Antonio y Lopez Penas, Marisa “Diccionario de los Sentimientos” Anagrama, Barcelona, cuarta edición, 2000.

(6) MARINA, José Antonio “El Laberinto Sentimental” editorial Anagrama, Barcelona, 1996, pág. 33.

III.3. Características Esenciales

- Surgen instantáneamente al generarse un estímulo, interno o externo.
- Dicha instantaneidad es tan intensa que anteceden a todo pensamiento.
- Difieren en intensidad conforme la situación.
- No entendemos como aparecen y como influyen.
- No sentimos lo que queremos sentir.
- Impulsan a accionar.
- Son esenciales para nuestra vida, pero no podemos “manejarlas a voluntad”, aparecen sorpresivamente.
- Nos informan sobre nuestra estructura interna de modo fragmentario.
- Aparecen con mayor intensidad cuando estamos implicados.
- Se relacionan con mis intereses.
- Generan placer o dolor, acercamiento o rechazo.
- Cumplen una función adaptativa.
- Enlazan lo general con lo concreto.
- Al explorar nuestros sentimientos surge nuestra historia de vida.
- Conectadas con mis respuestas a cómo funciona el mundo, como me manejo yo en dicho mundo.
- Están influidas por los modelos sociales.
- Tienen permanentes cambios dinámicos.
- Se vinculan con experiencias, recuerdos modos de percepción.
- Están dentro del campo de la causalidad.
- Se vinculan con mis respuestas sobre funciona el mundo, y como me manejo yo en dicho mundo.
- Gobiernan el pasado y el futuro.

IV. APORTES DEL PSICOANÁLISIS AL TEMA DE LA CONDUCTA

IV.1. Perspectiva general del accionar jurídico

En reciente obra, he descrito que la fórmula general de la realización de actos jurídicos se integra con etapas, cada una de las cuales abre caminos de investigación enriquecedores. Para dotar de mayor claridad mi enfoque técnico del punto, partiré de un caso concreto: la compra de una bicicleta. Las etapas, con su traducción a los vocablos jurídicos dogmáticos, son las siguientes:

a. El caso una persona que “se percibe” (estímulo interno) con exceso de peso.

b. Dicha percepción le genera una reacción instantánea, inconsciente, mecánica, y de una rapidez que supera al pensamiento, de desagrado, rechazo, molestia (emoción, sentimiento).

c. Luego, aparece un proceso de evaluación “racional” guiado por una aspiración o deseo “ponerse en forma” (finalidad), y las diversas alternativas con sus detalles generales (como proceder) dieta, ejercicio, meditación, etc.

d. Imaginemos que la persona resuelve practicar ciclismo como medio para obtener su finalidad. Se genera entonces el objeto jurídico, o sea el medio elegido.

e. Luego debe decidir cómo obtener el rodado: comprando, permutando, alquilando. Se genera la causa fuente del acto.

f. La etapa siguiente es la planificación, o sea un programa imaginario de las acciones a desarrollar para conseguir su finalidad.

g. Cuando el sujeto sale al mundo exterior (lugares, fechas, tiempos, negocios) aparece el tema jurídico de “las formas” o sea los movimientos psico-físicos necesarios para el desarrollo de lo imaginado. Dichas acciones, sin perjuicio de los detalles de cada grupo de movimientos y posibles ajustes y vicisitudes, tiene un final.

h. Dicho final es el o los resultados: la compra, o el desistimiento, que tiene repercusiones tanto sea emocionales, como físicas, y jurídicas.

i. Luego de la adquisición (si así finalizaran las acciones) se genera el tema de las consecuencias: (uso de la bicicleta, guarda, mantenimiento, etc.).

Esta formulación de los actos, si bien admite separaciones un tanto arbitrarias con finalidad didáctica, no ignora que lo emocional y lo racional siempre tienen diversas mezclas, no son “compartimientos separados”. Pero ello no debe impedir dicha separación conceptual para comprender mejor el mundo de lo psicológico. En el presente estudio me dedicaré exclusivamente a la profundización del elemento emocional de hechos y actos y sus conexiones con la evaluación racional.

IV.2. La vulnerabilidad de la condición humana y la falacia del rol dominante de la racionalidad en el accionar

El discurso jurídico se caracteriza por el predominio de una concepción del sujeto como persona racional, consciente, autónomo, y aislado, que puede afrontar cualquier situación con certeza, comprensión de las causas, sobre como obrar y obtener los resultados que ha decidido. Este constructo, parte a su vez de la base que todas las personas comparten dicho marco de referencia, claro, indubitable, salvo causas estrictas de edad, de vicios jurídicos, de disminución de capacidad ⁽⁷⁾. Este enfoque, solo resulta admisible comprendiendo que dentro del conjunto de abstracciones que integran los ordenamientos, esta clase de ficciones son necesarias, pero como toda ficción cede ante las características de la convivencia humana.

Desde el psicoanálisis, se problematiza y en parte se refuta dicha premisa. Se sostiene que la condición humana es vulnerable. Sus acciones, y la eficacia de estas, no puede anticiparse, es decir que las acciones humanas carecen de una garantía previa a su realización; ellas no tienen ni el abrigo ni la previsibilidad que ofrece el instinto animal al resto de las especies. Se describe que la estructura psíquica se integra por conciencia, lo inconsciente, el subconsciente. Las relaciones entre lo consciente, lo subconsciente, y la conciencia determinan el perfil general de la vida psíquica ⁽⁸⁾.

Conciencia según Basile es el conjunto armónico de las funciones psíquicas y de la personalidad en pleno, que permite al individuo apreciar adecuadamente a través de las senso-percepciones, deliberar a través de la razón, enjuiciar a través del juicio y la crítica, resolver y ejecutar acciones a través de la cognición, con libertad o sin ella (cuando el

(7) MÓREA, Adrián Oscar “La psicología y el Derecho. Una simbiosis positiva” 11/07/2019- IJ-DCCLII-320

(8) J. FERRATER MORA, “Diccionario de Filosofía” nueva edición actualizada por la cátedra Ferrater Mora bajo la dirección de Josep-Maria Terricabras, Ariel Filosofía, 1994, Tomo E-J, pág. 1790.

individuo es sometido a coacción intimidatoria, sugestiva o por fuerza física irresistible) en el contexto de su mundo psíquico, de su existencia biológica y de su trascendencia social e histórica ⁽⁹⁾.

El vocablo “inconsciente” alude a una estructura compuesta de emociones, sensaciones, creencias, convicciones, etc., que influye en la vida emocional, con una característica decisiva: es una estructura que influye, pero no se la conoce, y menos aún se la domina. De allí la denominación de inconsciente, es decir, fuera de la conciencia, entendiendo por conciencia el conocimiento, el dominio de la misma. Esta característica, que tiene cierto matiz de misterio, torna de cierta imprevisibilidad a las conductas, debido a la magnitud (desconocida, reitero) de la estructura. En la experiencia conductual, se evidencia con frases tales como “no sé porque”, “me sale así”, “sentí la necesidad de”.

Lo subconsciente es la zona intermedia entre la conciencia y el inconsciente donde son rechazados todos los fenómenos desagradables y donde permanecen huellas susceptibles de reavivarse.

En el psicoanálisis lo inconsciente viene a ser la capa más profunda de los procesos psíquicos, la región completamente oscura, a diferencia de la claridad de la conciencia, o de la semiclaridad de lo subconsciente. No todos los procesos psíquicos vienen a ser conscientes, sino al contrario: la parte más considerable de la vida psíquica se desenvuelve en el inconsciente, ya sea ejerciendo una constante presión sobre la conciencia, la cual censura o no los actos, ya sea determinando la conciencia misma sin que ella lo advierta. Las relaciones entre lo consciente, lo subconsciente, y la conciencia determinan el perfil general de la vida psíquica ⁽¹⁰⁾. Desde otra perspectiva, Bargh sostiene la influencia en las conductas humanas de apegos a situaciones del pasado y a previsiones (discutibles) del futuro, cuando la actitud conveniente a adoptar es centrarse focalmente y con mayor exclusividad en el presente ⁽¹¹⁾.

(9) BASILE Alejandro A. “Tratado de Psiquiatría Forense” editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aire, 2019, página 21. En la misma línea de avance. SANTIAGO, Alfonso “Como la razón y emoción refuerzan o debilitan objetivos constitucionales, El Derecho, 29-09-2022, Tomo 298; MOREA, Adrián Oscar “La psicología y El Derecho” una simbiosis positiva, Li Editores- Argentina, 11-07-2019, IJ-DCCLII-320.

(10) J. FERRATER MORA, “Diccionario de Filosofía” nueva edición actualizada por la cátedra Ferrater Mora bajo la dirección de Josep-Maria Terricabras, Ariel Filosofía, 1994, Tomo E-J, pág. 1790.

(11) BARGH, John “Porque hacemos lo que hacemos?” El Poder del Inconsciente. Primera edición 2017, Penguin Random House, Grupo Editorial, Navarra.

Desde la mirada filosófica y sociológica, por su claridad y gran acopio de fuentes, cabe citar a Harari, que en reciente obra sostiene que, en los últimos siglos, el pensamiento liberal desarrolló una confianza inmensa en el individuo racional. Representó a los humanos como agentes racionales independientes y a convertido a esas criaturas en la base de la sociedad moderna ⁽¹²⁾. Sostiene que dicha creencia es falsa, ya que las mayoría de las decisiones humanas se basan en reacciones emocionales y atajos heurísticos más que en análisis racionales. Adicionalmente sostiene que el concepto de libre albedrío está actualmente muy cuestionado por científicos y por la neurociencia, ya que las decisiones se adoptan casi por exclusividad por elecciones emocionales, que a su vez se generan por procesos químicos de nuestra fisiología ⁽¹³⁾ tema que comparte otro experto en el tema Daniel Goleman ⁽¹⁴⁾. Agrega que también es otro mito sostener la preponderancia de las decisiones individuales, porque la naturaleza real del mundo demuestra que los seres humanos rara vez piensan por sí mismo, más bien piensan en grupos, y las personas adhieren inconscientemente a las convicciones grupales.

En síntesis, la inclusión de la mirada psicoanalítica en los estudios jurídicos permite mejorar diversas zonas: el esclarecimiento de los hechos, las técnicas procedimentales, y sobre todo la prevención ⁽¹⁵⁾.

IV.3. Las diferentes percepciones de los sujetos ante el mismo evento

La fuente de toda realidad es subjetiva, por ello la palabra real es una orla de sentido ⁽¹⁶⁾ Todo algo perceptivo forma parte de un campo de comprensión. De allí, que toda “cualidad determinada” no es un elemento sino un objeto de conciencia. El mundo percibido comporta un sentido, una estructura significativa. Todo acontecimiento, aún el más elemental está revestido de un sentido. Por ello es la percepción no debe

(12) HARARI, Yuval Noah “21 Lecciones para el Siglo XXI” Décima Edición en la Argentina, Penguin Random House Grupo Editorial., 2021, pág. 241 y sgts.

(13) HARARI, Yuval Noah “Homo Deus” editorial Debate, 2017, cuarta edición, pág., 312

(14) GOLEMAN, Daniel” La inteligencia Emocional” Javier Vergara Editor, 1996, quien sostiene que las emociones pasan desde el talamano a las amígdalas, donde quedan “registradas” químicamente.

(15) SOBRAL, Jorge “Relaciones entre la Psicología y La Ley”, capítulo que integra la obra “Manual de Psicología Jurídica”, SOBRAL, Jorge, ARCE, Ramon y PRIETO, Ángel, Ediciones Paidós, Buenos Aires, Primera Edición, 1994, pág. 44.

(16) SCHULZ, Alfred y LUCKMANN, Thomas, en su obra “Las estructuras del mundo de la Vida” Amorrortu Editores, Buenos Aires, segunda reimpresión en castellano, 2009, pág. 42.

identificarse con una captación independiente, a la cual luego se le da sentido. Es a la inversa, el campo de significado es el que le da sentido a aquello en el cual centramos nuestra atención. ⁽¹⁷⁾ Existen tantas realidades como finalidades del observador: mundo de la ciencia, de las relaciones ideales, de los ídolos, la mitología la religión, etc.

En la medida que se les presta atención, cada uno de éstos mundos es real a su manera. Por ello, se ha afirmado que los órdenes de la realidad no se constituyen mediante la estructura ontológica de su acaecer, sino de la interpretación que cada persona efectúa. Estas diferencias genera múltiples y variadas diferencias de percepción: sobre lo valioso y lo disvalioso, de los riesgos, del modo de proceder en hechos y actos jurídicos de las precauciones a adoptar, sobre la apertura o rigidez respecto a consejos, asesoramiento.

Todos nos manejamos “en la vida” conforme ciertos marcos de referencia sociales que nos permiten una comprensión razonable e imprescindible para desarrollar nuestros proyectos vitales. Únicamente con ciertos patrones de referencia puede constituirse un mundo circundante, común, y comunicativo inteligible. El mundo de la vida cotidiana es, por consiguiente, la realidad fundamental y eminente del hombre. Por mundo de la vida cotidiana debe entenderse ese ámbito de la realidad que el adulto presupone en la actitud de sentido común ⁽¹⁸⁾.

Adicionalmente, este conocimiento pragmático se ordena en estructuras de comprensión y reglas: relaciones familiares, grupos de edad, divisiones de trabajo, diferenciaciones según las ocupaciones, equilibrios de poder y de dominio: dirigentes y subordinados, y los tiene en todas sus jerarquías asociadas. Debido a la complejidad del mundo social, es evidente que su ordenamiento, aún pragmático, debe configurarse como una estructura de estructuras. De allí surgen zonas de operación, o sea ámbitos y sus reglas en las cuales puedo operar de modo racional, comprensible para mí mismo y mis semejantes. Toda situación tiene un límite interno (grado de comprensión del agente) y externo (variables del mundo físico). La comprensión orienta el plan a desarrollar. El o los participantes del hecho o acto, tratan de evitar dos riesgos: no entender la situación, o el fracaso de la acción. La interpretación de la situación

(17) ALVAREZ, Ricardo, en el prólogo a la obra de Maurice Merleau Ponty “La Fenomenología y las Ciencias Sociales” editorial Prometeo Libros, primera edición, 2011., págs. 10 y sgts.

(18) SCHUTZ, Alfred y LUCKMANN, Thomas, en su obra “Las estructuras del mundo de la Vida” Amorrortu Editores, Buenos Aires, segunda reimpresión en castellano, 2009, pág. 25

se basa en el saber individual de cada sujeto, y está constituido por sedimentaciones de experiencias en otros tiempo y ligadas a situaciones. El Mundo de la Vida, debido a su naturaleza pragmática, en gran medida inconsciente, que las personas hemos incorporado como una totalidad de auto evidencias, de obviedades, que cambian de situación en situación.

En otro plano de consideraciones, un interesante punto de reflexión relacionado con las diferentes percepciones individuales, es que las calificaciones jurídicas (lícito, ilícito, justo, injusto, buen obrar, mal obrar) no corresponden al mundo de lo ontológico, sino que surgen de estimaciones valorativas propias de las leyes, que asignan “etiquetas” de significantes elegidas por alguna autoridad, lo cual nos permite comprender grados de relatividad. ⁽¹⁹⁾

IV.4. La falacia que sostiene que las personas actúan buscando su bienestar

El psicoanálisis ha trabajado mucho este punto, señalando que cada persona ha desarrollado su modo particularísimo de obtener placer (los psicoanalistas lo denominan goce). Dicha denotación no coincide con la estimativa social de placeres, de búsqueda de felicidad, por lo cual se llega a la paradoja que una persona realiza una acción negativa desde lo social, por ejemplo lastimarse, o lastimar, para dicha persona esa acción “negativa” la genera una satisfacción psíquica, muchas veces desconocida. Si el placer, el desplacer, las pulsiones sexuales, la pulsión de muerte hacen parte de la estructura del funcionamiento del sujeto humano, si el inconsciente también hace parte de esta estructura y “burla” la ley de la consciencia o de la supuesta objetividad, el derecho no puede negarse a esas evidencias, sin pagar el alto precio de ver sus objetivos frustrados y su ineficaz efecto regulador.

Y más, el derecho debe conocer su lugar de interferencia en esta estructura. Esta es la función del derecho y la razón de su existencia: impedir la tendencia del hombre a hacer del otro un objeto de dominación o de sus pulsiones destructivas. En verdad, los hombres buscan satisfacer sus pulsiones en el otro. Es en el prójimo que se intenta satisfacer la agresividad, explorar su capacidad de trabajo sin compensación, utilizarlo sexualmente sin su consentimiento, hacerlo sufrir, etc. Es por eso que, el

(19) SOBRAL, Jorge “Relaciones entre la Psicología y La Ley”, capítulo que integra la obra “Manual de Psicología Jurídica”, SOBRAL, Jorge, ARCE, Ramon y PRIETO, Ángel, Ediciones Paidós, Buenos Aires, Primera Edición, 1994, pág. 28, quien cita Rawls.

desarrollo de la civilización impone restricciones a la libertad total, y la ley jurídica exige que nadie escape de esas restricciones ⁽²⁰⁾.

Giorgio Del Vecchio ya había dicho esto en la década del 30 del siglo pasado, al recordar una sentencia de Vico, que decía que, si el mundo civil fue creado por el hombre, sus principios deben hallarse en la propia mente humana. Del Vecchio concluye diciendo que es necesario conocer los procesos psíquicos para comprender el origen del derecho. Y una vez establecidas las leyes, ellas se dirigen a la consciencia de cada uno y requieren obediencia, y así regresan al mismo espíritu que las originó: “el Derecho se desarrolla totalmente en el orden de los hechos psíquicos; y a él pertenecen, además, por algún aspecto, los ideales que nos sirven de criterio estimativo en las normas jurídicas positivas”⁴.

Más de medio siglo después de que el jusfilósofo italiano llamó la atención de la relación del derecho con los procesos psíquicos internos, el jurista francés Pierre Legendre trae nuevas contribuciones a esa comprensión. Derecho y Psicoanálisis, aparentemente opuestos, ya que uno trata de la objetividad y el otro de la subjetividad. En uno de sus primeros trabajos, “L’amour du censeur”⁵ innova, introduciendo un discurso que es producto del encuentro de estos dos campos del conocimiento. Él nos dice que el fenómeno jurídico es un sistema ficcional esencial para las organizaciones sociales y que el principio de la razón y la función dogmática del derecho orientan y conducen estos montajes institucionales. Sin embargo, el Psicoanálisis, al anunciar otro sujeto, el sujeto del inconsciente provoca una perturbación en la tradición jurídica. La novedad es traer para el campo jurídico la comprensión de que el derecho no sólo necesita y se alimenta de los tradicionales elementos de ficción, sino que principalmente surge de una ficción. Dicho de otro modo, la primera ley, investigada en un regressum infinitum para usar las palabras de Kelsen, es una ley ficcional.

La vida del derecho empieza, entonces, con una ley ficcional y a partir de ahí se desarrolla, y es esta ley primera que posibilita el acceso al lenguaje. El derecho es, ante todo, una operación del discurso, y la normatividad sólo funciona si este discurso es apropiado en la forma dogmática. Se entiende por forma dogmática del discurso aquel que dice siempre la verdad. Pero eso nos remite al imposible. El dogmatismo jurídico queda, por lo tanto, abatido cuando se desvenda que la verdad normativa es apenas una verdad. Hay otras verdades. Está la subjetividad y el sujeto

(20) PEREIRA, Rodrigo da Cunha /coordinador) “Direito de Família e psicoanálise: rumo a uma nova. Epistemologia” Imago, Rio de Janeiro, 2003

del inconsciente. Por eso, Legendre, en “L’amour du censeur”, nos dice que el psicoanálisis “lesionó la majestad”. El Psicoanálisis, o mejor, el inconsciente y la subjetividad interesan al derecho porque, al revelar una realidad psíquica, nos posibilita, además de romper el dogmatismo institucional del derecho, comprender algunos procesos patológicos irracionales muy comunes y frecuentes en el cotidiano de la práctica jurídica.

VI.5. Los errores inconscientes de los juicios humanos

Daniel Kahneman, titular de la Cátedra Eugene Higgins de Psicología de la Universidad de Princeton, Premio Nobel de Economía año 2002, se ha ocupado con llamativa profundidad y originalidad al tema de este capítulo. En un primer libro dedicado al tema, titulado “Pensar rápido, Pensar despacio”⁽²¹⁾ señala en su introducción las siguientes frases que he seleccionado y que ilustran sobre el contenido de la obra: “La mayor parte de nuestras impresiones y pensamientos surgen en nuestra experiencia consciente sin que sepamos de qué modo “[e]l trabajo mental que produce impresiones, intuiciones y multitud de decisiones se desarrolla silenciosamente en nuestras mentes” “[c]on frecuencia estamos seguros, aun cuando nos equivocamos y es más probable que un observador objetivo detecte nuestros errores antes que nosotros mismos”. Se pregunta “¿por qué nos resulta tan difícil pensar estadísticamente?” “[N]uestra excesiva confianza en lo que creemos saber u nuestra aparente incapacidad para reconocer las dimensiones de nuestra ignorancia y la incertidumbre del mundo en que vivimos. Somos propensos a sobrestimar lo que entendemos del mundo y subestimar el papel del azar en los acontecimientos”⁽²²⁾.

El segundo libro, es autoría compartida entre dicho autor, y Oliver Sibony, escritor y consultor especializado en toma de decisiones estratégicas y organización de procesos de decisión, profesor en los programas de MBA del HEC de Paris, y Cass R. Sunstein, especializado en derecho constitucional, políticas regulatorias y análisis económico de las leyes, profesor de Derecho de la Universidad de Chicago. Titulado “Ruido: Una falla en el juicio Humano”⁽²³⁾. Los autores se dedican a estudiar la vulnerabilidad desconocida del juicio humano con extensos fundamentos y

(21) KAHNEMAN, Daniel, “Pensar rápido, pensar despacio”, 14 edición en Argentina, editorial Debate, 2021, traducción de Joaquín Chamorro Mielke.

(22) KAHNEMAN, Daniel, “Pensar rápido, pensar despacio”, 14 edición en Argentina, editorial Debate, 2021, traducción de Joaquín Chamorro Mielke página 27

(23) KAHNEMAN, Daniel, SIBONY, Olivier y SUNSTEIN, Cass, editorial Debate, primera edición en Argentina 2021, traducción de Joaquín Chamorro Mielke. En la misma línea de observaciones

propuestas, que coinciden con mi percepción del tema de la subjetividad y de la conveniencia y necesidad de tomar medidas superadoras.

Tan claras reflexiones dan amplio margen para pensar, pero los autores no se detienen allí, agregan abrumadoras pruebas estadísticas que son esenciales para introducir el tema en nuestro país y proponer urgentes estudios para mejorar nuestro trabajo en pro de la sociedad. Los libros tratan los sesgos de los juicios que generan daño en un amplio abanico: medicina, custodia infantil, predicciones empresariales, en la selección de personal, en la concesión de patentes, pero incluyen especialmente los errores en las decisiones judiciales. Relatan además un interesantísimo esfuerzo institucional para mejorar el sistema.

Explican que, en 1973, un célebre juez federal, Marvin Frankel, llamó la atención del público sobre el problema, y abogó por la elaboración de una lista de control de factores que incluyera, siempre que fuera posible, alguna forma de graduación numérica u otra que fueran objetivos y recomendó adicionalmente la creación de una comisión de sentencias. Su trabajo fue de gran influencia no solo en Estados Unidos, sino en todo el mundo. En 1974 se llevó a cabo un primer estudio a gran escala por una comisión presidida por Merkel, que pidió a 50 jueces de diferentes que dictaran sentencias para casos hipotéticos, resumiendo sus fundamentos, detectando variaciones asombrosas: un vendedor de heroína podría ser encarcelado de uno a 10 años, dependiendo del juez. Las penas para atracadores de Banco oscilaron entre 5 y 18 años de prisión, en caso de extorsiones variaban entre 20 años de prisión y una multa de 65.000 dólares.

En un estudio mucho más amplio realizado en 1981, participaron 208 jueces federales, y se demostró que en un caso de fraude en que la pena de prisión media era de 8,5 años, la pena más larga era de cadena perpetua y en otro caso fue de 1.1 año.

Lo impactante fue que los factores que incidían en la mayor o menor severidad dependían de que cuadro de futbol americano ganara, o el día de la sentencia, que era más severa los lunes y menor en los días posteriores. En un estudio de seis millones de decisiones judiciales tomado en Francia durante doce años mostró que los jueces eran más indulgentes los días de su cumpleaños. El resultado de estas investigaciones generó

SOBRAL, Jorge "Relaciones entre la Psicología y La Ley", capítulo que integra la obra "Manual de Psicología Jurídica", SOBRAL, Jorge, ARCE, Ramon y PRIETO, Ángel, Ediciones Paidós, Buenos Aires, Primera Edición, 1994, págs. 69, 70, 71, 76m 77, 78, 80, 81, 84.

que 1984, por impulso Edward Kennedy consiguió una Ley de Reformas de sentencias que tenía por objeto con el objetivo de marcar los criterios necesariamente aplicables para el dictado de sentencias.

V. POSIBILIDADES Y LIMITACIONES DE QUIENES INTERPRETAN

V.1. Posibilidades pragmáticas de interpretar con neutralidad e imparcialidad

Hasta la introducción del discurso psicoanalítico en el pensamiento contemporáneo occidental no se podía hacer una distinción entre neutralidad e imparcialidad. Con las nociones de subjetividad e inconsciente fue posible comprender que la imparcialidad es diferente de la neutralidad. Es posible ser imparcial, pero la neutralidad absoluta no existe. Al decidir y sentenciar, el juez debe ser imparcial, es decir, no se debe dejarse contaminar por las pasiones, no debe beneficiar o perjudicar a una de las partes, etc. Son nociones obvias, básicas e inherentes a cualquier juzgador.

La novedad aportada por el Psicoanálisis reside en que los registros inconscientes en una persona producen efecto, contaminan y determinan el “deber-ser” y también el acto de juzgar. En este sentido, no existe la neutralidad. Exigir de los jueces neutralidad es sentenciar que ellos deberán “deshumanizarse” para quedar libres y exentos de su singularidad, de su historia y valores personales, abolir el inconsciente, en fin, “cosificarse” ⁽²⁴⁾. Esta subjetividad de los jueces, inherente a la condición humana, hace que haya diferentes decisiones sobre casos semejantes o idénticos. Cada caso trae, por sí sólo, sus particularidades y variaciones. Pero la gran diversidad de decisiones sobre el mismo caso o semejantes, en instancias diferentes y también en tribunales diferentes, se da en razón de la singularidad del sujeto juzgador. Sendas personalidad y particularidad están vinculadas a la historia personal de cada uno, a la construcción de sus valores morales y éticos, su concepción política e ideológica, a la manera cómo ve y enfrenta las vicisitudes de la vida.

Un caso revelador de diferentes percepciones sobre un hecho. Fallo del Tribunal Supremo Español, Sala Penal. Atienza cita el siguiente caso ocu-

(24) PEREIRA, Rodrigo da Cunha /coordinador) “Direito de Família e psicoanálise: rumo a uma nova. Epistemologia” Imago, Rio de Janeiro, 2003

rrido en España: ⁽²⁵⁾. Un preso de la organización terrorista ETA, mientras estaba cumpliendo una condena de 18 años de prisión por 25 asesinatos, había publicado dos artículos de prensa en los cuales había expresado que poner las manos en los integrantes de la organización implicaba muchos sufrimientos, y que quienes los condenaban “se quedarían sin las manos”.

La Audiencia Nacional lo había condenado a la pena de 12 años y 7 meses de prisión, considerando que el hecho de la publicación constituía una acción de terrorismo. El Tribunal Supremo, según sentencia de la Sala en lo Penal redujo la pena a tres años de prisión, entendiendo que el hecho no constituía amenazas terroristas, sino amenaza condicional. Votaron cuatro magistrados. Dos de ellos sostuvieron que el caso se configuraba como amenaza condicional. Los otros dos opinaron que no había amenaza alguna. En síntesis, si contabilizamos las diferentes opiniones de la totalidad de los jueces que opinaron, las opiniones fueron:

- a. Acción de terrorismo.
- b. Amenaza condicional.
- c. Hecho irrelevante, no fue delito.

La discusión versaba, en lo concerniente al tema de la realidad, en la calificación del hecho por parte de los jueces. Los que entendieron que no había amenaza consideraron que no había riesgo real, sino meras expresiones vacías “litúrgicos recursos lingüísticos” “iluminismo grandilocuente”. Los demás consideraron que había delito, pero con diferente tipificación

V.2. Riesgo de las abstracciones jurídicas dogmáticas, versus la realidad social

Sobre este punto, uno de los filósofos jurídicos que en mi opinión se ha dedicado a las limitaciones de los ordenamientos jurídicos, ha expresado con singular elocuencia este riesgo es Stefano Rodotà: veamos algunas de sus puntualizaciones claramente relevantes para este punto: el derecho construye un “mundo propio” ⁽²⁶⁾ y queda apresado entre liberación y compulsión, prisionero de esquemas que ocultan su complejidad ⁽²⁷⁾. El tema oculto es la relación entre los límites de la intervención

(25) ATIENZA, Manuel “Curso de Argumentación Jurídica” editorial Trotta, Madrid, 2013, pag.495

(26) RODOTA, Stefano, “La vida y las reglas” Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, Madrid, pág. 26.

(27) RODOTA, Stefano, “La vida y las reglas” Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, Madrid, pág. 27.

del derecho y de los criterios a que responde esta operación ⁽²⁸⁾. Por todo ello, se le pide de modo cada vez más intenso que se abstenga de regular una serie de dimensiones de la vida que deberían quedar confiadas a las decisiones autónomas de los interesados, a su personalísima manera de entender la vida, las relaciones sociales, su relación con el yo ⁽²⁹⁾. Nos enfrentamos a un dilema, que Paul Ricouer describe como alternativa paralizante de la que es preciso escapar: la ley como inmutable, universal, obligatoria, objetiva; la conciencia como variable, circunstancial, espontánea y eminentemente subjetiva ⁽³⁰⁾.

V.3. Excesiva confianza debido a creencias adquiridas sin revisión ni autocontrol previo

Riesgo derivado de la creencia que por el solo hecho del conocimiento de los temas jurídicos se pueda opinar con certeza como cada operador y cada protagonista de actos, ejerce “en la realidad de su función, tarea, oficio o hábitos personales” los actos en los cuales interviene. El conocimiento jurídico, ya sea de un estudioso, o ya sea de un operador jurídico, no puede ser omnicompreensivo y autosuficiente de las peculiaridades del ejercicio de las diferentes profesiones y funciones. Lo abstracto y general debe ceder frente al modo concreto y específico de quien opera en un sector del ejercicio general del derecho. Este conocimiento, este dominio operativo solo lo puede conocer y opinar con justeza quien tiene suficiente experiencia en cada modalidad. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que solo un legislador puede comprender a otro legislador, un juez a otro juez, un abogado a otro abogado, un escribano a otro escribano.

Este punto resulta mucho más claro y evidente cuando se trata de diferentes actividades (escultor, farmacéutico, programador de software), pero no es tan captado cuando se trata de especialidades dentro del mismo género. Es un riesgo para tener en cuenta en futuras investigaciones, y que en muchas ocasiones aparece con singular importancia tanto sea en estudios doctrinarios como en resoluciones judiciales. Es peligroso, porque debido a acreencias erróneas, algún intérprete puede imaginar y representarse esquemas ideales del modo de trabajo de cada operador, en vez de obtener información precisa, real sobre que puede

(28) RODOTA, Stefano, “La vida y las reglas” Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, Madrid, pág. 29.

(29) RODOTA, Stefano, “La vida y las reglas” Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, Madrid, pág. 31.

(30) RODOTA, Stefano, “La vida y las reglas” Entre el Derecho y no Derecho, editorial Trotta, Madrid, pág.34.

y que no puede cada uno conforme usos y costumbres propias de cada actividad.

V.4. Riesgo derivado de las presiones temporales u otras peculiaridades de cada tarea

Con elocuencia y precisión, Taruffo destaca, al referirse a los aspectos pragmáticos de la Función Judicial (perfectamente transposable a las demás profesiones jurídicas) señala que el Juez “no dispone de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y la libertad de investigación que disponen el científico o el historiador. A diferencia de la actividad de éstos últimos, el proceso debe desarrollarse en un tiempo limitado, dado que intereses tanto públicos como privados presionan para que la finislitium se alcance rápidamente y éste es un gran obstáculo para la búsqueda de la verdad” ⁽³¹⁾

Es orientador sobre el punto referir que, en materia de nulidades procesales, el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, en sus arts. 169 a 174, establece un régimen especial y más flexible, para la tarea judicial, obviamente inspirado en las limitaciones propias del oficio: cantidad de expedientes, de personal, de la necesidad de respetar los tiempos procesales, de la cantidad de juzgados que a veces deben atender los jueces, etc. Esta consideración atendible, comprensiva, es perfectamente extrapolable a las demás Funciones Públicas, que están expuestas a los mismos factores condicionantes.

V.5. La incidencia del grado de dominio de los factores del tema

Basta la lectura de los factores enunciados en los capítulos que anteceden, a los que pueden agregarse muchos otros conforme la combinación de estos, para advertir la incidencia de situaciones en las cuales el ejercicio de la Función no puede garantizar los parámetros de certeza que constituyen la esencia de la función.

Por dominabilidad entiendo la posibilidad con un alto grado de certeza que el agente conozca que basta su buen accionar para garantizar el resultado. Que esté bajo su esfera de poder evitar desvíos. El sistema jurídico, respecto a la responsabilidad de los agentes de los actos, en todas sus esferas: civil, penal, de derecho público, se basa en la previsibilidad y dominio de las consecuencias de los actos. Como contrapartida, si un agente que ha decidido intervenir en un acto, no puede proveer ni dominar los factores que inciden en el resultado de su accionar, no debería

(31) TARUFFO, Michele “La prueba de los hechos” Editorial Trotta, cuarta edición 2011, Madrid, página 45.

ser responsable de un eventual daño. Solo es responsable quien actúa con posibilidad alta de prever las consecuencias inmediatas y la mediatas previsibles (arts. 1726 y 1727 del Código Civil y Comercial. Agrega la normativa que el caso fortuito y fuerza mayor exime de responsabilidad (art. 1730) texto que especifica que recibe tal denominación el hecho que no ha podido ser previsto o que habiendo sido previsto no pudo ser evitado. Se agrega a este plano de consideraciones, que se pierde la relación de causalidad entre acto y resultado (art. 1726 Cód. Civ. y Com.).

V.6. El rol de Azar en las conductas humanas

El tema del azar en la conducta ha recibido particular atención por un doctrinario del campo del Derecho Penal, Tobías J. Schleider ⁽³²⁾, quien aporta interesantes puntos, algunos de los cuales son de particular relevancia para el presente trabajo.

Sostiene que la suerte no solo opera con “condiciones externas” sino que afecta también a nuestra constitución, la clase de persona que somos: nuestras inclinaciones, temperamento, determinados tanto por factores genéticos como sociales, que dependen de circunstancias azarosas: donde hemos nacido, en cual familia y grupo social, estado de salud, posibilidades culturales, aptitudes, lo cual involucraría una especie de “suerte moral” ⁽³³⁾.

Otro rasgo de suerte moral es el grado de posibilidad de algunas personas para apartarse de ciertas tendencias negativas y porque otras no. Ello demuestra que la suerte afecta a las personas y a sus acciones de las maneras más diversas ⁽³⁴⁾

Agrega que, en condiciones normales, la planificación, la preparación, pueden disminuir los riesgos, pero jamás puede eliminarse totalmente el factor suerte. ⁽³⁵⁾

Un punto de especial relevancia es responder a la pregunta sobre cuánto puede un agente controlar subjetivamente los factores de un tema. La respuesta incide directamente a la responsabilidad. La conse-

(32) SCHLEIDER, Tobías “Acción y Resultado” ediciones Didot, primera edición 2011, Argentina.

(33) SCHLEIDER, Tobías “Acción y Resultado” ediciones Didot, primera edición 2011, Argentina, pág. 134.

(34) SCHLEIDER, Tobías “Acción y Resultado” ediciones Didot, primera edición 2011, Argentina, pag.136.

(35) SCHLEIDER, Tobías “Acción y Resultado” ediciones Didot, primera edición 2011, Argentina pág. 138.

cuencia es que no puede responsabilizarse a un agente por los aspectos de su persona o de su conducta que no controla. ⁽³⁶⁾

Otro autor, de imprescindible consulta en el tema es Taleb ⁽³⁷⁾ quien, con particular estilo narrativo, ha dedicado su vida al desarrollo de la propuesta de modificar el concepto de certeza predictiva al de probabilidad estadística, y la fuerte resistencia que nos surge para adoptar mejores técnicas de elaboración de juicio. La tesis central del autor es que el cerebro humano está mucho mejor adaptado para responder con primeras impresiones ante los temas de la vida, ya que la instantaneidad de la reacción emocional es prácticamente inconsciente, por lo cual la inmensa mayoría de los “juicios racionales” posteriores simplemente se encaminan a justificar dicha reacción, y además conforme patrones habituales no revisados ni analizados críticamente. Es la misma tesis que sostienen Khanemann, Sunstein y Sibony.

V.7. Razones morales y prejuicios

El tema de las razones morales se inscribe dentro del terreno de la ética en sus diversas dimensiones: lo filosófico, lo individual, lo social, lo familiar, en política, en economía, etc. Es de una extensión extraordinaria, que por cierto debe acotarse conforme el objetivo de cada estudio. En la presente investigación, selecciono los siguientes puntos relevantes:

V.7.a. *El riesgo de los prejuicios*

Atienza ⁽³⁸⁾ cita a Carlos Perez Ruiz quien presentó un amplio estudio acerca del papel jugado por las razones morales en las argumentaciones llevadas a cabo por el Tribunal Supremo Español. Durante el franquismo, que llevó al autor a advertir el peligro, especialmente en los regímenes dictatoriales de la confusión entre razones morales y prejuicios. En el resumen estadístico del estudio, el autor detectó importantes deslizamientos subjetivos de los jueces, en diferentes temas: valores familiares, sexuales, con alusiones predominantes a la religión católica, moral cristiana, y con claras esquematizaciones en las cuales se daba preeminencia al rol del empleador respecto al trabajador, a los profesionales res-

(36) SCHLEIDER, Tobías “Acción y Resultado” ediciones Didot, primera edición 2011, Argentina, pág. 144.

(37) TALEB, Nassim Nicholas, que se ha ocupado del tema del rol del azar en las acciones humanas en todos sus libros, especialmente en “Existe la Suerte?” Las trampas del azar, Paidós Transiciones, primera edición, primera reimpresión, 2011, en el “Cisne Negro”, y “Antifragil”. -

(38) ATIENZA, Manuel “Curso de Argumentación Jurídica” editorial Trotta, Madrid, 2013, pág. 610.

pecto a los ciudadanos, a los profesores respecto a los educandos, al rol del hombre en la familia como sostenedor y a la mujer en su casa con los niños, etc.

V.7.b. El riesgo de la aplicación de convicciones personales del juzgador o del calificador frente a las acciones de quienes son juzgados o calificados

Muchos juristas consideran que el razonamiento jurídico contiene (o debe contener) referencia a valores morales, pero que el juez que justifica una decisión no puede ir más allá de los valores incorporados en la moralidad social. El tema ha ocasionado un amplísimo tratamiento, y diversas teorías que no corresponde tratarse en el punto, pero que apuntan, todas ellas a la búsqueda de criterios (en mayor o menor grado) objetivos, para evitar disvalores ⁽³⁹⁾.

V.8. Riesgo derivado del desconocimiento del modo en que las personas ejercen concretamente (estilos, usos, costumbres, prácticas, procedimientos) su trabajo

Uno de los aspectos que se observa en muchos casos de juzgamiento sobre responsabilidad civil y aún penal es el desconocimiento sobre el modo real y pragmático en el cual se trabaja en “un día normal”. Empleo esta expresión para acentuar la peligrosidad por parte de quien juzga de generar supuestos imaginarios de dichos modos “reales”. La realidad del modo de trabajo de cualquier oficio, profesión o función no deviene de la simple lectura de trabajos doctrinarios, ni de transpolaciones mentales imaginarias, surge de un proceso milenario de armazón social de la realidad. Por ello la expresión “usos y costumbres” es mucho más trascendente de lo que parece a primera vista.

El modo de trabajo se integra a través de un aprendizaje con muchos detalles prácticos: donde, con o sin personal, con que artefactos y dispositivos, como se atiende, que tiempo se dedica, como se analiza o estudia, que tipo de temas son más o menos frecuentes, como se dialoga, conversa con otros profesionales, con consultores, que puntos integran cada tema, que riesgos, etc.

En un meduloso libro, Robert Greene analiza las fases del aprendizaje general de los oficios, mediante una descripción que es abarcativa

(39) ATIENZA, Manuel “Curso de Argumentación Jurídica” editorial Trotta, Madrid, 2013, p. 614

de toda tarea humana ⁽⁴⁰⁾ Parte de aclarar que cada uno de los pasos comprenden: la observación profunda del aprendiz (modo pasivo), la adquisición de habilidades (modo práctico) y experimentación (modo activo). Agrega que cada profesión, a través de un largo período, implica ingresar en un mundo con reglas, procedimientos, dinámicas internas, y con toda clase de relaciones de poder entre quienes lo comparten, que atañen al estilo y los valores considerados importantes. Sostiene la necesidad de “rendirse a la realidad” del modo de funcionar de cada oficio.

Explica que la necesidad de reglamentar el tema del aprendizaje surgió en la Edad Media, como modo de solucionar el problema del ensanchamiento de los oficios, que impedía que un “maestro” pudiera trabajar solo. Se necesitaron “más manos”, y además que permanecieran el tiempo suficiente para adquirir las habilidades necesarias. Para ello, impusieron la firma de contratos con los interesados durante un lapso de siete años que trabajo en el taller, pasados los cuales debían pasar un “prueba maestra” para demostrar la habilidad adquirida. Pasada dicha prueba, se les ascendía al rango de oficiales y podían ejercer en el lugar que eligieran. Se calculó que el tiempo necesario para obtener un grado de excelencia del oficio elegido era de diez mil horas, estimación que se convirtió en una especie de patrón extensamente difundido.

Esta trascendente reseña, permite advertir la extrema peligrosidad por parte de algunos intérpretes, que —con un reduccionismo ingenuo— consideran que por el solo hecho de haber leído estudios doctrinarios sobre algunas profesiones u oficios, basta para entender con la debida profundidad, el modo “real” en el cual se ejercen. Dicha peligrosidad se ha impuesto en la sociedad actual, en la cual muchos de nosotros opinamos con el mismo reduccionismo sobre actividades ajenas, con frases tales “yo este tema lo soluciono muy fácil”, “deberían hacer esto o aquello”. De allí la necesidad imprescindible, para evitar graves daños que no solo perjudican a quienes ejercen oficios o profesiones, sino a la sociedad entera, de contar con pericias muy bien realizadas y con una cuidadosa elección de los puntos de pericia para ser útil a los juzgadores.

V.9. Incidencia en algunos casos de mala fe de los participantes de actos

Una vez sucedido un daño, es de toda evidencia que los perjudicados cuando accionan (salvo contadísimas excepciones) no relatan con sinceridad la realidad de lo sucedido. Con el afán de obtener la reparación de perjuicios, omiten una descripción veraz, completa, precisa, clara.

(40) GREENE, Robert “Maestría” Editorial Océano (México) 2012, pág. 83.

Este punto tiene particular relevancia en los temas subjetivos, que por su naturaleza son indetectables de modo directo. Por ejemplo, en el caso de consejos o asesoramientos profesionales. Los grados en los cuales los consultantes o asesorados incorporan las directivas varía enormemente, ya que dependen de los factores subjetivos ya relacionados. El problema es que dicha tarea de guía, contención, información evaluación se realiza oralmente, con lo cual en caso de actitud maliciosa de quien lo ha recibido queda en el ámbito de la prueba, “palabra contra palabra”.

V.10. Riesgos del trabajo solitario

Todos quienes realizamos tareas, cualquiera sea su índole, hemos tenido la sensación muchas veces de cierta inseguridad sobre nuestro modo de analizar un tema, aspecto que aumenta en intensidad cuando advertimos que el tema “nos compromete”. Dicha sensación emocional, como se ha visto en los capítulos anteriores, es natural, y forma parte de nuestra estructura psico-física.

También he señalado (citando a Khanemann, Sibony, Sunstein) que se han propuesto abordajes técnicos para disminuir los errores de los juicios, uno de cuyos puntos es, precisamente, la intervención autónoma de varias personas que trabajan inicialmente sin conocer las opiniones de los demás, y posteriormente se realiza un intercambio y debate con la finalidad de obtener un cuadro más adecuado técnicamente, integrado por diferentes miradas que luego se integran en una propuesta equilibrada y con menos sesgos. Algunos procedimientos judiciales y administrativos (con tribunales colegiados, y con etapas recursivas) y aún en medios empresariales (juntas de evaluaciones) han captado la conveniencia de contar con varios enfoques.

V.11. Riesgo de la ausencia de método de trabajo técnico científico validado para disminuir la incidencia de los sesgos cognitivos.

He referido en varios capítulos anteriores los descubrimientos científicos sobre la falibilidad de los juicios humanos. Esta característica tiene particular importancia para la tarea de los intérpretes, con especial trascendencia en el caso del ejercicio de la Función Judicial, como se ha mostrado en el apartado IV.5.

La consecuencia de tales descubrimientos debiera llevar al Mundo Jurídico a generar técnicas preventivas para evitar o al menos disminuir los efectos negativos de los sesgos del razonamiento natural. Los sesgos o errores de razonamiento han sido son muy numerosos y varían según los autores. Cito con mera finalidad de brindar ejemplos, los siguientes:

- Sesgo de interés personal: los demás aciertan o fracasan, yo solo soy responsable de mis éxitos.

- Sesgo de favoritismo: mi grupo es especial, nos equivocamos menores.

- Sesgo de arrastre: lo creo porque todos lo creen.

- Sesgo de halo: si alguien es famoso o con gran reputación, todo lo que opine tiene la misma característica de excelencia.

- Sesgo de insuficiencia: priorizo dentro del conjunto de factores del tema uno de ellos sin fundamento suficiente.

- Sesgo heurístico: decido en base a la primera impresión que mi memoria me genera sobre el tema.

- Sesgo de contaminación: decido en base a mi historia, alegrías, traumas, eventos tal cual los he vivido.

- Sesgo de realismo ingenuo: siempre puedo captar la realidad tal cual es.

- Sesgo de autoridad: como soy un experto nunca me equivoco.

- Sesgo de ignorancia: desconozco que existe la falibilidad de los juicios.

El desarrollo del tema en profundidad excede los límites del presente trabajo, pero cabe citar los lineamientos básicos de las propuestas de Khanemann, Sibony, Sunstein ⁽⁴¹⁾ respecto a la adopción de técnicas preventivas.

a) Confeccionar listado de control para la toma de Decisiones:

Esta propuesta permite evitar los personalismos, y generar un cuadro técnico consensuado y de aplicación obligatoria para quienes interpretan.

b) Realizar preguntas pertinentes sobre posibles prejuicios:

- ¿Hay alguna “ganancia” de algún participante que decide?

- ¿Alguien tiene ya un “criterio permanente sobre la cuestión?”

(41) KHANEMANN, Sibony, Sunstein, “Ruido. Una falla en el Juicio Humano” Editorial Debate, 2021, Buenos Aires, pág. 465.

- ¿Hay quienes opinan después conocimiento de las decisiones de los demás?
- ¿Se evidencia en la elección de las pautas algún defecto ostensible?
- ¿Se consideraron todas las alternativas?
- ¿Se suprimieron criterios opuestos o diferentes?
- ¿Se exagera la importancia de alguno matiz sobre los demás?
- ¿Hicieron los participantes extrapolaciones, estimaciones o predicciones improcedentes?
- ¿Se validaron técnicamente las fuentes utilizadas?

VI. CÓMO MEJORAR LA SITUACIÓN

VI.1. Recapitulación

Recapitulando los temas tratados en capítulos anteriores, considero que existen importantes pruebas de la tesis propuesta: la necesidad de generar un abordaje técnico profundizado, con aportes multidisciplinarios, con una doble finalidad: mejorar considerablemente el modo de trabajo de los operadores jurídicos y al mismo tiempo crear un conjunto de medidas para prevenir los daños que devienen de defectos de la integración de los factores emocionales y racionales del obrar de los ciudadanos y aún de los Funcionarios. Una excelente guía para indicar los objetivos de dicha tarea es partir del listado de puntos descritos en los capítulos que anteceden que, si bien no agotan la temática, al menos constituye un primer esbozo que puede y debe ser mejorado mediante trabajos en equipos permanentes.

Dichos riesgos son:

- a. Las diferentes percepciones de los sujetos ante el mismo evento.
- b. La falacia que sostiene que las personas actúan buscando su bienestar.
- c. Los errores inconscientes de los Juicios Humanos.
- d. Falta de Neutralidad e imparcialidad.
- e. Riesgo de las abstracciones jurídicas dogmáticas, versus la realidad social.

f. Excesiva confianza debido a creencias adquiridas sin revisión ni autocontrol previo.

g. Riesgo derivado de las presiones temporales u otras peculiaridades de cada tarea.

h. Imposibilidad de dominio de los factores del tema.

i. El rol de Azar en las conductas humanas.

j. Razones Morales y prejuicios.

k. Riesgo derivado del desconocimiento del modo en que las personas ejercen concretamente (estilos, usos, costumbres, prácticas, procedimientos) su trabajo.

l. Incidencia en algunos casos de mala fe de los participantes de actos.

m. Riesgos del trabajo solitario.

VI.2. Propuesta

1. Creación de grupos de estudio interdisciplinario para la profundización de los factores emocionales, racionales que se proyectan en las conductas humanas.

2. La generación de Procedimientos Uniformes y Consensuados del modo de abordar y mejorar la prevención de daños y el modo de trabajo de los intérpretes para disminuir el riesgo de los personalismos, sobre todo inconscientes. Me he referido anteriormente respecto a este punto, a las propuestas de Khanemann, Sibony y Sunstein. Cabe agregar similar línea de avance, proponiendo elaborar modelos de sentencias fijas para cada tipo de casos, o de directrices de sentencias que supongan recomendaciones básicas ⁽⁴²⁾.

3. Crear cursos de aprendizaje y entrenamiento de las diversas ramas de operadores jurídicos, previos al acceso, y posteriores que permitan evaluar, hacer ajustes de modo permanente.

4. Capitalizar los trascendentes avances doctrinarios sobre Argumentación Jurídica, que —al menos en mi opinión— no han sido incorporados en la práctica cotidiana en la medida que debiera.

(42) SOBRAL, Jorge y BERNAL, Mar “Lo extrajudicial en las decisiones judiciales. El asunto de su disparidad” capítulo III de la obra citada anteriormente “Manual de Psicología Jurídica”, SOBRAL, Jorge, ARCE, Ramon y PRIETO, Ángel, Ediciones Paidós, Buenos Aires, Primera Edición, 1994, pág. 84.

5. En la misma línea de avance, capitalizar los estudios de Filosofía Jurídica, que permiten —mediante los marcos de referencia que brindan— un mayor rigor técnico del trabajo jurídico.

6. Generar a través de las Instituciones Jurídicas (Universidades, Colegios Públicos, la Magistratura) investigaciones permanentes sobre el tema.

7. Generar un observatorio con integrantes no solo del ámbito jurídico, sino sociológico, de expertos en Neurociencias, e inclusive con representantes de los ciudadanos, que brinda una visión más amplia e integrada.

8. Generar mecanismos de control independientes que tiendan a evitar los riesgos de las decisiones unipersonales.

9. Generar métodos (o al menos abrir el debate) de control técnico: tests habituales, u otros medios, para detectar riesgos de personas con estructuras psíquicas riesgosas, con la finalidad de colaborar con ellas para evitar daños.

10. Crear técnicas desde la más temprana edad, para que tanto sea las Instituciones Educativas, como para las Familias, aprendan métodos de tramitación de situaciones emocionales.

11. Desarrollar estudios sobre la posibilidad y el modo de integrar sistemas de Inteligencia Artificial que permitan procedimientos comparativos de soluciones desprovistos de sesgos emocionales.

12. Cuando se interpretan trabajos, oficios, profesiones o ejercicio de Funciones Públicas, con fundamento en la necesidad de comprender el modo habitual de ejercicio de dichas tareas (cuyo dominio requiere años de aprendizaje y lo cual requeriría la presencia del juzgador al menos de meses de observación) la necesidad imperiosa de contar con Pericias de Expertos, y además de analizar muy bien con dichos expertos los puntos de para dotar de la debida claridad y precisión dicho informe pericial, y respetar el principio constitucional de defensa en juicio.

LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA: ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE LOS DERECHOS REALES

POR NELSON G.A. COSSARI (*)(**)

I. INTRODUCCIÓN

Es un honor para nosotros poder participar en un nuevo homenaje a Guillermo A. Borda. Si bien solo lo pude escuchar una vez, cuando yo era un joven estudiante, en ocasión de una conferencia que brindó en mi querida Facultad de Derecho del Rosario de la Universidad Católica Argentina, lo cierto es que fue en la lectura de sus escritos, y particularmente de su Tratado de Derecho Civil Argentino, donde en sus doce tomos se fraguó en gran parte mi pasión por el Derecho, y en especial, por el Derecho Civil. Fue, sin dudas, una de las influencias que me llevó a ser profesor y a escribir sobre temas jurídicos. Cuando mis hijos Maximiliano y Leandro estaban por iniciar la carrera de abogacía, recuerdo que llevaron como lectura a nuestras vacaciones de verano el Tratado de Parte General de Borda para ir familiarizándose con el nuevo desafío. Luego, cuando primero como Decano y hoy como director de la carrera de Abogacía converso con alumnos de la secundaria que quieren seguir Derecho, y estos ocasionalmente me preguntan qué pueden ir leyendo les respondo que aun teniendo en cuenta la sustitución del Código Civil, tengan su primer acercamiento a través de los primeros capítulos de ese Tratado de Guillermo A. Borda.

(*) Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) Con la colaboración de Leandro R.N. Cossari.

II. LA PERSONA HUMANA DESDE LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS REALES: PRESUPUESTOS

Podría parecer que los derechos reales no son un ámbito adecuado para destacar la centralidad de la persona humana, pero ello depende en realidad de la concepción que se tenga del derecho y de la enseñanza de este.

Todo el derecho debe tener como punto de referencia al ser humano en su totalidad, o por el contrario lo reducirá a éste a una simple construcción material sin apertura a la trascendencia, y poco a poco pasará de ser sujeto de derecho a su mero objeto.

Nosotros defendemos la concepción del derecho natural. Como escribe Borda:

(...) la escuela del derecho natural afirma que la justicia es un elemento necesario del Derecho. En verdad, éste es un ordenamiento de la vida social que intenta, de manera inmediata, el ajuste y enderezamiento de la conducta externa de los hombres, pero que también tiene una meta suprema o mediata, que es el ideal moral (...) Desde el momento que una ley contradice el bien común o la justicia, deja de ser Derecho en sentido propio; en otras palabras, esta concepción implica negar categoría jurídica a las leyes injustas, lo que lleva implícito el derecho a negar obediencia a tales normas. Se comprende así toda la gravedad que encierra esta cuestión y, por ende, la importancia del siguiente interrogante: ¿cuál es el criterio que, dentro de las complejíssimas cuestiones jurídicas, ha de permitirnos distinguir lo justo de lo injusto?

Borda va a responder que este criterio es el derecho natural “aquel que surge de la naturaleza humana y que es revelado al hombre por la razón. Por esa circunstancia de provenir de la naturaleza misma del hombre, es inmutable y universal”⁽¹⁾.

Es en el mismo sentido se expresa décadas después Benedicto XVI ante el parlamento federal alemán cuando explica que:

Para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que, en las cuestiones fundamentales del derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta: en el proceso de formación del derecho, una per-

(1) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 12ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1999, núm. 8.

sona responsable debe buscar los criterios de su orientación(...) ¿Cómo se reconoce lo que es justo? En la historia, los ordenamientos jurídicos han estado casi siempre motivados de modo religioso: sobre la base de una referencia a la voluntad divina, se decide aquello que es justo entre los hombres. Contrariamente a otras grandes religiones, el cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un derecho revelado, un ordenamiento jurídico derivado de una revelación. En cambio, se ha remitido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del derecho, se ha referido a la armonía entre razón objetiva y subjetiva, una armonía que, sin embargo, presupone que ambas esferas estén fundadas en la Razón creadora de Dios (...).⁽²⁾

Si se observan los textos de Borda y de Benedicto XVI, en paralelo, es evidente que los mismos abrevan en la misma sabiduría. El primero va a citar a Cicerón en su Tratado de la República y el segundo a destacar, en el reseñado discurso que en “la primera mitad del siglo segundo precristiano, se produjo un encuentro entre el derecho natural social, desarrollado por los filósofos estoicos y notorios maestros del derecho romano” y así “los teólogos cristianos se sumaron a un movimiento filosófico y jurídico que se había formado desde el siglo II a. C.”

A la luz de esa concepción del derecho, que asumimos en nuestro pensamiento jurídico, es evidente que ninguna rama del derecho puede desentenderse del valor de la persona humana.

III. LA DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS REALES, SU OBJETO (LAS COSAS) Y EL SER HUMANO

Como profesor de derechos reales, en las primeras clases, al explicar su concepto lógicamente debo explicitar que, conforme el art. 1883, el derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, y que conforme el art. 1882 es un poder jurídico que se ejerce directamente y en forma autónoma sobre tal objeto.

Obviamente esos derechos reales, como se dijo, recaen sobre cosas o en casos taxativos sobre un bien que no sea cosa. Pero ante un estado actual de la ciencia en donde el hombre “se puede manipular a sí mismo. Puede, por decirlo así, hacer seres humanos y privar de su humanidad

(2) BENEDICTO XVI, Papa, Discurso en la visita al Parlamento Federal, Berlín, jueves 22 de septiembre de 2011.

a otros seres humanos”⁽³⁾, cómo dejar de decir que los seres humanos no pueden ser objeto de los derechos reales. Se nos replicará que nadie sostiene tal dislate jurídico y que obviamente las personas no son objeto de los derechos reales, y que la esclavitud se encuentra felizmente abolida y expulsada del derecho contemporáneo, pero entonces surgen las preguntas:

¿Si “creo” vida humana y luego esos embriones los congelo no los estoy tratando como cosas? ¿Si puedo descartarlos porque no son los más aptos para ser implantados en el seno materno no los estoy destruyendo como si fueran una cosa? ¿Si se recurre al “alquiler de vientres” al que eufemísticamente llamo subrogación de vientres, no estoy tratando a la mujer portante como una cosa?

En un artículo publicado en un diario de gran tirada se lee sobre la llamada “selección” de embriones:

El mayor beneficio de utilizar Inteligencia Artificial es que los resultados pueden ser contrastados con algoritmos que se analizaron previamente en millones de videos de desarrollo embrionario’, dice el bioquímico Santiago Giordana, director del laboratorio de WeFIV. ‘Por cada video que se fue subiendo, se le fue diciendo a la máquina si ese embrión embarazaba o no, y la calidad de este. De esta forma, el sistema fue aprendiendo a analizar patrones de división embrionaria junto a otros que son imperceptibles al ojo humano, y así predecir la calidad del embrión⁽⁴⁾.

Se está hablando del ser humano como si fuera un producto, sujeto a controles de calidad y llamado a ser eliminado si no cumple estándares de calidad que incluso muchos de nosotros quizás tampoco alcanzábamos cuando éramos, porque lo fuimos, embriones.

Podemos también recordar el despacho unánime de la comisión de contratos en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires en el año 2013 que afirmaba, de cara al proyecto de Código Civil que “[d]ebe incorporarse la prohibición legal expresa de los embriones como objeto de los contratos, en tanto repugna los

(3) BENEDICTO XVI, Papa, Discurso en la visita al Parlamento Federal, Berlín, jueves 22 de septiembre de 2011

(4) La Nación: Embryoscope: cómo funciona la fecundación in vitro asistida por algoritmos, en La Nación on line 9 de septiembre de 2022 <https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/embryoscope-como-funciona-la-fecundacion-in-vitro-gestionada-por-algoritmos-nid09092022/>

principios que surgen del artículo 15 y concordantes de la Constitución Nacional, que excluye a la persona humana como objeto de un derecho subjetivo”⁽⁵⁾.

Entonces hay que llamar la atención al futuro abogado que en rigor estamos tratando al ser humano como objeto de un derecho real de dominio y en la concepción más rotunda de la palabra dado que la persona pasa a ser objeto y en palabras del art. 2506 de Vélez “sometida a la voluntad y a la acción de una persona” quien “puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla”.

Volviendo a la definición de los derechos reales es evidente que cuando el ser humano es puesto en el trance de servir a deseos de otras personas, por más legítimo que sea el fin, pero que implican que aquel sea “disponible” o “desechable” lo estamos transformando en “cosa” y negando su carácter de ser humano que debe implicar el necesario reconocimiento de sus derechos como persona.

Se dirá que son cuestiones básicas, y lo son, pero que a tiempo y a destiempo hay que recordar y llevar al alumno para que lógicamente, y casi por reducción al absurdo, caiga en la cuenta del tratamiento que se le está dando al embrión humano al que, en los hechos, se lo está reduciendo a una cosa siendo ello intrínsecamente injusto porque, como recordaba Llambías, “el ordenamiento jurídico no puede dejar de ‘reconocer’ —adviértase bien, ‘reconocer’— en todo hombre la calidad de persona o sujeto de derechos”⁽⁶⁾.

Respecto a la subrogación de vientres, en donde también la mujer es reducida en su humanidad, existe además una agresiva publicidad acerca de esta práctica encarnada por personajes mediáticos, con una tibia reacción de algunos derechos positivos. En Italia la Cámara —ahora debe pasar al senado— aprobó “[u]n texto de sólo un artículo que prevé la modificación del artículo 12, párrafo 6, de la ley número 40, de 2004, que castiga con la pena de prisión de tres meses a dos años y multa de € 600.000 a un millón de euros ‘quien, en cualquier forma, produce, organiza o se anuncia la comercialización de gametos o embriones, o de la subrogación de la maternidad’”, agregando un período de tiempo, según el cual, si los hechos anteriormente mencionados ‘son cometidos en el

(5) XXXIV JNDC COMISIÓN 4 CONTRATOS: “NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO” despacho 6; por unanimidad.

(6) LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tº I núm. 316.

extranjero, el ciudadano italiano será sancionado de acuerdo con la ley italiana”⁽⁷⁾. La ley 40 ya prohibía la maternidad subrogada dentro de la jurisdicción de Italia. Los fundamentos del Proyecto dan cuenta del negocio millonario que se encuentra tras estas técnicas “el uso de estas prácticas está aumentando rápidamente y la gestación subrogada se está convirtiendo en un verdadero negocio que, por poner un ejemplo, mueve más de 2.000 millones de dólares al año en India” y también que “en la gestación subrogada, las mujeres que ‘prestan’ su cuerpo no tienen derecho a los hijos que están gestando y ni siquiera se consideran los derechos de los niños, obligados a ser separados de su madre biológica inmediatamente después de dar a luz (un hecho absolutamente traumático). Ellos se preguntarán de por vida quién es su madre biológica”⁽⁸⁾.

Entonces surgen ya en las primeras clases dos temas: la dignidad del ser humano desde su concepción que el art. 19 Cód. Civ. y Com. reconoce⁽⁹⁾, y la grave injusticia de mercantilizar a la mujer y a los niños nacidos o no, lo que lleva a destacar que ante ello la actitud del hombre de derecho no puede ser la de considerar que son cambios inevitables, que seremos arrasados por el progreso y que será inútil sostener una posición diversa, sino la de seguir defendiendo la justicia, el dar a cada uno lo suyo, lo que implica el no consentir que se reduzca al estado de cosa a un ser humano para beneficiar a otros.

Un apunte absolutamente no menor es la delicadeza en como deben tratarse estos temas cuando los oyentes pueden haber atravesado algunos de estos trances o incluso ser fruto de ellos. La reflexión conjunta debe servir para que el alumno pueda razonar las verdaderas implicancias y consecuencias de prácticas ya naturalizadas por la técnica, el mercado y los medios de comunicación.

(7) Corriere della Sera: Maternità surrogata reato universale: il sì della Camera alla proposta di legge https://www.corriere.it/politica/23_luglio_26/maternita-surrogata-reato-universale-7dc7c418-2bd1-11ee-be5d-f6dabb22dd0d.shtml

(8) Ver al respecto la completa reseña de LAFERRIERE, Nicolás “Avanza iniciativa para prohibir la maternidad subrogada realizada por italianos en el extranjero” en <https://centrodebioetica.org/avanza-iniciativa-para-prohibir-la-maternidad-subrogada-realizada-por-italianos-en-el-extranjero/>

(9) Art. 19 Cód. Civ. y Com. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

IV. LA PROTECCIÓN DEL SER HUMANO, LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL DESTINO UNIVERSAL DE LOS BIENES.

IV.1. La propiedad privada como necesaria para el desarrollo integral de la persona humana

Sin dudas la propiedad privada que garantiza la Constitución Nacional y regula el Código Civil también es en miras de la protección de la persona humana.

En primer lugar, la propiedad privada sobre los bienes es un derecho natural del hombre:

[L]as posesiones privadas son conforme a la naturaleza. Pues la tierra produce con largueza las cosas que se precisan para la conservación de la vida y aun para su perfeccionamiento, pero no podría producirlas por sí sola sin el cultivo y el cuidado del hombre. Ahora bien: cuando el hombre aplica su habilidad intelectual y sus fuerzas corporales a procurarse los bienes de la naturaleza (...) es absolutamente justo que use de esa parte como suya y que de ningún modo sea lícito que venga nadie a violar ese derecho de él mismo ⁽¹⁰⁾.

En segundo lugar, esa propiedad privada posibilita que la familia:

[P]rovea al sustento y a todas las atenciones de los que engendró; e igualmente se deduce de la misma naturaleza que quiera adquirir y disponer para sus hijos (...) algo con que puedan defenderse honestamente, en el mudable curso de la vida, de los embates de la adversa fortuna. Y esto es lo que no puede lograrse sino mediante la posesión de cosas productivas, transmisibles por herencia a los hijos ⁽¹¹⁾.

La propiedad privada o un cierto dominio sobre los bienes externos aseguran a cada cual una zona absolutamente necesaria para la autonomía personal y familiar y deben ser considerados como ampliación de la libertad humana ⁽¹²⁾.

Los seres humanos, sostiene Puig Brutau, han de contar con los medios necesarios para vivir con independencia de toda voluntad ajena y poder salvaguardar su personalidad. Si la libertad es el concepto más fundamental para la vida humana, el primer paso para darle contenido consiste en completarla con el derecho de propiedad. Sin duda aquí ra-

(10) LEÓN XIII, Papa, *Rerum Novarum*, núm. 7.

(11) LEÓN XIII, Papa, *Rerum Novarum*, núm. 9.

(12) CONCILIO VATICANO II, Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, núm. 71.

dica la justificación moral y política del derecho de propiedad ⁽¹³⁾. Ese ámbito de libertad necesita el poder poseer cosas como propias, estables que constituyan un ámbito de reserva de la intromisión de otras personas y de los poderes públicos. Por ello, el papel fundamental que en materia de propiedad juega el derecho real de dominio, primero, y los restantes derechos reales, luego, al engendrar un ámbito de reserva y de creatividad para el ser humano.

Entonces una adecuada regulación de los derechos reales, y del derecho de dominio en especial coadyuvan, a la protección de la persona humana.

Pero aquí también deben hacerse necesarias correcciones.

IV.2. La propiedad privada: correcciones

IV.2.a. Desde el punto de vista moral: destino universal de los bienes

Ahora bien, junto con la sólida defensa de la propiedad privada se alza aun con más firmeza la aseveración que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, ni el más alto, sino que está subordinado al principio del destino común de los bienes.

Afirmaba Pablo VI que la Biblia:

[D]esde sus primeras páginas, nos enseña que la creación entera es para el hombre, quien tiene que aplicar su esfuerzo inteligente para valorizarla y mediante su trabajo, perfeccionarla, por decirlo así, poniéndola a su servicio. Si la tierra está hecha para procurar a cada uno los medios de subsistencia y los instrumentos de su progreso, todo hombre tiene el derecho de encontrar en ella lo que necesita. (...) Todos los demás derechos, sean los que sean, comprendidos en ellos los de propiedad y comercio libre, a ello están subordinados: no deben estorbar, antes al contrario, facilitar su realización, y es un deber social grave y urgente hacerlo volver a su finalidad primaria” ⁽¹⁴⁾.

Es decir que la propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto:

“No es parte de tus bienes —así dice San Ambrosio— lo que tú das al pobre; lo que le das le pertenece. Porque lo que ha sido dado para el uso de todos, tú te lo apropias. La tierra ha sido dada para todo el

(13) PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos del derecho civil*, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 1994, Tº III, Vol. 1º, pág. 129.

(14) PABLO VI, Papa, *Populorum Progressio*, núm. 22.

mundo y no solamente para los ricos". (...) No hay ninguna razón para reservarse en uso exclusivo lo que supera a la propia necesidad, cuando a los demás les falta lo necesario. En una palabra: "el derecho de la propiedad no debe jamás ejercitarse con detrimento de la utilidad común, según la doctrina tradicional de los Padres de la Iglesia y de los grandes teólogos" ⁽¹⁵⁾.

Asimismo, como expresó el Concilio Vaticano II "Siempre que el bien común exija una expropiación, debe valorarse la indemnización según equidad, teniendo en cuenta todo el conjunto de las circunstancias" ⁽¹⁶⁾.

Debe destacarse la preocupación de Guillermo A. Borda en esta materia al reformar al art. 2513 para destacar que el derecho de propiedad debe ser "conforme a un ejercicio regular"

IV.2.b. Desde el punto de vista legal

IV.2.b.i. Límites a la facultad de exclusión

El art. 1944 nos dice que el dominio es excluyente. El dueño puede excluir a extraños del uso, goce o disposición de la cosa, remover por propia autoridad los objetos puestos en ella, y encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándose a las normas locales.

El propio Código suministra casos de excepción a la facultad de exclusión. Así el supuesto del art. 1977 que limita la facultad de exclusión en los casos allí descriptos o incluso la servidumbre forzosa del art. 2166.

¿Puede ejercerse la facultad de exclusión abusivamente?

La cuestión ha sido estudiada en derecho español con ocasión del tratamiento del llamado *ius usus inocui*.

Dice Castán Tobeñas que el mismo deriva de un principio de equidad del derecho romano y que fue receptado en el derecho aragonés al establecer que "cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor". Expresa este autor que en derecho español se observan como manifestaciones consuetudinarias del mismo:

[E]l espiguelo o facultad de recoger los sobrantes y residuos de cosechas abandonadas por el propietario sobre su suelo (como los llamados

(15) PABLO VI, Papa, *Populorum Progressio*, núm. 23.

(16) Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, núm.71

soutelo y *musga* en Galicia); el pastoreo inocuo sobre bienes baldíos y de hierbas o rastrojos que el mismo propietario no utiliza (*vaine pature* de los franceses); los aprovechamientos de producciones espontáneas del suelo, tampoco explotadas por el propietario (recolección de hierbas, setas, hierbas medicinales, etc.); el paso por terrenos no acotados ni cultivados; la utilización de fuentes o corrientes de aguas privadas para beber o pequeños usos que no disminuyan sensiblemente el caudal ⁽¹⁷⁾.

Los tratadistas españoles coinciden en que el uso inocuo depende de la tolerancia del dueño, que en teoría puede excluir a los demás del uso, utilización o aprovechamiento lícitamente ⁽¹⁸⁾. Pero también se observa acertadamente que es posible admitir una excepción si el propietario manifiesta una intolerancia que pueda calificarse de ejercicio antifuncional del derecho de propiedad ⁽¹⁹⁾.

En tal sentido puede sostenerse que pese al reconocimiento de la propiedad privada un ejercicio totalmente irrazonable del derecho de exclusión que impidiera a terceros acceder a un uso concreto del dominio ajeno, sin perjuicio ni beneficio alguno para el dueño podría configurar un ejercicio abusivo. Claro está que ello requiere una conciencia moral afinada que comprenda que el principio general de derecho natural es el destino universal de los bienes y la admisión de la propiedad privada deviene necesaria como consecuencia de un mejor ordenamiento de los bienes y porque en la práctica se ha revelado la mejor manera de alcanzar aquél.

Es interesante advertir que un código como el suizo establece: "Cualquiera tiene libre acceso a los bosques y pastizales de otro, y puede apropiarse bayas, setas y otros frutos menudos silvestres, conforme al uso local, a menos que la autoridad competente lo haya prohibido, en interés de las cercas o defensas especiales con relación a ciertos fundos.

(17) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, revisada y puesta al día por García Cantero Gabriel, 14ª edición, Reus, Madrid, 1992, Tº II, Vol. 1º, pág. 236.

(18) Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 6ª edición revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1998, Vol. III, p. 237; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos del derecho civil*, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 1994, Tº III, Vol. 1º, pág. 258.

(19) PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos del derecho civil*, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 1994, Tº III, Vol. 1º, p. 258. Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 6ª edición revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1998, Vol. III, pág. 169; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, revisada y puesta al día por García Cantero Gabriel, 14ª edición, Reus, Madrid, 1992, Tº II, Vol. 1º, pág. 237.

La legislación cantonal puede determinar la medida en la cual está permitido penetrar en el fundo de otro para la caza o la pesca". Se trata de un compromiso entre dos intereses que, en principio, se presentan como dignos de protección: el interés del propietario de excluir a los demás de todo acceso a su propiedad, y el interés general de permitir que cualquier sujeto de derecho tenga libre acceso a los bienes de la naturaleza sin menoscabo sensible para su propietario ⁽²⁰⁾.

IV.2.b.ii. La prescripción adquisitiva

La prescripción adquisitiva también protege a la persona humana mediante la asignación de bienes que ha poseído largo tiempo. En este sentido se ha dicho que:

[E]s manifiesta la justicia de convertir en titular del derecho, a quien, durante el trascurso de muchos años, se ha conducido como si realmente le correspondiera; la de acordar validez y seguridad a las situaciones de hecho, fomentando el trabajo y el mejoramiento de los bienes; en tanto se castiga a quien egoístamente abandona lo suyo y prescinde del interés colectivo ⁽²¹⁾.

Hace también este instituto al destino universal de los bienes. Vemos pues que tanto la función social, entendida como la necesaria productividad de los bienes, como la seguridad jurídica se conjugan en las motivaciones de la usucapión. Así en otro marco y con otros alcances Hernández Gil habló de la función social de la posesión ⁽²²⁾.

Evidentemente quien hace fructificar una cosa de la que su propietario se ha desentendido cumple, aunque más no sea en una pequeña parte, una función social dado que impide que la cosa se mantenga improductiva. La sola existencia de la usucapión es también un acicate para que el propietario por sí o por terceros no desatienda la cosa ante la amenaza que la posesión de un tercero, durante el lapso previsto para la usucapión, puede privarlo de la propiedad (artículo 2510 Cód. Civil).

(20) PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos del derecho civil*, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 1994, Tº III, Vol. 1º, pág. 257.

(21) LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge, *Derecho Civil, Tratado de Derechos Reales*, 2º ed. actualizada y ampliada, Ed. La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2010, Tomo II pág. 400

(22) HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La función social de la posesión*, Ed. Alianza, Madrid 1969.

Se trata además de una solución equilibrada frente a la posibilidad de la pérdida de la propiedad por el no uso, lo que nos llevaría a un estatismo que se ha revelado como de funestos resultados.

V. EL DERECHO HUMANO AL AMBIENTE SANO Y A LA TRANQUILIDAD

V.1. La perspectiva de los derechos reales

Frecuentemente muchos institutos modernos, que protegen a la persona humana, encontraron primero cobijo dentro de los derechos reales.

Un ejemplo es la prevención de daños que en el art. 2499 con la segunda parte introducida por la reforma de 1968 ya se ocupaba de lo que luego se fue volviendo en uno de los elementos centrales del derecho de daños ⁽²³⁾ como es la prevención de daños hoy regulada en los arts. 1710 a 1713 del Código vigente.

Pero otra vertiente se da en referencia a las inmisiones desde los antiguos arts. 2618, y 2619 del Código velezano, remozados y refundidos en el art. 2618 de la reforma de 1968, en otro excelente acierto de Borda, y hoy trasladado casi a la letra en el art. 1973 del Código vigente.

La manera de resolver los conflictos en materia de inmisiones indirectas permite vislumbrar también el paradigma de sociedad que se desea ⁽²⁴⁾, y cuáles son los valores que prevalecen en una sociedad dada en el campo propio de este instituto. Es decir, si protegemos en forma preferente a la propiedad y a los medios de producción, o si por el contrario ponemos el acento en las personas humanas.

En forma ideal pueden concebirse tres estadios en la evolución del tema de las inmisiones indirectas.

a) En el primero de ellos se trata sólo de arbitrar y solucionar la tensión entre derechos de propiedad pertenecientes a distintos dueños.

(23) Art. 2499 segunda parte Cód. Civil derogado: Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares

(24) Resulta interesante destacar que Coase en su conocida obra sobre del costo social parte precisamente de un caso típico de inmisiones. Ver COASE, Ronald; "The Problem of Social Cost", originalmente en *The Journal of Law and Economics* (October 1960), pág. 1, también en www.andrew.cmu.edu/course/88-221/externalities/coase_60.pdf.

Más específicamente entre la facultad de uno de ellos de hacer lo que le plazca en su fundo y la del otro de rechazar, con su poder de exclusión, las intromisiones que la actividad de su vecino le originan en su propiedad.

El valor estrella -que la guiará- es el contenido en el artículo 17 de la Constitución Nacional, en cuanto garantiza el derecho de propiedad.

b) Con la irrupción del maquinismo y el desenvolvimiento de la industria, vista como un indudable motor de progreso para la sociedad toda y por ende beneficiosa para la comunidad, es la necesidad de proteger su desarrollo lo que otorga un nuevo interés a esta materia, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX.

Se intenta salvaguardar los derechos del propietario, que se encuentra invadido por agresiones externas, sin a su vez trabar el desarrollo económico. Se oponen las exigencias de la industria por un lado y las “razones de la propiedad”, en expresión del artículo 844 del Código Civil Italiano por el otro, o bien “el respeto debido al uso regular de la propiedad” como decía el artículo 2618 del Código Civil derogado y hoy repite el art. 1973 Cód. Civ. y Com..

Referente a los valores constitucionales puede apreciarse que frente a la propiedad toma ahora también relevancia el derecho a ejercer toda industria lícita (artículo 14 de la Constitución Nacional).

Este sistema, a priori, parece ordenarle al pretorio que realice una valoración preferente de la industria. Así lo entiende Visintini, quien afirma que se impone al juez una línea de valoración en una sola dirección con el objeto de que los vecinos sufran el costo de las inmisiones ⁽²⁵⁾.

c) El tercer estadio es predominantemente el actual.

La tutela de la salud, del medio ambiente y una interpretación centrada en la protección de la integridad psicofísica de la persona humana, deben llevar forzosamente a cambios en la interpretación de las normas inferiores que regulan el tema en examen.

El artículo 41 de la Constitución Nacional expresa bien la preocupación que preexiste y subsiste a la reforma de 1994 y es, sin dudas, la

(25) VISINTINI, Giovanna; *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1.999, Tomo 2, pág. 105 y 106, (traducción de Kemelmajer de Carlucci, Aída, sobre la edición italiana de CEDAM, Padova, 1996)

piedra de toque fundamental, dentro del derecho positivo, para insuflar una nueva interpretación a las normas de derecho privado.

Se trata, en efecto, de definir como las fuentes productoras de inmisiones afectan diferentes “manifestaciones de los derechos de personalidad, derecho al descanso, al ocio, a la intimidad familiar, a la salud, y al desarrollo equilibrado de la personalidad.”⁽²⁶⁾ En definitiva como afectan a la persona humana.

V.2. La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que, mediante su jurisprudencia, ha llamado la atención sobre el hecho que ciertas injerencias en las relaciones de vecindad afectan derechos fundamentales de la persona y que por tanto el damnificado puede poner en marcha los procedimientos correspondientes y reclamar la intervención de este.

La jurisprudencia europea ha elaborado, en las últimas décadas toda una doctrina en torno a los derechos fundamentales a la intimidad personal, familiar y a la inviolabilidad del domicilio, que hacen cobrar una nueva dimensión a los límites que dimanar de las relaciones de vecindad.

Existen numerosos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han responsabilizado al Estado fundamentalmente por la falta de protección a sus habitantes ante la contaminación ambiental⁽²⁷⁾. Ante la falta de cláusula ambiental en el Tratado de Roma se ha recurrido fundamentalmente a la protección de la intimidad domiciliaria dispuesta en el artículo 8 del mismo que protege al domicilio. En tal sentido el alto Tribunal colocó en cabeza del Estado una obligación positiva. No sólo no se debe perturbar, sino que también se deben tomar las medidas conducentes a que las molestias no se produzcan.

(26) ALVARES-CIENFUEGOS SUARES, José María; “La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica: Nuevas perspectivas de los derechos fundamentales” en *La Ley* (España), diario del 11 de diciembre de 2.001, pág. 2.

(27) Nos ocupamos minuciosamente del análisis de estos en casos en nuestra tesis doctoral *Inmisiones indirectas*, y en COSSARI, Nelson, “El derecho de propiedad de uno y otro vecino, enmarcado en un sistema general de convivencia. El porqué de los conflictos. Los intereses tutelados por las relaciones de vecindad.” *Revista de Daños*, t. 2005, 2, ed. Rubinzal - Culzoni y COSSARI, Nelson G.A. y LUNA Daniel G. “Los daños por contaminación acústica y la tutela supranacional de los derechos fundamentales” *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros —La Ley—* N.º 7 de 2005, entre otros trabajos.

Ya abordamos en otras ocasiones ⁽²⁸⁾ los casos “López Ostra contra España” ⁽²⁹⁾, “Guerra, María y Otros contra Italia” ⁽³⁰⁾; “Hatton y Otros contra el Reino Unido” ⁽³¹⁾; y “Pilar Moreno contra España” quien tuvo éxito ante la Corte europea de Derechos Humanos ⁽³²⁾ luego de haberle negado protección el Tribunal Constitucional Español ⁽³³⁾.

Aquí ahora agregaremos otros fallos en el mismo sentido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que demuestran una tendencia irreversible en esta materia:

V.2.a. Martínez Martínez v. España, sentencia del TEDH de 18 de octubre de 2011 ⁽³⁴⁾

El demandante ante el TEDH, residente en Cartagena, vivía a menos de 10 metros de una discoteca que constaba de un local cerrado y de una terraza, la fuente principal del litigio, situada a 3-4 metros del domicilio de aquel. Como en otros supuestos, el demandante invocó ante el TEDH la infracción del art. 8.1 CEDH, que señala que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Citando una jurisprudencia ya consolidada, el TEDH afirmó que la protección que se hace del domicilio es del “lugar, el espacio físicamente determinado en el que se desarrolla la vida privada y fa-

(28) Nos ocupamos minuciosamente del análisis de estos en casos en nuestra tesis doctoral *Inmisiones indirectas*, y en COSSARI, Nelson, “El derecho de propiedad de uno y otro vecino, enmarcado en un sistema general de convivencia. El porqué de los conflictos. Los intereses tutelados por las relaciones de vecindad.” *Revista de Daños*, t. 2005, 2, ed. Rubinzal - Culzoni y COSSARI, Nelson G.A. y LUNA Daniel G. “Los daños por contaminación acústica y la tutela supranacional de los derechos fundamentales” *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros —La Ley—* N.º 7 de 2005,

(29) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, 9 de diciembre de 1994 “López Ostra v. Reino de España” en http://www.ruidos.org/Jurisprudencia/lopez_ostra.html#fund.

(30) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS “Guerra and Others v. Italy”, 116/1996/735/932, 19 de febrero de 1998 en <http://www.eel.nl/cases/ECHR/guerra.htm>.

(31) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Tercera Sección), “Hatton and Others v. The United Kingdom” (Application no. 36022/97), 2 de octubre de 2001. en <http://www.ruidos.org/Jurisprudencia/Hatton-vs-UK.doc>.

(32) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, (Application no. 4143/02, del 16 de noviembre de 2002) “Moreno Gómez v. Reino de España”

(33) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, pleno, recurso de amparo núm. 4214/1998, 29 de mayo de 2001, “Pilar Moreno contra Ayuntamiento de Valencia”.

(34) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Demanda no 21532/08, 18 de octubre de 2011 “Martínez Martínez c. España”

miliar”. Es decir, no se trata únicamente del derecho a un espacio físico, sino también de poder disfrutar, con toda tranquilidad, de ese espacio.

V.2.b. Asunto Cuenca Zarzoso v. España 19 de diciembre de 2017 ⁽³⁵⁾

El demandante nació y reside en San José, un barrio residencial de Valencia desde 1962. Desde 1974, el Ayuntamiento de Valencia ha permitido la apertura de establecimientos como bares, pubs y discotecas en la zona. En vista de los problemas causados por el ruido, el Ayuntamiento decidió el 22 de diciembre de 1983 no autorizar la apertura de más establecimientos en la zona. No obstante, la resolución nunca se hizo efectiva, autorizándose nuevas licencias. Al no aceptarse los planteos del demandante en los Tribunales españoles el mismo recurrió al TEDH el que concluyó que el asunto era similar al ya fallado Moreno Gómez y que el demandante reside en la misma zona acústicamente saturada que Pilar Moreno Gómez —de hecho y a igual que esta presentó pruebas suficientes de las consecuencias que el ruido había provocado en su salud— por lo que se resolvió que en ese contexto el Estado demandado ha incumplido su obligación positiva de garantizar el derecho del demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada, vulnerando así el art. 8 del Convenio de Roma.

Como se ve un tema clásico de los derechos reales puede servir para poner a la persona humana en su derecho a la tranquilidad y a la salud por sobre los intereses económicos.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Siendo la persona humana el centro del Derecho, es obvio que toda la legislación debe girar en torno a preservar su vida, dignidad y calidad de vida, las líneas que precedieron a esta conclusión son solo algunos de los ejemplos que denotan como los derechos reales también hacen eje en la protección de la persona humana. Se trata de tomar esta perspectiva al analizar cada uno de los institutos, pero eso -como dijimos al principio- depende de una correcta comprensión del derecho que el mismo cumpla verdaderamente su función en orden a la honesta convivencia. Corresponde a los profesores de cualquier rama del derecho resaltar constantemente esa centralidad de la persona humana y para ello nada mejor que el ejemplo que en su obra nos legó el gran jurista que hoy homenajeamos.

(35) CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Demanda nº 23383/12, 16 de enero de 2018, “Cuenca Zarzoso c. España”

LA INSOLVENCIA DEL PATRIMONIO DE LA PERSONA HUMANA

POR MARCELO GEBHARDT (*)

I. INTRODUCCIÓN

El patrimonio de la persona humana (atributo supuestamente emanado de la personalidad misma que, más allá de su presencia irrefutable en la vida de los sujetos es, y ha sido, objeto de reflexiones profundas de parte nada menos que de nuestro homenajeadó ⁽¹⁾, por su eventual inexistencia), puede sufrir avatares de toda índole a lo largo del tiempo. Uno de ellos es la insolvencia, o la cesación de pagos, es decir la configuración de un estado tal que revele impotente a dicho patrimonio, para afrontar, normal y regularmente ⁽²⁾ las obligaciones que lo gravan y que, ciertamente fueron contraídas o adjudicadas a su titular. De tal suerte que es posible en ciertas circunstancias críticas que la actividad de la persona humana, y el desenvolvimiento económico de sus activos, no permitan afrontar sus pasivos de la manera que fue prevista o terminó siendo exigible por terceros.

No nos detendremos en aspectos teóricos relativos a la definición del patrimonio y su difundida cualidad de "atributo" (también cuestionada o derechamente negada ⁽³⁾) y sencillamente abordaremos aquí lo concerniente a cómo influye la crisis que puede aquejarlo (entendida en los referidos términos de impotencia) en tanto lo entendemos como un "complejo concreto de derechos y relaciones de contenido económico

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) BORDA; Guillermo A. en "Tratado de Derecho Civil" T* II, pág. 7.

(2) Art. 78 de la Ley de Concursos y Quiebras.

(3) TOBÍAS, José W. en "Tratado de Derecho Civil", Parte General, T* I, pág. 354; ed. La Ley año 2018.

que corresponden a una persona....”⁽⁴⁾, y cuáles son las respuestas del denominado Derecho Concursal a esa desdichada hipótesis.

Comenzaremos el análisis puntualizado que dicha disciplina, incluso a despecho de la diversidad de sistemas en el derecho concursal comparado y subsecuentes críticas fundadas⁽⁵⁾, no ha considerado, al menos en la ley positiva, regular de modo diferente las crisis de insolvencia de los patrimonios de la persona humana (ni siquiera aún y a pesar también de fundados reclamos que propician la necesaria y pronta regulación legal del caso del sujeto sin actividad empresarial, en crisis en su carácter de consumidor: “el mismo remedio concursal para todas las enfermedades no podía ser exitoso”⁽⁶⁾). Evidentemente ese parecer no es universalmente aceptado⁽⁷⁾.

II. UNIFORMIDAD DE TRATAMIENTO EN LA LEY CONCURSAL

La alternativa de aplicar, como en la Argentina, procedimientos concursales iguales sin importar la cualidad o la actividad del sujeto (humano o jurídico; empresario o no) no es una rareza en el derecho comparado: Suiza, Inglaterra y Suecia acudían a ese sistema y, más modernamente lo hizo España en la ley 22 del 9 de julio de 2003, la cual instaure también un procedimiento concursal unitario, para lo cual esgrimió en su Exposición de Motivos, para fundamentar el abandono del anterior sistema que discriminaba entre comerciantes y no comerciantes, el hecho de haberse superado, o abrogado, el carácter represivo de la insolvencia mercantil⁽⁸⁾; al tiempo que, allí se dice, se daba respuesta

(4) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge en “La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio” en Rev. La Ley 1977-D-841.

(5) KLEIDERMACHER, Arnoldo en “Derecho Concursal”, obra de Piero Pajardi (de 1986) adaptada al derecho argentino, T* 1, págs. 227 y sigtes.; ed. Abaco, año 1991.

(6) ANCHÁVAL, Hugo en “Insolvencia del Consumidor”, pág. 3; Ed. Astrea, año 2011.

(7) FERREIRO BAAMONDE, Xulio en “Estudios de Derecho Concursal”, pág. 27 y cita al pie de CERDÁ, ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I. a quienes le adjudica haber dicho que ello no implica que no hayan de existir especialidades dentro del proceso concursal en función de quien sea la persona sometida a concurso o atendiendo a su actividad empresarial; ed. Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela 2005.

(8) La ley del 13 de julio de 1967 de Francia ya había efectuado cierta disección de las quiebras personales, estableciendo sendos procedimientos; unos relativos a intereses pecuniarios exclusivamente y otros referidos a las persecuciones de la infracción y de la aplicación de sanciones. Ver GUYENOT, Jean en “Curso de Derecho Comercial”, T* II, pág. 253; ed. EJEA, Buenos Aires, 1975.

a otropreciado principio de simplificación de los procedimientos concursales. Se ha señalado, al hilo de lo anterior, que resulta indiferente que el deudor sea empresario, o una persona que no ejercite actividad de ninguna clase: lo relevante, concluyese, es que el deudor, persona natural (así se la denomina en el derecho español) o jurídica, sea insolvente; cualquiera sea incluso la naturaleza de las obligaciones que no pueda cumplir regularmente ⁽⁹⁾.

Valga esta aclaración para señalar que, más allá de gusto o no de esta indiscriminada regulación, en nuestro país también rige hasta aquí la unidad del presupuesto subjetivo. O, dicho de otro modo, para dar pie a las reflexiones que siguen: la Ley de Concursos y Quiebras (N.º 24.522), en adelante la LCQ, no tiene previstos procesos diversos para la crisis patrimonial de la persona humana a la que le resultan aplicables los mismos sistemas de resolución de la insolvencia que se utilizan en casos de empresas (de titularidad de persona humanas o de personas jurídicas), respecto de las que, evidentemente las diferencias son conceptualmente notables. Acaso por ello el Código de quiebras de los EE. UU. (*Bankruptcy Code U.S.A.*) tiene diversos procesos según corresponda a otros distintos deudores, personas físicas, de actividades distintas y, ciertamente a otros sujetos públicos y privados de existencia ideal.

Ese método legislativo no es apropiado, mas no será ese el tema central de estas reflexiones sino estrictamente las diferencias que se aprecian al aplicar normas iguales en casos disímiles; todo lo cual, a pesar de esta idea inicial, redundará en la conclusión de que la no discriminación no es un buen sistema y que, antes bien, asir las diferencias y regularlas específicamente para darles respuestas apropiadas y particularizadas debiera ser un norte u objetivo razonable para nuestra evolución legislativa en materia concursal, especialmente para lograr que el acudir oportunamente a las soluciones legales en hipótesis de crisis de las personas humanas eviten, o aminoren, las penurias que indefectiblemente habrán de padecer.

III. LAS PARTICULARIDADES DE LOS PROCESOS CONCURSALES DE LAS PERSONAS HUMANAS. EL CONCURSO PREVENTIVO

Aclarado que la ley y las respuestas de la LCQ a la insolvencia no ofrecen alternativas a sujetos diferentes, a pesar de sus soluciones generales, la especificidad de la persona humana obliga a identificar singularida-

(9) ROJO, Ángel - BELTRAN, Emilio en "Comentario de la Ley Concursal"; T* I, pág. 143: ed. Thomson-Civitas.

des que exceden, y tornan poco idónea, la idea del legislador de no discriminar. Esta será la tarea que se desenvuelve a continuación.

III.1. El domicilio y la competencia

El art. 3°, inc. 1 de la LCQ no resuelve de igual manera la atribución de competencia del juez que entenderá en un concurso o quiebra de una persona humana (persona de existencia visible reza la norma, en consonancia con la terminología de otrora), que en el caso de una persona de existencia ideal.

El domicilio registrado de la persona humana (la del Registro Nacional de las Personas, o RENAPER) es solo una alternativa residual para atribuir competencia. La clave, en cambio, es la “sede de la administración de sus negocios”. Está claro que la ley al hacer esa referencia ponderaba precisamente la figura del comerciante; pero ese aspecto, aún hoy, sigue siendo primordial a estos efectos de la competencia del juez del concurso de la persona humana. Así pues, si la persona tiene actividad empresarial será competente el juez del lugar donde desarrolla sus negocios. En esa misma línea debe interpretarse la referencia actual al domicilio que contiene el art. 73 del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) en orden al cual el domicilio del desempeño comercial o profesional prevalece a los fines de atribuir la competencia concursal ⁽¹⁰⁾. El domicilio del RENAPER, es decir el que declara la persona humana ante la autoridad administrativa competente, opera para determinar qué juez debe actuar en su concurso solo si ella no tiene actividad comercial.

La solución, como se ve, es antagónica con la de las personas jurídicas en las que prevalece al efecto el domicilio inscripto (inc. 3 del citado art. 3° LCQ).

En otro orden cabe destacar que el juez de concursos que intervenga en un posible proceso concursal de uno de los cónyuges es el competente para tratar la liquidación de todo el acervo conyugal (art. 717, *in fine*, del Cód. Civ. y Com.).

III.2. Requisitos sustanciales para solicitar el concurso preventivo

La diferencia ontológica entre las personas humanas y jurídicas impone también una diversa configuración de los requisitos sustanciales organizados en el art. 5° de la LCQ y sigtes., a saber:

(10) GERBAUDO, Germán en “Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho concursal”, págs. 17/8; ed. Astrea, año 2016.

2.1. No es necesario, por empezar, que se ratifique la continuidad del trámite concursal preventivo (como ocurren en las sociedades y personas jurídicas en general): con la solicitud inicial del deudor será suficiente para abrir y continuar el proceso concurso preventivo; pero sí será preciso, en otro orden, que el poder que eventualmente expidan para solicitar la apertura del concurso tenga facultad especial para ello (art. 9°) pues de lo contrario la petición resulta inadmisibile.

2.2. En el caso de las personas humanas inhabilitadas, con capacidad restringida o incapaces ⁽¹¹⁾, considerados a estos efectos sustanciales en el art. 7° de la LCQ advertimos la particularidad de un paralelismo con las personas jurídicas ya que se admite la solicitud con el solo petitorio del representante (tutor o curador), que requiere, en tales casos, una ulterior ratificación del juez civil interviniente, ante cuya ausencia el proceso concursal debe tenerse por desistido.

III.3. Requisitos formales para la petición de concurso preventivo

Los “requisitos del pedido” como los denomina en su título el art. 11 LCQ, están claramente pensados para las personas de los “comerciantes matriculados” (categoría hoy no regulada en el Cód. Civ. y Com.) y las de existencia ideal, regularmente constituidas, o no (cfr. Inc. 1). Los recaudos exigibles a las personas humanas deben inferirse *por default* y sobre todo si no tienen actividad u organización empresarial (art. 320 del Cód. Civ. y Com.).

Comencemos diciendo que es, naturalmente, el propio deudor quien debe satisfacer esas exigencias ya que es quien está en mejores condiciones para conocer y exponer su realidad económica (clave de bóveda de esta requisitoria del art. 11 LCQ) ⁽¹²⁾. Si se encuentra bajo algún régimen de ganancialidad por matrimonio o convivencia esa situación se exhibe todavía con mayor claridad y hace pensar sobre la exigibilidad de una exposición clara —y eventualmente— consensuada con el compañero (cónyuge o conviviente), toda vez que la delimitación aparente para los acreedores asoma de suma importancia ⁽¹³⁾; debiéndose incluso conside-

(11) Hasta se ha considerado en estas categorías a la persona por nacer o *nasciturus*: confr. GRAZIÁBILE, Darío J. en “Derecho Concursal”, T* I, pág. 59; ed. Lexis-Nexis, 2006.

(12) RIVERA, Julio C. - ROITMAN, Horacio - VÍTOLO; Daniel R. en “Ley de Concursos y Quiebras”, Actualización ley 26.684, pág.17; ed. Rubinzal-Culzoni, 2012. Allí los autores desarrollan las razones de tal método, fundado en el interés de los acreedores y la facilitación de la labor del síndico.

(13) La solicitud de declaración conjunta de concurso es una referencia del derecho español (art. 3.5 de la citada ley 22/2003) puede constituir una interesante refe-

rar que la declaración de quiebra o apertura de un concurso preventivo de uno de los cónyuges es causal de separación judicial de bienes ⁽¹⁴⁾.

En el derecho español el concurso de la persona casada ha suscitado muy importantes reflexiones doctrinarias a las que cabe remitirse y que en gran medida serán un derrotero que podrán seguir los deudores y los jueces que deban analizar esas hipótesis ⁽¹⁵⁾; a lo que aún cabe añadir que ciertas legislaciones modernas ya regulan el concurso de ambos cónyuges, concediéndole un procedimiento especial ⁽¹⁶⁾.

Similar carga resulta exigible si la persona humana que solicita el concurso tiene algún tipo de situación contractual, societaria o no, tiene con otro sujeto (también de existencia física o ideal), algún tipo de vinculación que genere solidaridad pasiva o, en su caso, o comunidad de acreedores.

El deudor persona humana claramente, y por obvias razones, está exento de los recaudos formales del analizado art. 11 de la LCQ relativos a la acreditación de inscripciones y de adjuntar estatutos constitutivos. Mas, también claramente resulta que no puede evadir la carga de exponer con precisión, y con respaldo suficiente, su situación patrimonial que es el núcleo del tan detallado elenco de exigencias que contiene dicho artículo.

Bien se ha dicho que respecto del individuo no comerciante (o sin actividad económica organizada, como cabe decir ahora a tenor del art. 320 del Cód. Civ. y Com.), solo resultan aplicables los recaudos legales, pero de modo muy atenuado para no caer en una exigencia absurda ⁽¹⁷⁾. Lo fundamental es que el sujeto solicitante brinde un acabado panorama de su situación patrimonial, teniendo como guía el referido art. 11, mas adaptándolo a las exigencias (muy menores) de registraciones e informaciones a terceros, propios de deudores personas humanas no empresarias, las que se encuentran dispensadas por el citado art. 320. Y siempre, claro está, que lo expresado por el deudor consista en "...ra-

rencia que puede en nuestro medio analizarse respecto de hipótesis de comunidad de acreedores y/o de confusión patrimonial.

(14) Art. 477, inc. b del Cód. Civ. y Com.

(15) CAMPUZANO, Ana Belén - SANJUÁN, Enrique en "GPS Concursal", pagos. 506 y sigtes.; ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2020.

(16) Decreto 53/2004 de Portugal, arts. 249, 264 y ccdtes. (ver DASSO, Ariel Ángel en "Derecho Concursal Comparado", T* II, pág. 1322; ed. Legis, año 2009.

(17) FARINA, Juan M y FARINA, Guillermo V., en "Concurso preventivo y quiebra", T* I, págs.227/8; ed. Astrea, 2008.

diografiar, hasta sus íntimas realidades, la situación patrimonial... y las posibilidades de cumplimiento del acuerdo que el deudor proponga. Por ello se exigen detalladas informaciones totalmente actualizadas...”⁽¹⁸⁾.

III.4. Algunas hipótesis específicas en el concurso preventivo de las personas humanas

En este relevamiento va de suyo que no es apropiado relevar todas y cada una de las normas que se concibieron en términos genéricos para todos los sujetos concursables. Nuestro empeño en la ocasión reside en analizarlas bajo el prisma que ofrecen las particularidades de las personas humanas, y en cada caso, incluso, variará la mirada si el sujeto lleva a cabo o no actividad económico empresaria u organizada.

Pero como se anuncia en el acápite hay casos que merecen una consideración focalizada, a saber:

III.4.a. El salvataje por terceros del patrimonio de la persona humana

La ley positiva excluye a la persona humana de la posibilidad de acudir a esta figura extrema (último resorte legal para la evitación de la quiebra ante un concurso preventivo frustrado)⁽¹⁹⁾. Es que el sistema del art. 48 de la LCQ pivotea sobre la transferencia del capital social de una sociedad por acciones, o de una sociedad de responsabilidad limitada o incluso una sociedad cooperativa. No contempla diseccionar el patrimonio de la persona humana porque siempre se lo ha considerado partiendo de la base de su unicidad (se decía que solo las persona podían tener patrimonio y, solo uno⁽²⁰⁾), pero la más aguda y moderna interpretación, como enseña el propio Tobías, ha ido mutando y permite la disgregación del patrimonio de una persona; desde la sanción del Cód. Civ. y Com. (art. 242) no puede haber duda de esa posible diversificación. Budano Roig lo explica con enorme claridad y ejemplifica precisamente acudiendo a la hipótesis que en este caso quiero señalar o enfatizar: la posibilidad del deudor que afecte un conjunto de bienes de su propiedad

(18) CÁMARA, Héctor en “El concurso preventivo y la quiebra”, actualizado (en este capítulo) por MORO, Carlos Emilio, (MARTORELL, Ernesto J. director), Vol. I pág. 459; ed. Lexis-Nexis, año 2004.

(19) En la LCQ se registra cierta restricción al acceso de deudores, como por ejemplo los que acuden, por imperativo legal, a “pequeños concursos” y que fue objeto de críticas en planteos muy atinados; ver NACUSI, Pablo F. “Los pequeños concursos y el cramdown”, en <https://www.todaviasomos pocos.com>.

(20) TOBÍAS, José W. en ob. Cit. Loc. Cit.

a un determinado giro comercial ⁽²¹⁾, o como en Francia que de modo automático se concede a toda persona humana la diferenciación de su patrimonio y su afectación automática como garantía de los acreedores, únicamente a la parte destinada a la explotación económica ⁽²²⁾.

La universalidad posible de un conjunto de bienes, desagregada del patrimonio inicial de cualquier persona abre camino, desde la teoría y de *legge ferenda* a la instauración de un salvataje que evite la quiebra de la persona humana, a través de la transferencia a un tercero (el denominado, en la jerga actual, *cramdista*, por ser el operador del *cramdown* con que se identifica, erróneamente, a la figura del art. 48 LCQ que analizamos), de dicho patrimonio afectado a ciertas deudas.

La referencia es válida sobre todo porque fue objeto de una propuesta legislativa nacida en 1997 en el seno del Ministerio de Justicia de la Nación y que, ante el cambio de signo político operado en el país poco tiempo después, perdió estado parlamentario ⁽²³⁾. Y lo es porque hay una maduración actual de la mirada ante las crisis patrimoniales que hace aconsejable cualquier actividad que pueda evitar la quiebra y máxime frente a la penuria que significa para la persona humana la estigmatización de la falencia, sobre la cual volveremos poco más adelante.

III.4.b. *El concurso en caso de agrupamiento*

Siempre que se considera este tema se abreva en conceptos del derecho societario. Es que la interconexión de los negocios y los entramados económicos y financieros son especialmente frecuentes verlos en las estructuras societarias, enderezadas en última instancia a lograr la uniformidad de la gestión (expresión a la que acudo para no utilizar el desacreditado concepto de la dirección unificada, más cercano al desvío indebido del interés social que la ley concursal estima ilícito). Campean en estas reflexiones además ciertos prejuicios relativos a la utilización de los grupos en forma fraudulenta, lo cual constituye una rémora inaceptable que envenena el análisis de la cuestión ⁽²⁴⁾. El agrupamiento de sujetos de la economía es pues un fenómeno moderno tendiente a

(21) BUDANO ROIG, Antonio en “Lecciones de Derecho Civil” Parte General, pág. 334; ed. Hammurabi, año 2019.

(22) ALEGRIA, Héctor brindó sobre el particular, el 12 de junio de 2023, una profunda reflexión sobre la moderna ley francesa, en el marco de las reuniones de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

(23) Comisión de Reformas a la ley 24.522 creada por la Resol. MJN N.º 89 del año 1987.

(24) Las personas físicas y jurídicas persiguen obtener los beneficios de la sinergia de capitales, la coordinación de organizaciones, los esfuerzos mancomunados de las

la eficiencia de los negocios y no se advierte ilicitud ninguna en su sola conformación.

Sin embargo, el legislador de 1995, exhibiendo una notable avanzada y destacable madurez introdujo la idea de que los agrupamientos económicos podían incluir, a los fines de su concursamiento preventivo unificado, a personas humanas y, en el art. 65 de la LCQ así lo contempló, bien que sujeta la posibilidad a requisitos de fondo y de forma. Esa destacable agudeza del legislador permitió incluso que dicha persona (humana o jurídica) pueda hallarse *in bonis* al tiempo del pedido de concurso preventivo del grupo que integra, pero podrá acceder a él siempre que acredite que la insolvencia del conjunto, o de uno de sus integrantes, puede arrastrarla a la crisis (art.66 de la LCQ).

III.4.c. El concurso preventivo del garante persona física de un ente de existencia ideal

Esta hipótesis ofrece como rasgo de sumo interés la reiteración de la posibilidad (recién analizada) de que la persona humana no se encuentre en estado de cesación de pagos. A despecho de ello la LCQ le concede la posibilidad de concursarse, lo cual supone un beneficio evidente pues permite ponerse a cubierto de la posible debacle del garantizado o avalado si fracasa su concurso preventivo.

También nos interesa destacar que es admisible que el garante persona física, integrante de un agrupamiento económico, pueda ofrecer un Acuerdo Preventivo Extrajudicial a sus acreedores en forma conjunta con su garantizado ⁽²⁵⁾ y, la vez, si este resulta desestimado puede intentar concursarse independientemente, e incluso hacerlo si se produce el desistimiento del avalado ⁽²⁶⁾.

III.4.d. El Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) de la persona humana. Limitaciones

El tema que queremos abordar en este acápite concierne a reafirmar la necesidad de que el deudor, persona humana o jurídica, que aspira a la homologación judicial de un acuerdo extrajudicial con efectos concursales debe tener contabilidad llevada en legal forma.

técnicas modernas de administración, la optimización de los planeamientos fiscales, todo lo cual es claramente lícito y objeto de cuidado, no de persecución prejuiciosa.

(25) LORENZO VILLALBA, Marcela - GALLI, Miguel E. en "Empresa en crisis" RO-VIRA, Alfredo (dir.); pág. 121, Astrea, año 2005.

(26) RIVERA-ROITMAN-VÍTOLO, ob. Cit, T* II, pág. 597.

La opacidad que se visualizaba en los textos originarios de este instituto (es decir en la redacción que en 1995 le dio la ley 24.522 a los arts. 69 y sigtes. relativa a la falta de bases informativas confiables fue en gran medida la razón de su escasa aceptación inicial ⁽²⁷⁾ a lo que se sumaba la sola “oponibilidad mejorada” ⁽²⁸⁾ como escaso atractivo para la hipotética quiebra ulterior. Es que la ausencia de una requisitoria específica relativa a la contabilidad (que había suscitado una fuerte discrepancia en la doctrina ⁽²⁹⁾, a mi juicio saldada a partir de la reforma que estableció, en la ley 26.086, una inequívoca redacción del art. 72, inc. 4° de la LCQ que exige *ab initio* una certificación de contador público que refiera a “...enumerar precisamente los libros de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor...”, agregando en el inc. 5° que de esa base informativa debe surgir “...el monto de capital que representan los acreedores que han firmado el acuerdo, y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de los acreedores *registrados* por el deudor...” (la cursiva me pertenece).

El tema ofrece aún aristas polémicas, hallándose muy fundadas opiniones que abren camino decididamente a que, especialmente las personas humanas puedan acudir al sistema, aún sin contabilidad de ninguna clase ⁽³⁰⁾, permitiéndome de mi lado discrepar con tal parecer, a pesar de las extensas razones desenvueltas por los prestigiosos autores, toda vez que es precisamente en este sistema extrajudicial, de baja intensidad en su control, donde debe extremarse la seriedad de la información brindada para el análisis de los afectados no adherentes y, ciertamente, al juez, llamado a prestar su homologación (con efectos concursales, esto es, imponibles u obligatorios a los disidentes o no adherentes). Decía el recientemente fallecido Prof. Juan Anich que la persona que acude a estos procedimientos debe ser un sujeto que cuente con adecuada información interna que le permita estar seguro de que lo declara como composición de pasivos es real y debe permitir reconstruir adecuadamente la estructura de sus negocios ⁽³¹⁾.

(27) KLEIDERMACHER, Arnoldo en “Derecho Concursal” de PAJARDI, Piero, ob. Cit. T* 3, pág. 80; ed. Abaco, año 2011.

(28) Rouillon, Adolfo A.N en “Regimen de Concursos y Quiebras”, pág. 162; ed. Astrea, año 2004 (13° edición)

(29) GRAZIÁBILE; Darío J. en ob. Cit. Págs. 594 y sigtes.

(30) RIVERA, Julio C. - CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio - GRAZIÁBILE, Darío J y RIBERA, Carlos E. en “Derecho Concursal”; T* II, pág. 671; ed. La Ley, año 2014

(31) ANICH, Juan A. en “Concursos y quiebras” (GEBHARDT, Marcelo, Dir), pág. 163; Astrea 2020.

Para concluir viene en auxilio de la interpretación que, como se ve, se halla en debate, el art. 320 del Cód. Civ. y Com. que erige en “obligatoria” cierta contabilidad, aunque en rigor sea “una carga”, cuya inobservancia ocasiona la pérdida de los beneficios que un sistema llevado en legal forma produce ⁽³²⁾. En tales casos el APE parece ser una de esas franquicias que quedan vedadas a quienes tenían tal carga y no la satisficieron. Quedará en pie, en cambio, la posibilidad de este acuerdo extrajudicial a quienes estén eximidos de la referida carga, conforme lo establece el mismo art 320 que comentamos, esto es los profesionales liberales, quienes realizan actividades agropecuarias y cuando tengan una escasa actividad económica (aspecto cuya ponderación queda librada a cada jurisdicción local).

IV. LA QUIEBRA DE LA PERSONA HUMANA. EFECTOS DE LA FALENCIA

La persona humana, como llevo dicho, carga sobre sí, en hipótesis de su falencia, variados efectos que son consecuencia de la concepción originariamente represiva de la quiebra. De allí se derivan penosas consecuencias que estigmatizan al quebrado en razón de la supuesta necesidad de excluirlo del mundo de los negocios (al menos temporalmente), como manera de dar respuesta al desaguizado que produjo su insolvencia (o como castigo, debiera decirse sin ambages), aunque ese extremo hoy lo desprecia la doctrina ⁽³³⁾, que prefiere —con buen tino— considerar la hipótesis de la cesación de pagos, en principio ciertamente, como una alternativa —o resultado— probable del riesgo asumido en los negocios.

Las modernas tendencias legislativas referentes a la quiebra de la persona humana van en el sentido de lograr una liberación de sus deudas residuales, es decir las que no resulten satisfechas mediante el concurso, concediendo al deudor un nuevo comienzo ⁽³⁴⁾, tal como se echa de ver en la ley alemana que empezó a regir en 1999 y en las directivas de

(32) CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio en “Código Civil y Comercial de la Nación” (RIVERA y MEDINA, directores); T* I, pág. 733; ed. La Ley, año 2014.

(33) GARCÍA, Silvana en “Régimen de inhabilitaciones por quiebra”, pág. 18; ed. La Ley, año 2002.

(34) LORENTE, Javier en “El concurso Preventivo y la Quiebra” de Héctor CÁMARA, actualizado bajo la dirección de Ernesto MARTORELL, T* V, págs.101 a 143; Ed Lexis-Nexis, año 2007, ha descripto de modo magistral los orígenes de este tipo de sanciones, vinculándolos con ingredientes políticos y religiosos de la fuente (el derecho de bancarrotas de EEUU) y su forzada traslación a nuestro medio, la cual genera no pocas polémicas. A ese excelente estudio remitimos al lector.

Parlamento Europeo que en 2019 (en particular a través de la D. 1023/19) estableció la necesidad de regular en los estados miembros (que ya, a esta altura, han avanzado fuertemente sobre la cuestión) pautas legales claras para liberar de los saldos impagos a los deudores, luego de los ineludibles trámites concursales.

Veamos tales efectos personales sobre el deudor, seguidamente, en la legislación argentina.

IV.1. La inhabilitación del fallido persona humana

IV.1.a. El efecto inmediato de la quiebra a tenor del art. 234 de la LCQ

Las perniciosas consecuencias del advenimiento de la quiebra de un sujeto han generado siempre una respuesta de condena social que el ordenamiento jurídico recogió de diversos modos a lo largo de la historia.

Desde la ya superada concepción que asimilaba a la quiebra con el delito, las legislaciones fueron abriendo paso a mecanismos represivos que actuaban en el ámbito comercial y en el penal, separadamente. En el primero se producía un juzgamiento de tipo profesional, cuya proyección sancionatoria se ceñía a ese ámbito. El segundo indagaba —y lo hace en la actualidad— sobre la eventual configuración de los tipos penales en los que el sujeto activo era (y es) la persona humana fallida.

La ley 19.551 mantenía esa dualidad y establecía dos juzgamientos: (i) uno en sede concursal, donde se llevaba a cabo la denominada “calificación de la conducta” del quebrado o, en caso de personas jurídicas, de sus administradores, (ii) y otro en sede penal, con las características aludidas y las que aportaba la naturaleza delictual inherente a ese juzgamiento.

El ordenamiento actual (la LCQ sancionada en 1995) no contempla la calificación de conducta comercial (que había sido derogada tiempo atrás a través de la ley 22.917, en 1983). Pero mantiene la dualidad de consecuencias relativas a impedir a la persona en quiebra el ejercicio del comercio y otras actividades en el mundo de los negocios, producidas ahora automáticamente por la falencia en sede concursal, y las penales.

La crítica de la doctrina nacional apuntó a la señalada dualidad que, se dijo, conducía a la impunidad ⁽³⁵⁾. Y la nueva ley, dictada supuesta-

(35) KLEIDERMACHER, Arnoldo en PAJARDI, Piero y otros, Derecho concursal, t. 1 pág. 147.

mente bajo el impulso de esos requerimientos ⁽³⁶⁾, llamativamente no la abrogó.

Se mantiene, pues, un régimen represivo comercial, cuya mecánica o automática aplicación es criticable. Ciertamente es que, olvidando la naturaleza penal de la inhabilitación falencial ⁽³⁷⁾, puede aminorársela o ampliársela (art. 236, párr. 2º, LCC), pero sin que ello mejore el desmercimiento de las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio, que se visualizan cuando —como en el caso— operan sanciones sin oír previamente al que las sufre.

En síntesis, la ley actual dispone una inhabilitación genérica y automática desde la quiebra, por un lapso breve (un año).

Al propio tiempo, deja librado al juez con competencia en lo penal, la investigación de la existencia de algún delito de quiebra, o vinculado a ella. Si hay proceso penal con esas características, la inhabilitación puede extenderse notablemente (ver art. 236).

El *dies a quo* de la sanción legal lo constituye el día del decreto de la quiebra.

En el caso de la persona humana, la inhabilitación automática rige, en efecto, desde la fecha de la sentencia, sin que sea relevante a ese fin que ella se encuentre recurrida; hipótesis que no es idéntica a la de los representantes, factores administradores de sociedades y personas jurídicas en general ⁽³⁸⁾. En tales casos cabrá hacer la discriminación a la que alude el art. 235.

Ello vuelve a generar dudas acerca del apego de la solución legal a la sensatez. Es que la quiebra no está firme y, no obstante, despliega y aplica sus efectos sancionatorios. A lo que cabe añadir la inquietante hipótesis consistente en que cuando quizá prospere el recurso del art. 94 de la LCQ, y se levante la quiebra la sanción estará cumplida, lo cual es claramente insatisfactorio.

Quizás para evitar —o morigerar— la tacha de inconstitucionalidad que ese automatismo sugiere, el art. 236 de la LCQ organiza un método de posible reducción del plazo, al que seguidamente nos referimos.

(36) Exposición de motivos de la ley 24.522, mensaje de elevación, cap. I, N.º 10.

(37) CS, 4/7/85, "Fer Metal S.A.," ED, 115-730, n.º 1256; GARCÍA CUERVA, ponencia en las "Jornadas Nacionales de Derecho Concursal," Buenos Aires, agosto de 1979.

(38) FERNÁNDEZ MOORES, Las inhabilitaciones en la Ley 24.522, JA, 1996-III-902.

IV.1.b. Extensión de la inhabilitación. Posible reducción del plazo legal

La persona humana fallida obtiene su rehabilitación tan automáticamente como fue inhabilitado ⁽³⁹⁾: el art. 236 de la LCQ así lo establece, dando por concluido el plazo —y la inhabilitación consecuente— de pleno derecho ⁽⁴⁰⁾. Desaparecen así, al año, los efectos devenidos del estado de quiebra que disminuían la capacidad de hecho del quebrado.

Pero acaso por razón de aquélla ilegitimidad que se adjudicaba al origen de este modo automático de sancionar a una persona, sin oírla y sin la más mínima indagación más que la declaración de quiebra, la ley prevé que es posible que la persona solicite la reducción del mencionado plazo de un año, invocando y probando sumariamente que no está incurso en ninguno de los delitos de los arts. 176 a 178 del Código Penal, reservados para tipificar la conducta de “los quebrados y otros deudores punibles”. Como se advierte, solo son —o debieran ser— objeto de ponderación a estos efectos los delitos vinculados a la quiebra de manera directa y, por cierto, ningún otro, ni siquiera los vinculados a la ley penal tributaria que se enfocan en otro bien jurídicamente tutelado.

IV.1.c. Trámite para el cese anticipado de la inhabilitación o para la rehabilitación

Tanto para la reducción como para la rehabilitación se requiere un breve procedimiento, a cuyo respecto no se ha previsto una oportunidad específica en la que se pueda o deba iniciarse la articulación; en consecuencia, la solicitud puede hacerse en cualquier momento luego de dictado el auto de quiebra.

Sin embargo, en cualquier caso, el juez deberá aguardar, como mínimo, a que el síndico presente el informe general (art. 39, LCQ).

Sólo evaluando dicho informe podrá considerar, siquiera superficialmente, si el encartado se encuentra incurso en los aludidos arts. 176 a 178 del Cód. Penal. De todos modos, en este trámite incidental que inicie el deudor se debe oír al síndico y, ciertamente, el juez deberá requerir constancia fehaciente de la inexistencia de algún proceso penal (con base en la tipología señalada en el acápite anterior) contra el fallido, y su estado.

(39) El caso de la persona jurídica ofrece matices referentes al “*dies a-quo*” del plazo de inhabilitación dado que, en la práctica, casi indefectiblemente, es preciso realizar algún tipo de indagación fáctica para saber a qué miembros del respectivo órgano de administración cabe inhabilitar.

(40) CS, del 2/02/2010, citado por OJEA QUINTANA, Juan M. y MALDONADO, F. en “Concursos y quiebras”, pág. 276, GEBHARDT, Marcelo (dir) - ANICH, Juan A. (coord.); Astrea 2020.

Con ese dato y la mera comprobación del transcurso del plazo deberá ordenar la cesación de las inscripciones referidas a la inhabilitación; esto por cuanto, en rigor, ella operó de pleno derecho al año de la quiebra.

IV.1.d. Restablecimiento o prórroga

La inhabilitación puede retomar su operatividad si se hubiera cumplido el plazo respectivo; o puede prorrogarse, si el fallido es sujeto pasivo de un proceso penal por quiebra culpable o fraudulenta. A estos fines se ha interpretado que esta prórroga del plazo de inhabilitación se produce si el sujeto es convocado en sede penal a prestar declaración indagatoria ⁽⁴¹⁾.

La sanción cesa con el sobreseimiento, una vez que éste quede firme. Desde luego que cesa también si hay sentencia firme de absolución. Y concluye, por fin, cuando —en su caso— se cumple la eventual condena accesoria de inhabilitación impuesta por el juez penal.

IV.1.e. Alcances de la inhabilitación

El art. 238 de la LCQ establece lo siguiente:

Además de los efectos previstos en esta ley o leyes especiales, el inhabilitado no puede ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones. Tampoco podrá integrar sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales de ellas.

La norma transcripta explica con claridad hasta dónde llegan las incapacidades que el hecho de la quiebra le impone al fallido y, en su caso a los inhabilitados no fallidos, tales como los administradores de las personas jurídicas (art.235, LCQ).

La letra de la ley tiene —en su expresión formal— un alcance inusitado y seguramente impensado; así, el inhabilitado no podrá integrar sociedades. Semejante consecuencia no tiene razón de ser en un inhabilitado no fallido que, por ejemplo, debiera —bajo el referido tenor literal de la ley— ceder a un tercero las acciones de una sociedad anónima que “integre”. Cabe, pues, interpretar la norma con apego a su finalidad, que es evitar que el inhabilitado tenga, como socio, “facultades generales” en la sociedad. Esa referencia final del texto parece ser el *leiv motiv* de los alcances de la inhabilitación.

(41) MARTORELL, Ernesto - PINTO, Hugo “En qué consiste el sometimiento a proceso penal que permite mantener la inhabilitación del fallido”, LL, 1997-E-1347; MORO, Carlos, Ley de concursos, t. III, p. 2160.

El fallido sufre no sólo el desapoderamiento (que opera en la esfera patrimonial), sino también la inhabilitación de esta norma, cuyo ámbito es profesional.

El inhabilitado no fallido tiene que soportar tan sólo las comentadas incapacidades de índole profesional, civil y comercial.

IV.2. La liberación de los saldos

La rehabilitación es una declaración judicial que devuelve al fallido el ejercicio de las facultades y derechos para los que fue inhabilitado como consecuencia de la quiebra. Sus efectos se retrotraen a la fecha en que se cumplió el año de la inhabilitación (que opera *ministerio legis*, según se dijo, con apoyo en la doctrina de la Corte Federal (ver cita al pie n° 40).

Así pues, cesan los efectos de los arts. 104 y 107 de la LCQ y en consecuencia los bienes que ingresen al patrimonio del ex fallido estarán exentos de la acción de los acreedores verificados en la quiebra, y solo responderán: 1) por las deudas posteriores a la declaración de la quiebra y 2) por las obligaciones contraídas luego de la rehabilitación ⁽⁴²⁾.

La cuestión que así expuesta parece sumamente clara ofrece, en la legislación positiva dudas que exceden el objetivo de este trabajo pero que justifican remitir al lector a un profundo estudio que ha realizado en su tesis doctoral una brillante profesora rosarina. ⁽⁴³⁾

IV.3. Las limitaciones a la libertad ambulatoria

Por un plazo muy breve, y como efecto de la declaración de quiebra, la ley prohíbe que el fallido abandone el país.

El fundamento de esta prohibición legal tiene sentido, en cuanto es necesario que el fallido esté presente en la etapa estrictamente investigativa, para presentar al síndico y al tribunal toda la colaboración e información que ellos requieran ⁽⁴⁴⁾.

Ese lapso finaliza cuando el síndico presenta su informe general y, salvo los casos excepcionales que la propia ley menciona, no puede extenderse temporalmente.

(42) OJEA QUINTA, Juan M y MALDONADO, F. en ob. cit., pág. 275.

(43) GARCIA, Silvana M. en "Extinción de las Obligaciones en la quiebra", págs. 169 y sigtes. Ed. Astrea, 2018.

(44) RIVERA- ROITMAN - VÍTOLO, Ley de concursos y quiebras, t. II, p.408.

La solicitud de la autorización para que el deudor o sus administradores salgan temporariamente del país, en el referido lapso precedente al informe general del síndico, debe ser fundada y justificada en la necesidad del viaje.

En supuestos francamente extremos (imaginamos, por caso, la renuencia comprobada de dar información al órgano concursal para reconstruir el activo o la violación a la prohibición ambulatoria circunstancial mencionada, que haya aparejado concretos retrasos al proceso), el magistrado, por resolución fundada, puede establecer esa extensión, limitada, de la interdicción de salida del país.

Insistimos en realzar el carácter excepcional de esta facultad, infrecuente y extraordinaria, en orden a que comporta una clara restricción a un derecho amparado por la Constitución Nacional, cuya aplicación, por ende, debe ser a través de una interpretación restrictiva y por ende escrupulosa.

En la medida que esta potestad judicial se ejercite de modo atento y moderado no habrá afrenta al derecho constitucional, sino una razonable reglamentación hecha por la ley y aplicada por el órgano judicial pertinente, que, consecuentemente, no merece tacha alguna, salvo la eventual arbitrariedad.

Nos resta agregar que todo mecanismo legal represivo o que implique mengua de derechos constitucionales (como el de ingresar o egresar libremente del territorio nacional) no admite una interpretación extensiva. Por el contrario, el texto y la restricción dispuesta deben ser interpretado también con estrictez, de modo de no generar una sanción que la ley no prevé. La estricta sustancia constitucional del límite impuesto a la libertad de viajar impide añadir, en la interpretación de la ley, recaudos no impuestos por aquélla.

La aplicación de estos principios lleva a postular que la interpretación de los supuestos que deben ser respaldo de la autorización que se solicite, vigente la interdicción, debe ser generosa. Bastará que el requirente acredite que no es necesaria su presencia (v.gr., por cuanto nadie le pidió explicaciones), o que tenga una urgente y probada razón para su ausencia momentánea, para que proceda la autorización.

El texto vigente, como se señaló, limita el lapso de la interdicción de salida del país hasta la presentación del informe general, estableciendo así una restricción adecuada, pues la finalidad de esta prohibición es asegurar la colaboración del fallido en el proceso.

De tal modo, aun cuando la prohibición revista naturaleza cautelar, no por ello debe condicionarse su levantamiento a la presentación de contra cautela, pues ello implicaría una clara violación del art. 19 de la Constitución Nacional.

IV.4. La interceptación de la correspondencia

IV.4.a. Garantía constitucional de inviolabilidad de la correspondencia

La Constitución Nacional consagra en el art. 18 la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia ⁽⁴⁵⁾.

No es un principio absoluto, pues la misma Constitución dispone que “una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

Las sucesivas leyes sobre concursos y quiebras han estimado que éste es uno de los casos justificados en que no cabía sostener el secreto de la correspondencia y así también lo establece la LCQ.

Entendemos que ese allanamiento y ocupación de la correspondencia, en los límites de la norma que comentamos, no es inconstitucional ⁽⁴⁶⁾, y se puede señalar cierta elastización de esta garantía en reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ⁽⁴⁷⁾.

IV.4.b. Los términos legales: correspondencia y comunicaciones

La referencia legal (art. 114 de la LCQ) comprende el material escrito que se envía por correos, o sea: a) las cartas y tarjetas postales; b) los periódicos y hojas impresas, y c) los libros y objetos diversos ⁽⁴⁸⁾.

Aunque falte un enunciado expreso, también la correspondencia telegráfica está comprendida en esta disposición.

El término “comunicaciones” comprende todos los otros medios de comunicación que sean factibles de ser interceptados tal como son los modernos sistemas (correos electrónicos y sistemas de redes sociales).

(45) DECOUD, La garantía constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia, LL, 33-917.

(46) DECOUD, La garantía constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia, LL, 33-924, N.º 14; ARGERI, La quiebra, t. II. P.181; TORNÉ, La correspondencia epistolar y telegráfica, LL 148-1036.

(47) CS, 9/5/06, LL, diario del ,12/6/06, pág. 7.

(48) HEREDIA, “Tratado exegético de derecho concursal”, t. 3, p. 116.

A ese efecto, empero, deberían cumplirse —para la lectura de dichos correos— los ritos explicados en el párrafo siguiente, del citado art. 114, es decir la insoslayable presencia del deudor fallido y el juez para la apertura o la lectura de ese material.

La norma sólo se refiere a la correspondencia y a las comunicaciones dirigidas al fallido que no impide extenderla, en lo posible y necesario, a la que éste envía o recibe relativa a su negocio, mas no a sus intercambios de índole estrictamente personal.

La correspondencia debe ser entregada al síndico y éste debe proceder a su apertura en presencia del fallido o del juez, en su defecto. Corresponde fijar los días en que tendrá lugar dicha apertura, de lo que el fallido se enterará en el expediente a través de la correspondiente notificación, y proceder a ella en audiencia ante el tribunal, labrándose acta. El síndico es quien dictamina si la correspondencia es estrictamente personal, pero si el fallido disiente, resolverá el juez en esa misma audiencia.

Esto supone que al fallido no puede impedírsele leer toda la correspondencia y comunicaciones que reciba. De lo que se trata es de permitir que el síndico conozca su contenido cuando se vincula a la actividad económica de la persona en quiebra.

IV.5. El empleo o ejercicio de oficio de la persona humana en estado de quiebra

La persona humana a la que se le ha declarado la quiebra sufre la prohibición de ejercer el comercio según surge del art 238 de la LCQ, al cual remitimos.

Dicha norma extiende notablemente, aunque solamente por el período de inhabilitación de un año, las incapacidades fácticas y de tipo profesional que sufre el deudor fallido.

Su aptitud de generación de nuevos ingresos queda circunscripta a la posibilidad de que desempeñe tareas meramente artesanales, profesionales, o como empleado en relación de dependencia.

Las labores profesionales deben ser admitidas como de libre ejercicio, siempre que no exista una prohibición específica que, bueno es destacarlo, está ausente de nuestro ordenamiento concursal, en el cual —antes bien— la permisión está expresamente consagrada.

Ofrece, creo, interés la situación del abogado que se encuentra en quiebra. La solución que adopta la actual normativa que regula —en

el ámbito nacional— la profesión de los abogados, esto es, la ley 23.187 (art. 44, inc. B), concibe la consecuencia legal como una sanción sólo operante cuando hay calificación de culpabilidad o fraude y que se aplica por el tribunal de disciplina y no como imperio legal (art. 47).

Tal solución debe adecuarse ahora a la inexistencia actual, en la ley positiva, de tal calificación de conducta, de resultas de lo cual a dicho tribunal corporativo de disciplina del Colegio de la Abogacía le queda reservado aplicar excepcionalmente la inhabilitación en los casos del art. 236 de la LCQ.

Con relación a los ingresos de la persona fallida, si ella trabaja en relación de dependencia, las remuneraciones le pertenecen en la porción inembargable (art. 116, LCT, reglamentada en el tema por el decreto-ley 484/87). Lo demás es objeto de desapoderamiento.

Si ejerce tareas artesanales o profesionales, no es posible el ingreso a la masa de todas las entradas del fallido, que de su trabajo tiene que vivir, por lo que sólo es razonable el embargo de un porcentaje.

La ley autoriza expresamente en el supuesto de contracción de deudas posteriores, la procedencia de un nuevo concurso. Se trata de la concreción de un principio que ha sido plásticamente descripto por Pajardi como “la insensibilidad del patrimonio a la nueva actividad jurídica del fallido”. El autor mencionado enseña que la conclusión que emerge de esta norma comporta la adquisición *de iure*, por parte del concurso precedente, de toda nueva entidad patrimonial activa, y la indiferencia de la masa pasiva referida a nuevos acreedores, los que, en consecuencia, no podrán convertirse nunca en concursales (con excepción, obviamente, de los acreedores del concurso que dependen de una actividad de los órganos de la quiebra y no del fallido) ⁽⁴⁹⁾.

Decretado el nuevo concurso, sigue perteneciendo a la primera quiebra la porción embargable de los ingresos que obtiene el fallido por el desempeño de las tareas permitidas y, por tanto, siendo el resto inembargable, el nuevo concurso no tendrá activo hasta que no se hayan pagado íntegramente los créditos y gastos del primer concurso, o se obtenga la rehabilitación.

(49) Pajardi, Piero, en ob. cit. T* 2, págs.109/110.

REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA SOCIAL, DERECHO Y MORAL

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)(**)

I. INTRODUCCIÓN

En coincidencia con Juan Pablo II puede decirse que el mal de nuestros tiempos es una especie de degradación humana alimentada y frecuentemente impulsada por ideologías y sistemas políticos o económicos que tienden a perforar el valor sagrado del hombre y su dignidad.

Las filosofías racionalistas y otras opuestas a la filosofía cristiana, particularmente las tendencias enroladas en el materialismo histórico, se creen capaces de dominar a la naturaleza y al hombre y consideran

(*) Académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) Con este trabajo, participamos del merecido homenaje que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, le tributa al Dr. Guillermo A. Borda, una de las máximas figuras del Derecho Civil argentino, que supo ilustrar con su pensamiento y sus sabias enseñanzas esta trascendente disciplina jurídica.

Varias son las razones que abrigamos al evocar su persona en la faz profesional y académica, comenzando por recordar que el primer libro que leímos de Derecho civil fue la segunda edición de su Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, publicado en 1955 por la editorial Abeledo-Perrot. Con el paso del tiempo, hemos advertido la gran influencia que esa obra proyectó en nuestro pensamiento jurídico, tan alejado como el suyo del positivismo que dominaba el panorama filosófico de nuestra Facultad de Derecho de la UBA, como cercano al iusnaturalismo realista de Tomás de AQUINO que terminamos profesando al completar nuestros estudios universitarios, así como en la carrera profesional y académica.

Con el correr del tiempo, tuvimos el privilegio de compartir con el ilustre homenajeado la Comisión de doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA y, años más tarde, la querida Academia que hoy nos toca presidir, en las que sus intervenciones, propias de un jurista eximio, se destacaban por su natural sencillez y proverbial señorío.

que lo esencial no es la felicidad espiritual sino la prosperidad material. Conciben la felicidad como un bien exclusivamente terrenal y cultivan una moral profana desprovista de trascendencia. Desde luego que lo contrario no implica predicar las bondades de la pobreza como política socio-económica, en cuanto todos los seres humanos precisan contar con los recursos necesarios para gozar de una vida digna acorde, con las posibilidades de cada comunidad, que les permita disfrutar de bienes y servicios esenciales como agua, vivienda, salud, electricidad, gas y transporte.

A pesar de los grandes descubrimientos que exhibe el mundo con sus cambiantes y avanzadas tecnologías, los servicios esenciales siguen siendo los mismos que los necesarios hace una centuria, en un escenario ciertamente paradójal, pues aun cuando los sectores carenciados no disponen de alguno de tales servicios la mayoría tiene acceso a: la televisión, internet, celulares etc.

Para enfrentar esos problemas es posible escoger distintas políticas que, a grandes rasgos, se pueden resumir en tres modelos básicos: a) el socialismo (tanto el humanista como el marxista); b) el capitalismo liberal y c) el social cristiano. Por supuesto que, en dichos sistemas que estructuran los caminos hay matices y diferencias de grado pero existe bastante consenso en que la economía social de mercado no solo es el modelo más eficiente sino que humaniza el capitalismo atribuyéndole un sentido social que antes carecía.

Esto colocó a los socialistas, particularmente a los ideólogos y dirigentes al comunismo, en una situación por demás incomoda pues el nivel de vida de los trabajadores y los beneficios sociales que alcanzaron en el desarrollo de un capitalismo inclinado a satisfacer las demandas sociales insatisfechas. El clima de libertad reinante en esas comunidades democráticas de Occidente alcanzó un nivel muy superior a la condición que tenían los trabajadores en los países comunistas.

A fines del siglo XIX y primeras décadas del XX la llamada cuestión social cobró una gran trascendencia en el plano político y sociológico, y hasta económico, siendo objeto preferente de las encíclicas papales que fueron conformando la llamada doctrina social de la Iglesia, a partir de la *Rerum Novarum* de León XIII y más tarde, de la *Quadragesimo anno* de Pio XI.

Para esa época la Iglesia Católica abordó la problemática concerniente a la cuestión social sobre la base de que ella estaba vinculada a su ministerio doctrinal y pastoral, con fundamento en que la propia tradi-

ción conciliar se había ocupado de los principios que debían regir la economía política y social, cuyos primeros pronunciamientos condenaron severamente la usura.

Mientras un sector del liberalismo extremo y ateo predicaba que “con la Biblia no se construyen ferrocarriles” se alzaba la voz del obispo alemán Ketteler, quien en 1864 sostuvo que la cuestión social afectaba el *depositum fidei* y que el individualismo liberal de la teoría económica implicaba un apartamiento de la ley moral y que sus efectos venían a contradecir una necesidad interna del hombre, su dignidad y “la distribución de los bienes querida por Dios, pero sobre todo, el amor al prójimo”⁽¹⁾.

En ese escenario, con el objeto de señalar la orientación cristiana que debía guiar la conducta de las personas y empresas en la vida de la sociedad y aún del Estado, surgió el concepto de justicia social, sin circunscribirla a la justicia del Estado, error en el que había caído antes el Cardenal Cayetano, cuando identificó la justicia distributiva con la justicia del Estado⁽²⁾.

Las materias objeto de la justicia social representan los valores más exigentes para la dignidad del hombre referidos a la función social de la propiedad, a las relaciones entre capital y trabajo y a los derechos humanos básicos, entre los cuales se perfila modernamente el derecho a la protección del medio ambiente, objeto de la reciente Carta Encíclica —*Laudato sí*— del Papa Francisco.

Entre estas reflexiones no pretendemos, realizar el abordaje concreto o detallado de todos los temas que integran la doctrina social de la Iglesia, bien conocida por todos, muchas veces mal interpretada a raíz de la perforación de ideologías procedentes del populismo de signo colectivista.

(1) Las referencias hechas en el texto figuran en la obra de Johannes MESSNER, *La cuestión social*, 2ª edición, trad. del alemán, ed. Rialp, Madrid, 1976, p. 325.

(2) Véase: FINNIS, John, *Ley natural y derechos fundamentales*, trad. del inglés, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 213 y ss. En dicho error incurrieron, lamentablemente, algunos filósofos y juristas que abordaron el tema a posteriori, aunque hubo otros que sostuvieron la correcta interpretación de la teoría tomista de la justicia. Sobre el tema pudimos remitirnos a nuestro libro “*Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*”, ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 30. Vid también ROSSI Abelardo, *Aproximación a la justicia y a la equidad*, Ediciones de la Universidad Católica, Buenos Aires, 2000, p. 22.

Desde la moderna perspectiva de la justicia social, la teoría de la justicia de Rawls representó un intento de elaborar una teoría integral sobre la justicia social habida cuenta de la necesidad de proponer soluciones justas para los grandes problemas políticos, morales, jurídicos y económicos. Rawls abandona la ética sustancial y objetivista propia del iusnaturalismo (los principios basados en la naturaleza o en la razón natural o razonabilidad práctica) inclinándose hacia una ética procedimental (de principios contruidos y justificados por medio de un procedimiento especial de selección en el marco del contrato social).

La idea principal de su teoría de la justicia, basadas en Locke, Rousseau y especialmente en Kant viene a reinstalar la distinción entre estado de naturaleza y contrato social, suponiendo que los ciudadanos harán una selección imparcial de los principios que deben regular la sociedad. A su vez, el estado de naturaleza, rebautizado pro Rawls como *posición originaria*, se caracteriza por el velo de ignorancia que deben tener los individuos que deciden sobre los principios, ya que de lo contrario no habría una elección imparcial. Para que esto último ocurra quienes contraen el pacto social deben concordar en dos principios. En primer término, con el principio de igualdad libertad que predica que “toda persona tiene un derecho igual al más amplio sistema igual de libertades fundamentales compatibles con su sistema igual de libertad para todos” y, en segundo lugar, los principios de igualdad de oportunidades y su derivado, el principio de la diferencia, los cuales justifican la intervención y redistribución de la riqueza por parte del Estado. Estos principios se fundan en el paradigma según el cual “las desigualdades económicas y sociales deben servir al mayor beneficio del menos aventajado” (3).

La teoría de la justicia de Rawls, tolerada parcialmente por Finnis (4), recibió numerosas críticas provenientes tanto de sectores republicanos como progresistas y filósofos del derecho (5) habiendo sido objeto de una posterior rectificación de su autor que, entre otras cosas, introdujo la idea del *consenso superpuesto* sobre la base de un “acuerdo entre personas razonables que solo aceptan doctrinas abarcativas razonables” (6)

(3) RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, traducción del inglés, Fondo del Cultura Económica de México, Buenos Aires, 1993, p. 28 y ss.

(4) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., ps. 106, 134-136, 139, 158-160 y 186-187, entre otras.

(5) Vid GARCARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, ed. Paidós, Buenos Aires, 1999, p. 45 y ss.

(6) *Ibidem*, p. 197.

con lo que se aproxima a la concepción de Finnis acerca de las exigencias de la razonabilidad práctica ⁽⁷⁾.

Ahora bien, como la concepción de la justicia social está insertada en la teoría clásica de la justicia (de raíz aristotélica-tomista) resulta imprescindible en el presente ensayo, su consideración a la luz de los principios y criterios que informan las diferentes especies de justicia.

II. LA TEORÍA CLÁSICA DE LA JUSTICIA

La categoría de la justicia social, introducida por las Encíclicas en la política, en la economía y en la sociología modernas requiere, exige acudir a la teoría clásica de la justicia a fin de precisar su contenido y alcance. Por lo demás, las ideas sobre lo justo natural y lo justo positivo demandan una referencia, aunque sea elemental, acerca de estos conceptos por cuanto sería una contradicción admitir una justicia social opuesta a la ley natural o a los principios generales del derecho que están por encima del derecho positivo como mandatos jurídicos que traducen el derecho natural.

La teoría de la justicia constituye una condición esencial para la comprensión y construcción sistémica de la dogmática jurídica, particularmente desde la visión de la nueva escuela de derecho natural (NEDN) a la que adherimos.

De acuerdo con el pensamiento que desarrolla Finnis al seguir y actualizar con un sentido moderno (sin variar lo esencial) las concepciones de Aristóteles y Tomás de Aquino, la justicia se configura como “un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica que existen porque la persona humana debe buscar realizar y respetar los bienes humanos no simplemente en sí misma y en su propio beneficio sino también en común, en comunidad” ⁽⁸⁾.

Ahora bien, la justicia constituye un complejo integrado por tres elementos que pueden sintetizarse así: a) se trata de una relación intersubjetiva o inter-personal, es decir que revela una orientación hacia otra persona ⁽⁹⁾; b) contiene un deber o el mandato de cumplir lo debido (*debitum*) o sea lo que es propio, suyo de cada persona o, al menos, lo

(7) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 131 y ss.

(8) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 191.

(9) GAGLIARDO, Mariano, “Santo Tomás y la justicia”, ED, diario del 9 de agosto de 2012, p. 3.

que se le adeuda en justicia y, c) implica una relación de igualdad en un sentido analógico: igualdad proporcional en relación a la cosa (aritmética) o igualdad en proporción al mérito o necesidad de una persona (geométrica) ⁽¹⁰⁾.

En la construcción de Tomás de Aquino se reconocen dos grandes especies de justicia que, en sus grandes rasgos, se inspiran en la concepción aristotélica (justicia legal y correctiva). En un sentido abarcativo (de ahí su denominación) la justicia general comprende la ordenación de todas las relaciones humanas al bien común (que no se debe confundir con el patrimonio o acervo común de una determinada comunidad pública o privada). El bien común es el bien de todos y el de cada uno y por ese motivo todas las especies de justicia (aún la particular) deben orientarse a la realización del bien común.

La otra dimensión de la justicia es la particular que admite la subdivisión en justicia distributiva y conmutativa. La primera comprende las relaciones que vinculan a una comunidad (pública o privada) con los individuos e incluye tanto los deberes de los miembros hacia la comunidad (v.gr. las cargas públicas o la obligación de abonar una cuota social en una asociación privada) pues el concepto de comunidad no se circunscribe al Estado ⁽¹¹⁾. En estos casos, la relación de igualdad es proporcional al mérito, necesidad u otros criterios distributivos ⁽¹²⁾.

La segunda especie de justicia es la conmutativa que se refiere a los cambios (no sólo a los intercambios) que se producen en las relaciones entre dos personas (incluso entre personas públicas y privadas) y en ellas la igualdad se realiza siempre en proporción a la cosa y no a la persona (proporción aritmética) ⁽¹³⁾.

(10) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., ps. 191/194.

(11) Véase: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Univ. Austral, ed. Ábaco, Buenos Aires, 1999, ps. 195/196; y HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 2° ed., Temis, Bogotá, 2006, ps. 38/49.

(12) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., ps. 195/206, especialmente p. 202 y ss.

(13) *Ibíd.*, p. 216 y ss., da como ejemplo de justicia distributiva la institución de la quiebra que pertenece al derecho privado (op. cit. ps. 216/221). Mientras la justicia distributiva busca compensar a todos los que sufren daños relevantes el modelo de justicia conmutativa busca compensar a quienes fueron lesionados por el acto de quien no cumplió con sus deberes de cuidado y respeto por la persona dañada (op. cit., p. 209).

Por tales razones, no es posible identificar la justicia legal ni la distributiva con el Estado ⁽¹⁴⁾ ni, por derivación, la justicia distributiva con el derecho público ⁽¹⁵⁾, confusión que proviene de la clasificación que formuló el Cardenal Cayetano al sostener que la justicia distributiva es la justicia del Estado ⁽¹⁶⁾. Ese error en que han caído algunos autores, que identifican el derecho público con la justicia distributiva, obedece a suponer que cuando Tomás de Aquino se refiere al todo o a la comunidad se está refiriendo al Estado ⁽¹⁷⁾, cuando la realidad indica que la justicia distributiva —como relación entre el todo y las partes— puede darse en comunidades no necesariamente estatales (v.gr. asociaciones mutuales, familia, sociedades intermedias, comunidad internacional, etc.) ⁽¹⁸⁾.

Esa realidad demuestra, por otra parte, que las relaciones de justicia particular (distributiva y conmutativa) se presentan y desarrollan en planos distintos al correspondiente al derecho privado y al derecho público y que, en ambas ramas, pueden darse relaciones de justicia distributiva y de justicia conmutativa. Por lo demás, como señaló Tomás de Aquino, la restitución o compensación debida para restablecer la igualdad debe efectuarse con arreglo a los criterios de proporción de la justicia conmutativa (v.gr. expropiación por razones de interés público, responsabilidad por actividad legítima, etc.).

III. LEY NATURAL Y LEY POSITIVA: EL FUNDAMENTO DE LA LEY NATURAL

En la actualidad, ya fuera porque resulta evidente para un sector del iusnaturalismo distinguir la ley natural de la ley positiva o bien porque se considere —conforme al positivismo legalista de matriz kelseniana— que la

(14) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 213 y ss.

(15) BARRA, Rodolfo Carlos, *Tratado de derecho administrativo*, T°1, Abaco, Buenos Aires, 2002, p. 213 y ss.

(16) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 213 y ss. afirma que “según la opinión de Tomás de AQUINO cualquiera que esté a cargo del ‘acervo común’ tendrá deberes de justicia distributiva; de aquí que cualquier propietario puede tener tales deberes...” puntualizando además que también el Estado y sus funcionarios tienen deberes de justicia conmutativa (op. cit., p. 214).

(17) Rossi, Abelardo E., *Aproximación a la justicia y a la equidad*, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 22.

(18) *Ibíd.*, p. 22. En la justicia distributiva, dice Rossi, la medida del derecho de la parte no depende de un valor fijo compensatorio proporcional al valor de la cosa o de otro valor fijo “sino de la proporción entre personas (partes) en el todo y el quantum de los bienes comunes distribuibles” (op. cit. en nota anterior, p. 38).

ley natural es de inspiración metafísica que, por fundarse en la naturaleza, es algo extraño al derecho que debe ser depurado de elementos ajenos a la norma legal positiva, lo cierto es que los filósofos del derecho, con excepción de la NEDN y sus seguidores ⁽¹⁹⁾, no han prestado debida atención al examen de este punto. Sin la pretensión de profundizar en el tema (lo cual excedería el propósito que perseguimos) haremos una serie de reflexiones básicas con la idea de captar su problemática central en sus grandes rasgos.

Mientras hay bastante acuerdo entre los filósofos del derecho en cuanto a que la ley positiva es la que resulta promulgada por el legislador, en sentido formal y material, y por el ejecutivo, cuando éste ejerce una función materialmente legislativa (ej. los reglamentos); para los iusnaturalistas, en la vereda opuesta al positivismo, toda ley positiva debe ser conforme a la ley natural ⁽²⁰⁾.

La diversidad de concepciones formuladas sobre el derecho natural ha sido campo propicio para las críticas que recibió del positivismo, principalmente el propugnado por Kelsen quien, por rechazar la visión del derecho natural de la escolástica, generalizó una serie de errores que se gestaron “a posteriori” en las tendencias del iusnaturalismo. La mayoría de esos errores y críticas han sido refutados por la NEDN, particularmente en la obra de Finnis ⁽²¹⁾, con una profundidad filosófica y lógica remarcable.

El error básico de Kelsen sobre el derecho natural estriba en sostener que la norma fundante del derecho natural presupone una norma que diga “deben obedecerse las leyes de la naturaleza” ⁽²²⁾, lo que traduce un juicio equivocado.

Han sido muchos los partidarios del derecho natural que antes y después de Kelsen incurrieron en ese error (repárese nada más en Villey) y carece de sentido criticarlos y traerlos a colación porque en vez de refutar al gran filósofo austríaco convalidaron su equívoco.

Los estudios hechos en el marco de la NEDN han revalorizado el pensamiento de Tomás de Aquino sobre el punto, además de actualizarlo y explicarlo en clave entendible por la modernidad.

(19) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 68 y ss.

(20) Véase: GOLDSCHMIDT, Werner, *Instrucción filosófica al derecho*, 4ª ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, con citas de Tomás AQUINO y de SUÁREZ.

(21) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 66 y ss.

(22) KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. del alemán, Porrúa, México, 2011, p. 231.

El Aquinate jamás sostuvo que el derecho o ley natural se fundaba en la naturaleza, ni siquiera en la naturaleza humana en sí misma, sino en el orden impuesto por la razón natural que, en definitiva, se funda en el principio de razonabilidad, habida cuenta que todo hombre posee “la inclinación natural a actuar según razón” y que esto implica obrar en forma virtuosa ⁽²³⁾.

En ese sentido, la interpretación que hace Finnis sobre los textos de Tomás de Aquino demuestra lo afirmado precedentemente al señalar que:

[E]l criterio de conformidad o contrariedad respecto de la naturaleza es la razonabilidad ⁽²⁴⁾: Y así todo lo que es contrario al orden de la razón es contrario a la naturaleza de los seres humanos en cuanto tal; y lo que es razonable está conforme con la naturaleza humana en cuanto tal. El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano consiste en estar fuera del orden de la razonabilidad [...] De modo que la virtud humana, que hace buena a la persona humana y a sus obras, está conforme con la naturaleza humana sólo en cuanto [*tantum... in quantum*] está conforme con la razón; y el vicio es contrario a la naturaleza humana solo en cuanto es contrario al orden de la razonabilidad ⁽²⁵⁾.

En otras palabras dice Finnis, para Tomás de Aquino la manera de descubrir que es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable. Y esta investigación nos conducirá, al final, hasta los primeros principios inderivados de razonabilidad práctica, principios que no hacen ninguna referencia a la naturaleza humana, sino solo al bien humano. Del principio al fin de sus exposiciones sobre ética, las categorías primarias para Tomás de Aquino son lo “bueno” y lo “razonable”, lo “natural” es, desde el punto de vista de su ética, un apéndice especulativo añadido a modo de reflexión metafísica, no un instrumento con el cual moverse hacia o desde los *prima principia per se nota* prácticos ⁽²⁶⁾.

Una interpretación similar sobre el pensamiento tomista en este punto hizo con anterioridad Goldschmidt, aunque su desarrollo no

(23) S.T. I-II, q. 94, a.3, en Tomás de AQUINO, *Tratado de ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, Porrúa, México, 1975, p. 28.

(24) FINNIS, John, *Ley natural...*, p. 69; MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, ps. 34/37, analiza en profundidad los principales errores de Kelsen sobre lo que Tomás de Aquino entendía por ley natural.

(25) *Ibidem*, p. 69.

(26) *Ibidem*, p. 69.

puede compararse al rigor argumentativo de Finnis, señaló que la *lex naturalis* es aquella parte de la ley externa que resulta conocible a los hombres mediante la razón y que “su principio supremo estatuye: hacer lo bueno y no hacer lo malo” (27).

Esta coincidencia de Goldschmidt con la interpretación de Finnis (28) sobre la obra de Tomás de Aquino resulta notable no solo por haberla efectuado con bastante anterioridad (la primera edición data de 1960) sino por extenderse a la concepción sobre la ley humana o positiva, la cual, según el maestro austríaco y profesor argentino tras la segunda guerra mundial, se desprende de la ley natural:

[D]e dos maneras: por conclusión y por determinación. Las conclusiones deducidas de la *lex naturalis* son uniformes[...] [L]as determinaciones, al contrario, conceden un espacio de libertad dentro del cual caben lícitamente diferentes regulaciones (29).

Debe quedar claro, entonces, que en el pensamiento de la NEDN la ley positiva deriva siempre del primer principio (30) del derecho natural que manda hacer el bien y evitar el mal (31), principio que preside un sistema complejo que poco tiene que ver con la norma básica que Kelsen ubicó en la cúspide de su pirámide jurídica. Esta norma de clausura del sistema kelseniano carece por cierto de positividad, ya que su naturaleza es más bien sociológica, como lo reconoce el propio Kelsen al definirla como *el hecho fundante de la producción del derecho*, admitiendo que se trata de una norma presupuesta que puede ser designada *como constitución en sentido lógico jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico positivo* (32).

Como puede advertirse, en el sistema kelseniano la norma básica no es impuesta sino presupuesta y, por tanto, no tiene nada de positiva, aunque lo peor sea que, a consecuencia de la misma, *cualquier conte-*

(27) GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica...*, cit. p. 476.

(28) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit. p. 311 y ss.

(29) GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica...*, cit., p. 477.

(30) Cfr. PUY, Francisco, *Teoría científica del derecho natural*, Porrúa y Universidad Panamericana, México, 2006, p. 238.

(31) S.T. Tomás de AQUINO, *Tratado de la ley...*, cit. I-II, ej. 94, a. 2 puntualiza que “...sobre este precepto se fundan todos los demás preceptos de la ley natural: o sea que (todo aquello que ha de hacerse o evitarse cae bajo los preceptos de la ley natural en cuanto la razón práctica puede captar que tales actos son bienes humanos”.

(32) Vid KELSEN, Hans, *Teoría pura...*, cit. p. 206.

nido puede ser derecho ⁽³³⁾ (vgr. normas de la dictadura nazi dirigidas al exterminio de judíos). Para el positivismo, la ley no puede ser moral ni inmoral, es amoral; la justicia es lo que la ley positiva estipula y el poder público tiene siempre razón ⁽³⁴⁾.

En el sistema “no positivista” —en cambio— no tiene cabida una norma opuesta a la justicia la que se condensa en el primer principio antes señalado ⁽³⁵⁾ y en los principios generales del derecho de primero y segundo grado ⁽³⁶⁾, los cuales conforman un sistema de fuentes que se completa con las normas positivas y no al revés. Los principios generales interactúan sin que exista una prevalencia de unos sobre otros, lo que no obsta a reconocer la distinta dimensión de peso que pudieran tener para poderlos ponderar y armonizar con miras a la realización del bien común, salvo aquellos que se definan como derechos prácticamente absolutos, como el derecho a la vida (ya que salvo por el ejercicio de legítima defensa no es lícito provocar la muerte de una persona).

Permítaseme ahora una breve digresión con respecto al fundamento del derecho natural. Un caracterizado sector de la filosofía del derecho ha venido sosteniendo que el fundamento del derecho natural se encuentra en la naturaleza de las cosas ⁽³⁷⁾ tesis más bien fundada en las enseñanzas de Aristóteles que en la concepción de Tomás de Aquino, y tal ha sido la postura seguida en su momento por Barbe Pérez y por Durán Martínez, en Uruguay ⁽³⁸⁾.

(33) Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit. p. 207.

(34) Cfr. Bunge, Mario A., *Filosofía política*, Gedisa, Barcelona-Buenos Aires, 2009, p. 346, anota que tanto Carl Schmidt como Hans Kelsen justificaron el asesinato de Ernst Roehm y sus camisas pardas en el año 1934 por orden de Hitler y afirma que pese a su declarada neutralidad, “el positivismo jurídico es crudamente inmoral” y que “esa es la razón de que el positivismo jurídico haya sido la filosofía del derecho oficial de la Alemania nazi como de la antigua Unión Soviética”.

(35) Massini Correas, Carlos Ignacio, *El derecho natural...*, cit., p. 38, afirma el carácter normativo del primer principio del derecho natural refutando la crítica de la filosofía analítica que suponía que Tomás de Aquino extrapolaba los principios del derecho natural de proposiciones descriptivas basadas en los rasgos de la naturaleza humana. En realidad, señala Massini Correas, la tesis de Hume en el sentido que “de proposiciones meramente enunciativas no podía seguirse nunca una proposición normativa” fue coincidente con el pensamiento de Tomás de Aquino (op. cit., p. 38).

(36) Finnis, John, *Ley natural...*, cit. p. 131 y ss.

(37) Villey, Michel, *La naturaleza de las cosas*, en la obra *El iusnaturalismo actual* (Dir. Carlos I. Massini Correas), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 437 y ss.

(38) Durán Martínez, Augusto, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, ed. La Ley, Montevideo, 2012, p. 85.

Sin embargo, como lo ha señalado este último, si la cosa es la persona humana ⁽³⁹⁾ puede suponerse que el fundamento de la razón natural de Finnis se encuentra en una línea iusnaturalista semejante, sin caer en el puro racionalismo voluntarista de los siglos pasados.

Como conclusión podemos decir que mientras el positivismo puro encorseta el derecho en un sistema lógico-formal basado en normas positivas, excluyendo del mismo la justicia ⁽⁴⁰⁾, la moral y los consecuentes principios generales del derecho, el iusnaturalismo, particularmente a través de la NEDN, se revela como un sistema más amplio y abierto, que se nutre con el aporte interdisciplinario de otras ciencias y disciplinas permitiendo así enriquecer las determinaciones positivas, a condición de que no trasgreden los principios básicos de la justicia, en suma, del derecho natural.

De ese modo, se acrecienta el papel del juez en la creación del derecho, en cuya actividad deben regir los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional los cuales constituyen principios generales del derecho público que los órganos del Estado no pueden alterar con leyes y/o el dictado de actos administrativos de alcance individual o generales (en sentido estricto: reglamentos).

IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA JUSTICIA SOCIAL EN LA MODERNIDAD

Las construcciones que se fundan en el consenso o pacto para justificar la justicia social son útiles en cuanto medio o instrumento heurístico para su realización pero no alcanzan a fundamentarla integralmente en cuanto la justicia social es una cuestión que hace a la moral de la sociedad y al concepto de bien común que no circunscribe la felicidad del hombre a su vida en la tierra sino a su trascendencia lo que no impide, desde luego, que su dignidad sea objeto de protección por la ley natural y por el derecho positivo.

(39) *Ibidem*, p. 87.

(40) Uno de los grandes filósofos argentinos no concibe cómo el positivismo excluye a la justicia de la teoría del derecho, cuando es su principal objeto. Ha señalado también que la ciencia busca la verdad, es explicativa y que “es legal, es decir, esencialista: intenta llegar a la raíz de las cosas”; véase: BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1975, ps. 28/34.

La moral y el derecho no se hallan totalmente separados pues operan como círculos concéntricos ⁽⁴¹⁾. Aun cuando se reconozca la división que hizo Hegel entre moral subjetiva y objetiva y que el derecho tiene por objeto, fundamentalmente ésta última, la protección de la conciencia individual no es ajena al orden jurídico. Es cierto que hay valores que no pueden ser objeto directo de normas jurídicas ni prescribir mandatos positivos, como el amor al prójimo, pero hay siempre mandatos negativos que los protegen. En definitiva, la integración de la moral en el derecho se lleva a cabo, en la actualidad, a través de la recepción en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia de los principios generales del derecho, se encuentren o no incorporados al ordenamiento positivo ⁽⁴²⁾. La fuente de los citados principios se encuentra tanto en la Constitución y las leyes como en la doctrina, en la costumbre y en la jurisprudencia y en esto radica la principal diferencia con el positivismo legalista.

La expresión justicia social no se circunscribe a una sola especie de justicia indicando más bien una orientación ⁽⁴³⁾ hacia la realización del bien común que tiene por objeto central la protección de la dignidad de las personas, particularmente de aquellos individuos más necesitados de la población a los que el Estado, a través de la legislación y de las ayudas sociales, tiene el deber moral de proteger y de asegurar unos estándares de vida mínimos compatibles con los recursos de cada comunidad. El peligro de una política social desmesurada se encuentra en la colectivización de la sociedad y en la desaparición de los grupos sociales intermedios, por cuya razón el equilibrio y los criterios de justicia cobran un significado muy grande en la planificación de las políticas sociales y fijan un límite a los abusos de los dirigentes que convierten a los trabajadores en cautivos de los sistemas populistas.

(41) Véase: BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, Tº I, 2ª ed., Buenos Aires, 1955. P. 14 y ss.

(42) Vid GUARIGLIA, Carlos E., *El conflicto entre los derechos fundamentales. Bases para una interpretación*, ed. Amalio M. Fernández, Montevideo, 2007, p. 343.

(43) Véase BARRA, Rodolfo Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº 1, ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, ps. 151-154.

LA DEFINICIÓN DE PERSONA JURÍDICA: APORTES PARA LA CONSTRUCCIÓN CIENTÍFICA DE UN CONCEPTO UNITARIO

POR JUAN CARLOS PALMERO (*)

I

Con mucha satisfacción he recibido la invitación para participar en este Libro de Homenaje al Prof. Dr. Guillermo Borda, con motivo de cumplirse un aniversario de su fallecimiento, para recordar de alguna manera, una vida fructífera y de constante entrega al estudio y enseñanza del derecho, que ha beneficiado y asistido sin duda alguna, tanto a quienes fueron destinatarios de su magisterio, diversas instituciones públicas y privadas en las cuales desarrolló su talento y por fin, todos aquéllos que de una u otra manera fueron beneficiarios de su activa y destacada trayectoria judicial y académica.

Cualquier juicio objetivo relacionado con la civilística del siglo XX, no podrá prescindir de su valiosa presencia que se hizo sentir tanto en la Cátedra, la jurisprudencia a través de resoluciones judiciales que marcaron rumbo en la evolución científica de esta disciplina, como así a través de múltiples publicaciones sobre las que abrevaron generaciones de juristas, profesionales y estudiantes de todos los rincones del país, a punto de transformarse su literatura, en cita obligada de quien precisaban conocer o ahondar problemas vinculados con la temática de esta asignatura central del derecho privado.

Estas razones justifican la decisión de formar parte del grupo de académicos que han decidido con toda justicia, efectuar este justiciero

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

reconocimiento que, por otra parte, constituye una de las pocas y grandes retribuciones morales que puede recibir la memoria de un hombre dedicado de por vida, a la tarea de enseñar y aprender constantemente la ciencia del derecho.

II

El trabajo que presentamos se refiere fundamentalmente, a la evaluación, —parcial por cierto, en razón de la magnitud del objetivo—, de la nueva definición de persona jurídica efectuada por el Art. 141 del Cód. Civ. y Com., circunstancia que alienta el hallazgo de algunos pilares que permitan abocarnos a la difícil tarea de intentar la construcción científica de una “*teoría general de la persona jurídica*”, propósito que a poco asomarse a la consideración de los antecedentes doctrinarios y legislativos ⁽¹⁾, reviste una antigüedad milenaria y pese a la cantidad de juristas preocupados a través de los años acerca de los perfiles dogmáticos y técnicos del tema, parece todavía encontrarse en una meseta dialéctica que no ha logrado estabilizarse sobre consensos o aceptaciones generalizadas.

Al contario de ello, todo indica que aún no es factible advertir dentro de las posturas actuales, el hallazgo de una respuesta al interrogante que divide a *optimistas* (sustancialistas) y *escépticos* (formalistas) en torno a la posibilidad de llegar a la construcción de un concepto unitario del instituto, capaz de conferirle a la Parte General del Derecho Privado, el logro —y de manera especial—, la certeza acerca de una caracterización universal de su propia naturaleza.

Dicho de otra manera, la cuestión consiste en saber —conforme la posición de los *optimistas*—, si resulta factible el hallazgo de una fórmula dotada de suficiente plasticidad hermenéutica para otorgarle la condición de *género* y por ello, flexibilidad adecuada para abarcar o subsumir a todas y cada una de las *especies* según se manifiestan en las diversas fórmulas

(1) BRINZ Alois: por cita de Paolo GROSSI, en “Pagina Introduttiva”, “Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno” (11/12/1982/83), “Itinerari moderni della persona giuridica”, T. 1, Editorial Giuffrè, 1983, Parte 1, Pág. 1 y sts. La cita de BRINZ alude a expresiones formuladas en su “Manual de Pandecta”, en el sentido que consideraba como “*diabólica*” la tarea de encontrar una caracterización completa de la persona jurídica, lo que pone de relieve la dificultad que ha tenido la ciencia del derecho para elaborar una visión integral del instituto en cuestión, tanto por la disparidad historiográfica en la utilización de todas sus expresiones, como así por la contaminación ideológica que afectó el debate durante siglos, en orden a encontrar puntos de coincidencia al respecto. -

de actuación colectiva (art. 148 del Cód. Civ. y Com.); o por el contrario, tal cometido resulta imposible (*visión escéptica*) y habrá que considerar tantos conceptos independientes, como figuras se encuentren en la operatoria del tráfico, circunstancia que torna imposible la organización de un sistema integral, armónico y completo.

Ante este importante dilema, quienes creemos en la necesidad que los ordenamientos jurídicos o códigos dispongan de una Parte General, el tópico resulta de significativa trascendencia, pues se trata nada menos, que la precisión de los contornos jurídicos ⁽²⁾ de una de las manifestaciones más frecuentes del sujeto de derecho, como protagonista necesario de toda relación jurídica válida.

Por estas razones, la definición de persona jurídica formulada en el art. 141 del Cód. Civ. y Com., junto a sus tres artículos complementarios (arts. 142, 143 y 144 del Cód. Civ. y Com.) —aunque según la opinión del legislador, no fueran esos precisamente sus objetivos—, constituyen un aporte científico incuestionable en esta orientación y permitirá despejar ciertos principios o basamentos lógicos que se tornan incuestionables por obra de la propia ley, los que seguramente facilitarán avanzar o acercarse al menos, a encontrar respuesta al interrogante central.

En resumen, pensamos que la toma de posición del art. 141 y sus correlativos (arts. 142, 143 y 144 del Cód. Civ. y Com.), facilitará al derecho nacional hacer pie en una suerte de basamento dialéctico de ciertas cuestiones esenciales del instituto que, a la luz de su explícita regulación, adquieren la fuerza ejecutoria de la ley, facilitando de esta manera el hallazgo de premisas significativas en orden a la consecución de una meta tan complicada, si se repara las discrepancias científicas existentes en torno a esta cuestión.

III

El Código Civil argentino, tuvo el mérito de haber logrado a mediados del siglo XIX una "*Teoría general de la personalidad*", algo impensado en los ordenamientos decimonónicos contemporáneos, gracias a la lucidez

(2) PALMERO Juan Carlos: "La persona jurídica en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", Editorial Depalma, Bs. As., N.º 119/120 diciembre de 1987, Pág. 836 y siguientes. En este trabajo pusimos de relieve los inconvenientes que se pueden generar cuando el ordenamiento jurídico no tiene respuestas precisas acerca de la persona jurídica, circunstancia que constituyó una de las principales críticas que se le formulara al primer "Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial" del año 1987.

y talento de Freitas ⁽³⁾ y el coraje de nuestro Codificador ⁽⁴⁾ que adelantándose a los parámetros de su tiempo, lograron concebir esta construcción que se edificara sobre tres preceptos fundamentales, a saber: el art. 30 del Cód. Civ., que hacía las veces de eje central sobre el que se apoya el concepto de “persona en general”, es decir, “todos los entes susceptibles de ejercer derechos y contraer obligaciones” ⁽⁵⁾; luego el art. 51, define a la persona física o personas de existencia física o visible, y en el art. 32, a la persona jurídica. Por ello, siempre nos ha parecido injusta ⁽⁶⁾ cierta crítica que se le hacía al Código, en el sentido que trataba a las personas humanas como si fuesen “entes”, cuando resultaba por demás claro que, para su individualización, aludía a la “*condición de humanidad*”, con el aditamento de sin distinciones de “*cualidades o accidentes*”.

Ahora bien, como el Código Civil y Comercial de la Nación suprime la definición explícita de persona física y en cambio, lo hace expresamente con la *persona jurídica*, cabe plantearse el siguiente interrogante: ¿se ha mantenido subsistente la situación anterior?

(3) FREITAS A. T.; “Código Civil”, traducción castellana, Editorial García Santos J. Roldán, Bs. As. 1909, T. I., Pág.151 y stes. Al margen de esta obra, en la que desarrolla la “*teoría de la personalidad*”, existe una carta a un amigo donde se interroga con cierta timidez, los efectos que su audacia produciría en Europa, de haber elaborado esta regulación de la personalidad dentro de la Parte General, tan diversa a lo que ocurría en los códigos contemporáneos.

(4) VÉLEZ SANSFIELD Dalmacio: Nota al Título Primero: cuando alude a las fuentes sobre las cuales elaboró la regulación de las personas en general, manifiesta: “*en todos los códigos modernos no hay un título sobre lo que en ellos se llama persona morales, a pesar de que necesariamente tienen que disponer sobre el Estado, municipalidades, corporaciones, establecimientos públicos etc.*”, afirmación que luego sustenta con citas de los Códigos de Prusia, Austria y Chile.

(5) PALMERO Juan Carlos: “La persona jurídica en el derecho argentino”, en “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, Editorial La Ley, Año 3, número 8, setiembre 2011, p.151. En otras oportunidades, hemos destacado la falta de comprensión de alguna parte de la doctrina nacional en orden al entendimiento o comprensión de la función que cumplía el viejo artículo treinta del Código Civil, para la construcción de la “teoría general de la personalidad”. Esta norma nunca pretendió individualizar a persona alguna conforme sus dos manifestaciones, porque no era su tarea, sino establecer un cimiento dialéctico sobre el cual era factible armar un sistema completo y con la suficiente plasticidad hermenéutica como para comprender bajo su definición, tanto a las personas físicas, como a las jurídicas. Tan simple su sentido, como complicada la comprensión de sus alcances y funciones técnicas que le asignó el Codificador.-

(6) PALMERO Juan Carlos: “Nuevas fronteras de la definición histórica de personas físicas del art. 51 del Código Civil”, en “Revista de Derecho de Familia y de las Personas” Editorial La Ley, Año 3, N.º 5, junio de 2011, Pág.159 y stes.

La respuesta resulta a todas luces positiva. La falta de una definición explícita de persona física —salvo la invocación directa a la *condición de humanidad* del art. 19 del Cód. Civ. y Com.—, a lo que debe adicionarse ahora la conceptualización expresa de la persona jurídica (art. 141 Cód. Civ. y Com.), junto a la caracterización definitiva de los rasgos esenciales que integran su naturaleza (arts. 142, 143 y 144 Cód. Civ. y Com.), no implican modificación alguna al tratamiento originario de la cuestión, que comprende el conjunto de normas regulatorias que disciplinan tanto a las personas jurídicas, como a las personas humanas, con lo que se cierra de esta manera toda la temática correspondiente a la condición de “sujeto de derecho” para nuestra legislación nacional.

El tratamiento legal de ambas manifestaciones de la personalidad, no es un problema exclusivamente teórico, sino que trae significativas conclusiones debido a que el sistema reconoce como principio general, que las personas jurídicas disponen de los mismas prerrogativas y derechos que las personas humanas, salvo obviamente, aquellas que no fuese posible equiparar en razón de las limitaciones inferidas de su propia naturaleza; y en otro sentido, se facilita a su vez, la llamada analogía horizontal ⁽⁷⁾, de tanta eficacia en situaciones de interpretación ante supuestos no expresamente resueltos por la ley, situación que suplió la parte general de la ley N.º 19.550, antes de la sanción del Cód. Civ. y Com.

IV

Otra cuestión a dilucidar, consiste en responder acerca de la conveniencia de haber incorporado mediante el art. 141 del Cód. Civ. y Com. una definición de concepto, contenido y alcance de la persona jurídica a la normativa vigente. Dicho de otra manera, sería interrogarse en torno a la utilidad y conveniencia que el derecho de fondo, avance en torno a la caracterización legal de un instituto que ha ofrecido tantas diferencias a través del tiempo, e incluso sigue manifestándose como un problema que divide las aguas de la doctrina actual.

(7) En tiempos donde no existía un tratamiento completo del derecho corporativo, la parte general de la Ley de Sociedades 19.550 permitió brindar interpretaciones analógicas a diversas formas de reorganización, tal como por ejemplo, la fusión por absorción de dos asociaciones mutuales, o la escisión división de una fundación. La parte General de la ley 19.550, suplió las deficiencias del Código Civil respecto de una regulación completa de la persona jurídica a través de una hermenéutica integrativa del instituto.

Debemos recordar que en la nota del art. 495 del Código Civil de Vélez Sarsfield enseñaba que una buena técnica legislativa aconseja omitir definiciones legales, debido que cristalizan el contenido de una figura, impidiendo su ajuste o adecuación conforme la evolución natural y lógica de la doctrina y exigencias del tráfico.

Puede entonces extraerse una conclusión incuestionable: existiendo por parte del legislador una definición legal de concepto o contenido, el intérprete podrá o no estar de acuerdo con relación a la posición sustentada, pero a los efectos de una solución de justicia, se deberá acatar el mandato legal, porque ahora los rasgos y elementos que componen o explican su naturaleza los marca la ley y no las convicciones personales que sobre el tópico pueda discurrir cada intérprete.

Queda claro de esta manera, más allá del pensamiento individual que se entienda corresponder en el plano estrictamente doctrinario, desde el punto de la operatividad de la norma en cuestión, todo juez o árbitro debe aplicarla conforme y de acuerdo con la definición legal del instituto, de la manera que se introdujo en el ordenamiento vigente.

Si se observa el derecho comparado, se aprecia fácilmente que existen al menos cuatro sistemas diferentes referido a la toma de posición legal respecto de establecer través de una definición el contenido o naturaleza de la persona jurídica, a saber:

(i) Ordenamientos que omiten totalmente cualquier referencia explícita a esta manera de expresión de la voluntad de un sujeto colectivo ⁽⁸⁾.

(ii) En otras oportunidades, se utiliza un mecanismo descriptivo ⁽⁹⁾, a través de la enumeración de las diversas fórmulas donde manifiesta su accionar, de la misma manera que el derecho romano ⁽¹⁰⁾ mostró su evolución y legalización por cada instituto a través de casi un milenio.

(8) El Código Civil francés, influenciado por el la ideología de la Revolución, ante el problema de la sobredimensión de las donaciones a través de las llamadas “*manos muertas*”, omitió la regulación sistemática del instituto y sólo es factible encontrar unos pocos artículos a los que se refiere cuando alude a la personalidad moral.-

(9) La mayor parte de los ordenamientos no asumen la toma de posición que importa efectuar su definición legal. Más bien —a semejanza de lo ocurrido en la evolución acaecida a través de casi setecientos años del derecho romano—, efectúan una descripción y/o enumeración de las figuras a las que se les asigna aptitud para el ejercicio de los actos de la vida civil. En este sentido: Libro I, Título II, Art. 11 del Código Civil italiano; Libro II, Título II, Art. 21 del Código Civil alemán; Libro I, Capítulo II, Art. 35 del Código Civil español; Libro I, sección II, Art. 76 del Código Civil del Perú.-

(10) PALMERO Juan Carlos: “La persona Jurídica en el Derecho Romano”, publicado en Jurisprudencia Argentina, 2017 - III, Bs. As. 20/09/2017, Fascículo 12, “XXVI

(iii) Vélez Sarsfield avanzó sobre su reconocimiento legal a través del Art.32 del Código Civil, aunque como se ha visto, vació su contenido, utilizando un mecanismo negativo de contraposición, situación que, si bien acordaba legalidad a su existencia, permitía libertad de pensamiento para su explicación científica.

(iv) Por último, —y no son muchos los países que han adoptado esta solución—, nuestro ordenamiento define la persona jurídica explicando su contenido y alcance a través de la sanción de su definición legal y un sistema general del instituto.

Por otra parte, se completa la definición, a través de normas integrativas que comprenden los arts. 142 (comienzo de su existencia), 143 (personalidad diferenciada) y 144 (inoponibilidad de la personalidad jurídica) del Cód. Civ. y Com., concluyéndose de esta manera una caracterización integral y completa, sin que sea factible encontrar ningún resquicio que cercene o mutile la explicitación de su naturaleza y concepto.

Es importante advertir que una “*definición legal*” ⁽¹¹⁾, requiere la explicación de su naturaleza, contenido y alcance, porque desde un punto de vista lógico importaría una grave falla dialéctica cualquier omisión, mutilación o cercenamiento de una descripción ontológica integral de la figura objeto de la misma. Cuando la ley avanza en precisiones de alta calidad técnica -como sucede en estos supuestos-, es porque ha logrado obtener una elaboración científica y académica acabada, sin defecto alguno, circunstancias que le acuerdan validez universal.

Distinto sería el supuesto de una “*mera caracterización*”, donde es factible enumerar factores o elementos constitutivos importantes, sin que tal circunstancia constituya una explicación y o descripción completa y cerrada de la figura. Podría quizás sostenerse que, en este último caso, se clarifican aspectos relevantes, aunque ello no importe poder afirmar que se ha elaborado una conclusión absoluta, sino sólo destacar que se ponen de relieve elementos significativos en orden a la obtención de un resultado definitivo.

Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Número especial, Editorial Abeledo Perrot, Pág. 13 y stes.

(11) TOBIAS José W.: director del Tomo, en “Código Civil y Comercial Comentado”: bajo la dirección general de Jorge H. ALTERINI y la coordinación de Ignacio E. ALTERINI, Editorial Thomson Reuters La Ley Bs.As. 2019, T. 1, Pág. 1233. Se afirma la importancia de las definiciones, dado que entiendo sería extraño incorporarla a un texto legal, mientras no se disponga de un juicio certero sobre su esencia, y de esta manera, una vez que se tenga en claro, la definición surgirá sin ninguna dificultad. Apoya esta aseveración, en juicios coincidentes de Atienza, Colmo, y Geny.

¿Cuáles son las explicaciones del Código Civil y Comercial de la Nación, que justifican el abandono de la técnica legislativa anterior, para avanzar ahora de manera directa en una definición legal y de contenido de la persona jurídica?

Los fundamentos expresan: “Se incluye la definición de persona jurídica y como se atribuye la personalidad y el claro principio de la separación o de la personalidad diferenciada con respecto a la de los miembros de la persona jurídica”.

Pero a su vez, corroborando la determinación de la creación de un verdadero sistema capaz de atender tanto el *género*, como así todas y cada una de sus *especies*, el ordenamiento expresa que “La regulación de las personas jurídicas en la parte general de un código civil y comercial unificado circunscribe a la finalidad de establecer un sistema también general aplicable a todas las personas jurídicas”. Cierra su pensamiento, agregando “Se establecen en esta parte los ejes de un sistema general de la persona jurídica y de los otros propios de una parte general de las personas jurídicas privadas”, circunstancia que entendemos, corroboran plenamente nuestra posición, en el sentido de la incorporación de un sistema general para la disciplina y regulación del instituto.

A su vez, respecto a las modificaciones introducidas en materia de técnica legislativa, expresa se han “tratado de incluir sólo aquellas definiciones que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota 495 del Código Civil”.

En total coincidencia con Tobías ⁽¹²⁾ respecto a los Fundamentos cuando aluden que “la personalidad es conferida por el legislador como un recurso técnico según variables circunstancias de conveniencia o necesidad que inspiran la política legislativa”, tal aserto implica la recepción de la *teoría de la ficción*, la función del Estado debe entenderse por el contrario, sólo como reconocimiento de una *estructura organizacional*, realidad técnica o sustrato anterior, en miras a la consecución de un interés común o autónomo, todo según será materia de mayores explicaciones al momento del comentario al art. 142.

De las argumentaciones técnicas transcritas precedentemente, consideramos surge con toda claridad que se ha querido transformar el concepto de persona jurídica, en una regulación de tipo normativo, de

(12) TOBÍAS José W. “Código Civil y Comercial I Comentado”, ob. cit. Nota 9, T. I., Pág. 1227

lo que corresponde inferir una conclusión en este sentido: la definición para los autores del Proyecto, no persigue alcances o significados didácticos o científicos, sino que se encuentra dotada de la fuerza ejecutoria de la ley, sin admitir excusas o apartamientos de sus intérpretes basadas en teorías diferentes o concepciones ideológicas contradictorias a la solución legal.

Si durante la vigencia de la legislación anterior, alguna doctrina consideró factible su explicación a partir de las concepciones formalistas, asentadas sobre los principios de la *teoría de la ficción*⁽¹³⁾, en los términos que la desarrollara Savigny; o en una situación opuesta, apoyada en las *teorías de la realidad*⁽¹⁴⁾, hoy este espacio de libertad interpretativa ha desaparecido, y se deberá considerar su concepto expresado en la definición "*con efecto normativo*" y según *las palabras de la ley* y por lo tanto, ya no será factible apoyarse en razonamientos teóricos o didácticos que tergiversen o modifiquen su contenido, alcance o naturaleza que emerge de la definición legal del art. 141 del Cód. Civ. y Com.

Los integrantes de la Comisión Técnica que elaborara el Proyecto consideraron respecto a la técnica legislativa evitar los abusos en materia de definiciones, relevando mantenerse dentro de los parámetros clásicos establecidos por la legislación anterior a este respecto, aseveración no necesariamente cumplida⁽¹⁵⁾ en razón de múltiples situaciones donde se repite el empleo de este recurso.

(13) SALVAT Raymundo: "Tratado de Derecho Civil. Parte General T. 1, N.º 1349 y 1350, Pág. 517 donde expresa: "Este sistema ha tenido su origen histórico en el derecho romano (*personae vice fingitur*) para expresar la idea que estas instituciones llenan las veces de una persona"; y cierra su pensamiento al N.º 1354, Pág. 519: "nos limitaremos a observar que ella cuenta cada día con mayor número de adeptos en doctrina y que simplifica grandemente una serie de problemas a que da lugar la aplicación práctica del principio de la personalidad jurídica"

(14) BUSSO Eduardo: "Código Civil Anotado", Editorial EDIAR, Bs. As. 1944, T.1 N.º 40, Pág. 32. Las analiza desde un punto de los derechos subjetivos, o de lo intereses protegidos. Al N.º 51, considera que los intereses protegidos por el derecho, pueden ser individuales o colectivos, es decir, comunes a un conjunto de "*hombres congregados y que vienen a ser el interés propio de la entidad que los agrupa y para proteger a estos últimos, la ley debe reconocer la personalidad de esa colectividad o entidad*".- En igual sentido en el derecho nacional: BORDA Guillermo: "Tratado de Derecho Civil Argentino"- Parte General, Editorial, Abeledo Perrot, 5a. Edición, Bs.As. 1947, N.º 621, Pág. 521, aunque adhiere a la "teoría de la institución"; LLAMBIAS Jorge: Joaquín: "Tratado de Derecho civil. Parte General, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As. 1967, N.º 1068, Pág. 20 y ste. Forma parte de esta vertiente intelectual: TOBIAS José W., Pto. 6, Pág. 1227, ob. cit. nota 14.

(15) TOBIAS José W. director del Tomo: en "Código Civil y Comercial Comentado": bajo la dirección general de Jorge H. ALTERINI y la coordinación de Ignacio E. ALTE-

La definición explícita de concepto y contenido, ha venido a marcar una nítida y clara diferenciación entre el *contrato asociativo* (art. 1442 del Cód. Civ. y Com.) no personificado y la persona jurídica ⁽¹⁶⁾. Es decir, se los mantiene en el plano meramente obligacional, como sucede con los “agrupamientos de colaboración” (arts. 1453 a 1464 del Cód. Civ. y Com.), las “uniones transitorias” (arts. 1463 a 1469 del Cód. Civ. y Com.), los “consorcios de exportación” (arts. 1470 a 1478 del Cód. Civ. y Com.), quienes reconociendo sólo algunas características comunes, circunstancias que evitan su personificación, tal como ocurre verbigracia en otras jurisdicciones ⁽¹⁷⁾, quedando en consecuencia claramente excluidos del régimen legal de la persona jurídica.

Pero la aseveración precedente, no obsta de ninguna manera, que el cambio de criterio pueda proyectar sus efectos al terreno científico, mediante la legitimación de situaciones incluso no pensadas por el propio legislador, sobre todo cuando existen consecuencias directas inferidas de las palabras propias de la ley, como ocurre en el caso de marras.

V

Si se comparte el punto de vista de los Fundamentos, en el sentido que definición de persona jurídica no tiene efectos didácticos, sino exclusivamente normativos, viene a cuento inmediatamente la necesidad

RINI, Editorial Thomson Reuters La Ley Bs.As. 2019, T. 1, Pág 1233. Se hace notar esta paradoja, enumerando cerca de cincuenta dispositivos donde se utiliza definiciones en otros institutos.-

(16) PALMERO Juan Carlos: “Relación entre contrato y sociedad”, “Estudio en Homenaje a Héctor ALEGRÍA”: “DERECHO ECONÓMICO EMPRESARIAL”, bajo la coordinación Diana FARHI y Marcelo GEBHARDT, Editorial La ley, Bs.As. 2011, T.I, Pág.1344. Se aborda el difícil problema de intentar precisar el momento y las circunstancias en virtud de las cuales un contrato asociativo desprende o da nacimiento a la existencia de una persona jurídica, problema que ha sido de alguna manera estudiado por destacados juristas la doctrina italiana, como FERRO LUZZI, BORSI, FARENGA etc., todo según desarrollo que formulamos en los puntos 4.3.1, Págs. 1367, en adelante.

(17) GUYON Ives – COQUEREAU Georges: “Le groupement d’ intérêt économique”, Editorial Paris Libraire DALLOZ, 1969: Según la Ordenanza Francesa N.º 67-821, del 23 de setiembre del año 1967, referida a los “Agrupamientos de Interés Económicos” (“Groupement d’ intérêt économique”) se le concede personalidad legal como sujetos de derecho, con todas las implicancias que de ello se desprende, es decir, constitución, inscripción, transformación, escisión o fusión y cualquier otra manera de reorganización empresarial, solución que difiere con la mayor parte del derecho comparado.-

tratar de determinar la posición adoptada por la nueva legislación en aspectos o características fundamentales del instituto, a saber:

V.1.

La persona jurídica resulta metodológicamente ubicada dentro de la temática de los *sujetos de derecho* y como una manifestación de la subjetividad colectiva, sólo contrapuesta a la actuación individual, conforme al criterio tradicional este respecto.

En consecuencia, la personalidad se expresa en forma dual o maniquea: o se lo hace como sujeto individual o por el contrario, de manera colectiva, manteniéndose los lineamientos de la *teoría general de la personalidad*, de la misma manera que lo había efectuado su inspirador, Texeira de Freitas. No existe situaciones intermedias, o un tercer género.

Por otra parte, la normativa infiere la *aptitud*, es decir *capacidad* para desenvolverse en los actos de la vida civil y al mismo tiempo, se le conceden, avanzando e integrando de esta manera la explicación de su naturaleza, atributos propios, tales como nombre o denominación, domicilio o sede social, y un patrimonio propio (arts. 151, 152 y 154 del Cód. Civ. y Com..).

Alguna doctrina entiende que la capacidad, es la razón por la que se le otorga personalidad por tratarse de un atributo de las personas. Pero consideramos correcta la doctrina ⁽¹⁸⁾ que considera esta situación a la inversa: como tiene personalidad, el derecho le reconoce la aptitud.

Esta postura, que como decimos, emana de la propia ley, excluye de manera total y definitiva cualquier concepción de la persona jurídica como una *relación jurídica compleja*, o *negatoria*, por aquella errónea ideología de entender que su asimilación a la problemática de las personas humanas constituye una *hipóstasis analógica* carente de todo sustento de racionalidad científica.

En mérito a lo expuesto, las teorías *negatorias de la personalidad* serán factible sostenerlas desde un punto de vista académico o propuesta de una ulterior modificación, pero carecen completamente de recibo en la normativa actual, conforme se infiere de las propias palabras de la ley.

(18) TOBIAS José W. Director del Tomo: en "Código Civil y Comercial Comentado": bajo la dirección general de Jorge H. ALTERINI y la coordinación de Ignacio E. ALTERINI, t. 1, Pág.1228.-

V.2.

La definición avanza en una precisión respecto de su naturaleza, en cuanto sostiene que se trata de *entes*, que conforme la interpretación efectuada con anterioridad y ahora con mayor consistencia, la palabra reviste una significación semántica muy clara, se refiere a *lo que es* o, dicho de otra manera, *lo que existe*, circunstancia que impide de *legge lata*, considerarlas como carentes de todo sustrato o realidad.

La evolución doctrinaria a este respecto, ha considerado que se trata de una *realidad técnica* ⁽¹⁹⁾, consistente siempre en la conformación de una *estructura de organizacional*, en miras de la consecución de una finalidad común o autónoma y que presupone: existencia de un interés común o autónomo; asignación de bienes o servicios en miras a la consecución de estos objetivos; determinación de un mecanismo de representación contractual o legal y desarrollo de una actividad coherente con respecto a su razón de ser o destino.

A la luz de los cambios sufridos en el derecho corporativo contemporáneo, el *grupo humano* que demandaba la definición de Ferrara ⁽²⁰⁾, ya no es necesario de manera esencial y sólo se requiere como sustrato la conformación de una *estructura organizacional* a la que en razón de sus fines, el derecho le asigna la aptitud para ser titular de derechos o deberes. Ello, no obstante, con algunas variantes propios de los cambios operados por el paso del tiempo, la *visión integradora* formulada por el jurista italiano, acerca de la necesidad de su doble con figuración mediante un *presupuesto fáctico* y otro *normativo*, resulta ahora una verdad reconocida por la definición legal.

Si se repasa las diversas concepciones doctrinarias en torno a la persona jurídica, surgidas especialmente a partir de los estudios de la "Teoría pura del derecho" de Hans Kelsen ⁽²¹⁾, a lo que debe sumarse

(19) BORDA Guillermo: "Tratado de Derecho Civil Argentino _ Parte General", ob. cit. nota 13, T. 1, Pts. 619, Pág. 519: expresa el autor "*Una observación de la realidad social demuestra que una de las tendencias más firmes en las sociedades contemporáneas es el desarrollo de la vida colectiva, de la vida social*" todo ello en razón del instinto gregario del hombre. Y agrega: "*Estos entes no resultan así una creación del legislador, sino una realidad que aquél no puede desconocer*" ,

(20) FERRARA Francesco: "Teorie delle persone giuridici", Nápoli, Torino, 1915. Este importante trabajo propicia una visión superadora e integrativa, entre la teoría de la ficción y la de la realidad, sobre la base de la conjunción de dos presupuestos que la integran y componen el fáctico y el normativo.

(21) KELSEN Hans: "Teoría pura del derecho", 2da Edición, traducción Roberto S. Vernengo, Ed. UNAN, México. La necesaria descontaminación del derecho, como ne-

con posterioridad importantes juristas —generalmente provenientes del Derecho Mercantil—, entre otros, como Ascarelli ⁽²²⁾, David ⁽²³⁾ y Galgano ⁽²⁴⁾, todos ellos fuertes contradictores de la sobrevivencia de la posición tradicional, en base a la negación de la existencia de un sustrato real que subyace a su reconocimiento legal, el derecho vigente a través de su regulación los contradice, circunstancia que al menos, en el campo de la interpretación legal, carecerán de todo sustento.

V.3.

La definición de persona jurídica importa la aceptación de la visión *optimista* respecto de la construcción de un concepto unitario del instituto, capaz de lograr la descripción integral y completa de sus elementos esenciales a través del reconocimiento de un *género*, a partir del cual, se organizan y orbitan todas las *especies*, que sólo se diferenciarán en razón de las peculiaridades propias de cada tipología o contrato asociativo, conforme a los fines altruistas o lucrativos de cada una de ellas.

El sistema metodológico utilizado en la regulación legal actual por el Cód. Civ. y Com.. de la persona jurídica, importa por si mismo un impedimento lógico a la visión *escéptica* de las “teorías negativistas” ⁽²⁵⁾, en el

cesidad para la construcción de una teoría científica de la ley, proyecta estas premisas sobre el Derecho Privado en general y en particular, a través de la negación del sustrato o anclaje real de la persona jurídica.

(22) ASCARELLI Tulio: “Saggi di Diritto Commerciale”, Milano 1955, Pág. 160 y ss.; en igual sentido: “Problemi Giuridici”, I, 233 y de manera especial: “Considerazioni in tema di società e personalità giuridica”, publicado en la Rivista di Diritto Commerciale, 1954, I, Pág. 245.

(23) DAVID René: “La Personalité morale et ses limites”, « Etudes de Droit Comparé et de Droit International ». Ed. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, Rue Soufflot 20, Paris 1960. Contiene un amplio repertorio de trabajos, a saber de: S. Bastid - R. David - U. Drobnig - L. Focsaneanu - S. Foyer - J.M. Grossen - A. Ch. Kiss - F. Luchaire - J. M. Sweedeney - S. Szer - D. Vignes - A.B. Wortley, quienes en conjunto se ubican dentro de esta orientación negatoria de la personalidad.

(24) GALGANO Francesco: “Delle Persone Giuridiche”, “Libro Primo - Delle Persone e Della Famiglia”, publicado en Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca, Editorial Zanichelli Editore, Bologna, Soc. Ed. Del Foro Italiano, Roma 2006.

(25) Las “teorías negativistas”, o formalistas, son en realidad una actualización de los postulados de la ficción, actualizadas a la luz de las premisas sentadas por Hans KELSEN a partir de la “teoría pura del derecho”. Su afirmación central, consiste en la negación o inexistencia de una *estructura organizacional* que le acuerde al *sustrato* un anclaje real. Se trata solamente, de una *cualidad conferida* por el Estado, en virtud de la cual es factible imputar unitariamente, diversos supuestos que encuentran apoyatura legal en una concepción regalista sobre la base de otorgarle monopolio a la fuerza

sentido que desconocen las posibilidades técnicas de construcción de un concepto unitario, ⁽²⁶⁾ que lo deducen e infieren como una consecuencia inevitable de la explosión demográfica o proliferación del *asociacionismo* que ofrece la realidad de nuestro tiempo, impidiendo que todas ellas puedan ser consideradas como *especies* y por ende, absorbidas por el *género* único descripto precisamente, en la definición legal. Por otra parte, la definición preserva lo que se ha dado en llamar la “soberanía de los conceptos” de la Parte General del Derecho Privado, impidiendo una dispersión hermenéutica disruptiva que afectaría sin ninguna duda, un mejor y más eficaz sistema de interpretación entre las diversas figuras que componen el amplísimo universo corporativo que se encuentran en nuestra realidad. No hace falta múltiples consideraciones para advertir que el sistema del Código Civil y Comercial de la Nación constituye un precedente normativo, que importa un desmentís de toda esta orientación vaciadora y obstativa de la estructura y anclaje real de la persona jurídica, lo que agrega un importante antecedente en miras al objetivo señalada al comienzo de este trabajo.

V.4.

La definición —como no podría ser de otra manera—, refiere obviamente, al presupuesto normativo, en cuanto dispone que los entes “a los cuales el ordenamiento jurídico les concede aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los

genética del instituto a una decisión gubernamental o administrativa. Paralelamente, se muestran totalmente escépticos respecto de la posibilidad técnica de construcción de una concepción unitaria de la personalidad que haga las veces de género, sino que por el contrario, deberán considerarse tantos conceptos diferentes y autónomos como figuras aparezcan en la realidad social. Esta versión reconoce bastante aceptación dentro de los especialistas en Derecho Comercial. Por otra parte, consideran una grave falla científica aceptar la *hipóstasis analógica* con la persona humana, circunstancia que exige una total desvinculación de cualquier forma de tratamiento unitario, premisa que ubica entonces al instituto como “una relación jurídica compleja” sin ningún tipo de sustancialidad subyacente.

(26) GALGANO Francesco: “Struttura lógica e contributo normativo del concetto di persona giuridica” en *Rivista di Diritto Civile*, 1965, Pág. 533, —posición reiterada en la obra citada a la nota N.º 24 —, sostiene que las personas jurídicas “carecen en absoluto de sustancia, entidad, cualidad o cualquier otro sustrato, por conformar sólo una relación privilegiada como para que el derecho la reconozca como centro de imputación de facultades u obligaciones” y cierra su pensamiento con una premonición más terminante: “el shock de demolición de la persona jurídica sería el único instrumento para eliminar del inconsciente de los magistrados el mito de una absoluta identidad entre las personas físicas y las jurídicas e inducirlos a un razonamiento inductivo y no deductivo con relación a los variadísimos supuestos donde la disciplina de la persona jurídica debe aplicar.”

finés de su creación” importa a nuestro modo de ver, un simple reconocimiento por parte de la ley, a una realidad técnica anterior, que se manifiesta naturalmente en razón del instinto gregario del hombre y las necesidades de alcanzar objetivos comunes o meramente individuales pero autónomos, entre diferentes personas y bienes.

En consecuencia, no debe asignársele a este lógico reenvío que efectúa la ley para completar su naturaleza, otro alcance que no sea el de reconocer, incorporar o brindarle legitimidad legal a una realidad anterior ⁽²⁷⁾, que el derecho considera lícito, útil y conveniente para la sociedad, aunque no por tal circunstancia deba asignársele propiedades o potencialidad genéticas referidas al inicio de su existencia.

No se trata de una *cualidad conferida* por una autoridad gubernamental o administrativa, sino más bien, una *cualidad inferida* en razón de una existencia anterior que el derecho legitima.

El Estado no crea la persona jurídica, —como lo vienen sosteniendo desde siempre—, quienes piensan que solo la ley puede transformar mediante presunción *jure et de jure*, una abstracción en realidad, ya que para ellos, solo la persona humana posee esta facultad por el mero hecho de nacer y sin dependencia de una concesión gubernamental. Por otra parte, así lo expresa las propias palabras de la ley (art. 142 del Cód. Civ. y Com.).

Considerar esta referencia que formula la definición, referida a la concesión por parte del Estado de la aptitud o capacidad para el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones, la confirmación de una concepción regalista con relación a su nacimiento, importaría sin ninguna duda, la mutilación de su concepto y lo que constituye algo más grave aún, el retroceso a etapas superadas donde se disponía de visiones unilateralizantes del instituto, influenciados por las características propias de una época o el predominio en el tráfico de alguna de sus especies.

(27) PELLIZI Giovanni: “La società persona giuridica: dove é realtà é dove é vuota formula”, (Esperiéncias de las banhas) publicado en Sección Doctrina, de L’Ordinamento italiano e il dDiritto Comunitario” (Studi e pubblicazione delle Rivista di Diriritto Internazionale Private e Processuale N.º 1981. En igual sentido: SCALFI Gianguido: “Enciclopedia Giuridica Treccani, T. XXIII, Istituto dell’Enciclopedia Italiana-Roma, “Persone giuidica”, - Diritto Civile, Punto 2.6- Pág. 3; DE COSSIO Alfonso “Hacia un nuevo concepto de persona jurídica”, Anuario de Derecho Civil, Arte Gráficas Ediciones, Madrid, T. VII, Fascículo III, Julio-setiembre MCMLIV, Pág. 625. Todos desmienten la negación absoluta del sustrato y reconocen fundamentalmente la existencia de una realidad técnica subyacente de la cual el derecho *le infiere* esa cualidad.-

Aunque el tema del nacimiento de la existencia de la persona jurídica será motivo de tratamiento más adelante, ello no obstante, merece recordarse que el “principio de la *constitución*” o “contractualista”, formulado en el art. 142 del Cód. Civ. y Com, dispone con valor de principio general, que el comienzo de su existencia deviene “desde su constitución”, es decir, a partir del acuerdo basado en la autonomía de la voluntad de sus integrantes y no por un acto gubernamental o resolución administrativa al respecto.

Aunque es factible inferir del derecho comparado que un mismo sustrato, puede tener una regulación diferente según la consideración de cada legislación, como ocurre verbigracia con las “sociedades personalistas” del derecho alemán e italiano, que les niegan personalidad, frente a otros sistemas —especialmente en el derecho continental—, donde se adopta la posición contraria, ello no permite concluir que el legislador dispone de facultades suficientes como para conceder o negar este carácter según su particular arbitrio.

Por otra parte, la historia de las corporaciones muestra diversos ejemplos que corroboran el aserto anterior, y cabe mencionar en este sentido, en primer lugar, el proceso vivido por el derecho romano, que durante cinco siglos al menos, desarrolló su actividad sin regulación alguna —desde la Ley 47, de las XII Tablas, hasta la Lex Iulia 47 a.C.—⁽²⁸⁾, cuando Julio César dispuso la disolución de todas las asociaciones o *collegi* existentes hasta ese momento, debiendo obtener en adelante la conformidad del Emperador para el otorgamiento de su existencia y funcionamiento legal. No tuvo igual derrotero la *societas romana*, que desde su génesis careció por completo de personalidad y sus actos eran imputados desde siempre a quien contrataba, sin perjuicio que, con posterioridad, resolvieran las cuentas entre los socios.

En otro sentido, las personas jurídicas no constituyen un *numerus clausus* —como ocurre con los derechos reales— sino que por el principio de “libertad corporativa”, la realidad puede llegar a crear la necesidad

(28) DE ROBERTIS Francesco: “Diritto associativo romano. (Dai collegi della epubblica, alle corporazioni del basso Impero”, Editorial Bari, Gikus. Laterza & Filgi, 1938 -XVI, Capítulo II, Pág. 12 y stes. Explica que a partir de la ley 47 de las XII Tablas en adelante, y hasta el año 47 a.C. con motivo de la sanción de la Lex Iulia dictada por el Emperador Julio César, las asociaciones romanas se desarrollaron con la más absoluta libertad de creación y funcionamiento, sin que surgiese problemas y sólo a partir de los escándalos de inmoralidades derivadas del culto al Dios Baco, desplegadas bajo la cobertura de una asociación, motivó la Legge Licina del 58 a.C., para luego la Lex Clodia y por fin, la Lex Iulia del 47 a.C., cuando se elabora el criterio de “*ilicitud asociativa*” debido a la instrumentación de diversos mecanismos y maniobras de fraude electoral, que provocaron la intervención del Estado mediante el contralor gubernamental.

de reconocer nuevas personas privadas, como ocurriera recientemente en oportunidad de la sanción del Cód. Civ. y Com. con los “consorcios de propiedad horizontal”, o la “personalidad religiosa” de los incs. e) y h) del art. 148 del Cód. Civ. y Com. respectivamente; o incluso con anterioridad y a partir de la sanción de la ley 17.711, la admisión de las “simples asociaciones civiles o religiosas” del art. 46 del Código Civil, como estructura de menor complejidad y sencillez de funcionamiento.

Además existen innumerables ejemplos domésticos y del derecho comparado, respecto de personas jurídicas que se abrieron camino no sólo *contra legem*, sino incluso con precedentes claramente hostiles o disuasivos⁽²⁹⁾, tal como ocurriera con el recorrido de la *societad de irregular* o de *hecho*, y ello no obstante lograron su incorporación al art. 21 de la Ley de Sociedades 19.550, algo muy semejante a lo que ocurriera con la *societá semplice* del art. 2251 del Código Civil italiano, que fallos posteriores de los más altos tribunales terminaron reconociéndole su individualidad.

Pero si todos estos ejemplos no fuesen suficientemente convincentes para reconocer la realidad técnica del sustrato, ningún ejemplo podría ser más claro que el de las *societades incluidas*⁽³⁰⁾, del Capítulo IV, Arts. 21 a 26 de la Ley General de Sociedades, donde se les reconoce carácter de sociedad y, por ende, los efectos de los Arts. 2 de la normativa especial y 148 inc. a) del Cód. Civ. y Com.. No hace falta abundar en considera-

(29) Recuérdese en este sentido las puniciones que imponía la ley para disuadir su utilización en el tráfico societario, a saber: posibilidad de disolución ante la petición de cualquiera de sus integrantes; imposibilidad de tener bienes registrales a su nombre; cualquiera de los socios podían realizar con validez los actos jurídicos que fuesen menester; en los supuestos de contrato escrito, imposibilidad de hacerlo valer entre las partes y/o frente a terceros; responsabilidad solidaria de todos sus integrantes respecto de las deudas de la entidad; extensión de la quiebra de la entidad a los socios, por la ilimitación de la responsabilidad con el pasivo social; prioridad de los acreedores de la sociedad, frente a los individuales.

Este mecanismo persecutorio no tuvo el menor de los éxitos. Una encuesta formulada a este respecto durante el año 1982, demostró que existían tantas sociedades de hecho o irregulares, semejante a las constituidas regularmente, circunstancia que corrobora la realidad indubitante de cada sustrato.

(30) PALMERO Juan Carlos: “La simple sociedad en el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial”, publicado en “Estudios en Homenaje a Pedro J. Frías”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Editorial Advocatus, t. III, Pág. 1149. Se explica —como consecuencia de la necesidad de unificación de las sociedades civiles y comerciales—, respecto de la necesidad del reconocimiento de una “*tipología residual*” con capacidad para abarcar todos los supuestos de sociedades constituidas en violación de los principios de tipicidad, formalidad y publicidad o registración.

ciones para entender que se trata de sustratos donde no se cumplen las reglas de tipicidad, formas o publicidad, nada más próximo a poder decir que se ha legitimado —por imposición de la realidad—, “lo que jurídicamente no existe”, o una entidad en el sentido de la definición del art. 141 del Cód. Civ. y Com.

VI

Por último, es importante destacar -como lo dijimos al comienzo de este trabajo-, que el concepto legal actual de la persona jurídica es fruto de un extenso proceso de evolución historiográfica donde resulta factible distinguir al menos, tres etapas ⁽³¹⁾ y cuyos resultados resultan reflejados en la definición del art. 141, del Cód. Civ. y Com.. la que a su vez, encuentra una complementación integrativa sobre la base de los grandes rasgos o presupuestos esenciales señalados en los arts. 142 (comienzo de la existencia, 143 (Personalidad diferenciada y 144 (Inoponibilidad de la personalidad jurídica) del Cód. Civ. y Com. que le otorgan a su definición, un desarrollo o expansión lógica completa, integrativa y absolutamente armónica, tal como intentaremos demostrar a continuación.

VI.1. Comienzo de la existencia de la persona jurídica

El art.142 del Cód. Civ. y Com., completa e integra la definición, en cuanto dispone —como nota distintiva de la persona jurídica—, una respuesta legal en torno al interrogante acerca de del comienzo de su existencia, determinación que importa avanzar decididamente en formular respuestas legales a uno de los interrogantes más acuciantes y controvertidos en torno a su naturaleza, sirviendo como precedente fundamental al momento de pretender lograr una explicación satisfactoria y de validez universal del instituto en cuestión.

Es bien sabido que los extremos dialécticos del debate acerca del papel del Estado en torno al nacimiento de una persona jurídica, dividió a los pan-

(31) GROSSI Paolo: en “Cuaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderni” (11/12 1982/83); “Itinerari moderni della persona giuridica”, ob. cit. Nota 1. En base a estos estudios, cabe distinguir: a) una etapa embrionaria —desarrollada especialmente en el derecho romano—, consistente en la elaboración de la *abstracción* que permite diferenciar la entidad respecto de sus componentes; b) etapa estructural o genética, del siglo XIX, que analiza en profundidad el papel del Estado como fuerza genética del instituto; y c) por fin, la etapa funcional o dinámica, de principio del siglo XX hasta la actualidad, donde se visualiza el grado de *coherencia* de su actividad corporativa, respecto del cumplimiento de los objetos o finalidades de su creación.-.

dectistas alemanes de mediados del siglo XIX, en dos concepciones absolutamente contrapuestas y contradictorias, a saber: por un lado Savigny ⁽³²⁾, exponente genuino de la “teoría de la ficción”, consideraba que una persona colectiva no puede tener cabida en el derecho que no fuese a través de una resolución gubernamental o administrativa y solo a partir del momento en que la misma hubiera quedado firme.

Por el contrario, Gierke ⁽³³⁾ —propulsor de la “teoría de la realidad”—, se erigió en la alternativa dialéctica absolutamente contrapuesta a la anterior, con su negativa categórica de asignarles aptitudes o potencialidades genéticas al Estado respecto del comienzo de su existencia y su intervención la dejó reducida exclusivamente a una apreciación de contralor con relación a su licitud y conveniencia, pero de ninguna manera podía hacer otra cosa que reconocer y otorgar legitimidad a lo que existía con anterioridad.

Este debate no parece concluido en la actualidad y muy por contrario, existen nuevos replanteos reajustados a los nuevos tiempos con argumentos diferentes, pero siempre asentados sobre iguales premisas lógicas: sólo el Estado a través de una presunción *jure et de jure* puede asignarle aptitud a un ente abstracto —que no sea persona humana—, para la realización de los actos de la vida civil, o sea, otorgándole capacidad a una persona artificial.

El Código Civil como dijimos, no se animó a tomar posición definitiva y terminante en torno a una u otra de las concepciones contrapuestas, sin embargo en algunas oportunidades como ocurrió verbigracia los arts. 35 y 45 del Cód. Civ., unido a la solución pergeñada en el art. 43 del mismo respecto de la “responsabilidad extra contractual de las personas jurídica”, se invocaron como argumentos razonables para sostener que Vélez había seguido las enseñanzas de Savigny y por ende, aceptado la “teoría de la ficción”, todo ello además de la nota al Libro I en el cual reenvía claramente al pensamiento de Freitas, supuestamente acorde con esta concepción.

Ello no obstante, a poco que se estudie en su conjunto las diversas implicancias a este respecto, es factible advertir en el art. 1648 del Cód. Civ., cuando regula a la “sociedad civil” ⁽³⁴⁾, le admite su personalidad por obra

(32) De SAVIGNY M.F.C.: “Sistema del Derecho Romano Actual”, traducido por Jacinto Mesía y Manuel Poley, con prólogo de Manuel Duran Bas, 2da. Edición, Centro Editorial De Gondora, Madrid, t. 2, Párrafo LXXXV, Pág. 57 y siguientes.

(33) GIERKE: “*Das Deutsche Genossenschaft*”, publicado en los años 1868 y 1881. Puede accederse a este trabajo, como lo hemos hecho, a través de Francesco FERRARA, obra en la que se formula una concisa transcripción de los aspectos fundamentales de esta teoría.

(34) PALMERO Juan Carlos: “Pasado, presente y futuro de la sociedad civil”, en Revista del Derecho Privado Comunitario”, 2003-2, Sociedades. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

del acuerdo de voluntades, contradiciendo las soluciones de su época, lo que importa un desmentís importante respecto de los que le atribuyen el haberse enrolado de manera completa en alguno de los términos contrapuestos del ese debate de validez universal ⁽³⁵⁾.

Resulta igualmente claro que cuando se trata de explicar el nacimiento de las personas jurídicas con fines altruistas (asociaciones y fundaciones), en razón que sus finalidades resultan generalmente superpuestas con los del Estado, se les ha requerido la autorización expresa para funcionar (es claro que con los alcances hermenéuticos explicados infra); en cambio las sociedades que persiguen fines de lucro, el derecho se ha inclinado por el principio de su constitución o también llamado contractualista de la autonomía de la voluntad. Algo semejante ocurrió en Roma, entre los *collegi*, las *universitas* y las fundaciones, —especialmente a partir de la Lex Iulia (46 a. C.)— fueron alcanzadas por principios regalistas, en contraposición con la *societas* que siempre se le negó por completo la posibilidad de imputar unitariamente sus relaciones jurídicas y sus creaciones o nacimientos, se producían con independencia de cualquier injerencia gubernamental.

En definitiva: el Art. 142 del Cód. Civ. y Com., afirma con la autoridad de la ley, que las personas jurídicas comienzan su existencia, —como principio general—, desde su constitución, lo que significa a partir del momento en el cual se perfecciona el acuerdo asociativo, o una declaración unilateral de voluntad para las sociedades unipersonales, sin que se mencione condición otra alguna. Incluso todavía con mayor contundencia, las palabras de la ley se expresan en el sentido que “[n]o necesita autorización legal para funcionar”.

A nuestro modo de ver, el principio de su *constitución o contractualista*, contrapone aquellos argumentos que le acuerdan al Estado fuerza genética de la persona jurídica y algo mucho más importante todavía, le desconoce potestad para modelar o imponer figuras que no se correspondan con una realidad técnica anterior, tal como se ha visto en los ejemplos dados precedentemente. En una palabra, la ley no podría crear personas jurídicas arbitrariamente o conforme a su propio, libre y particular arbitrio, porque siempre estará este mandato que reenvía el comienzo de su existencia a lo que dispongan las partes constituyentes.

(35) BARCIA LÓPEZ Arturo. "Las personas jurídicas y su responsabilidad por actos ilícitos. Evolución histórica y derecho moderno.", Prólogo de Henri Capitant, Editorial Valerio Abeledo, 1922, 2da. Edición, Editorial - Librería Jurídica, Buenos Aires, 1922, parágrafo IV, Pág 421. Al interpretar literalmente la palabra *aunque*, imprime al texto legal un carácter restrictivo, que no se corresponde con la posición del Codificador, circunstancia que este autor lo excluye de posiciones definitivas en torno a la eventual adhesión a la teoría de la ficción.

La excepción a la regla general, serán los supuestos donde exista una disposición legal en contrario y tales situaciones se producirán generalmente —como se ha dicho—, en las figuras con finalidades altruistas o de bien común, frente a las cuales el Gobierno se reserva el derecho de contralor de su nacimiento, para una mejor apreciación acerca de la licitud y/o conveniencia social de sus finalidades, con la excepción de la “simples asociaciones” del art. 187 y concordantes del Cód. Civ. y Com., donde de alguna se preserva el enunciado general.

De todo lo expuesto precedentemente, podría extraerse otra conclusión nada menor por cierto, en orden a la construcción de un concepto unitario de persona, en el sentido que como regla general es factible afirmar, que su existencia no resulta de un acto administrativo, ni deviene de una resolución del Estado, sino se trata de una consecuencia de la autonomía de la voluntad expresada a través el pacto asociativo o determinación unilateral, superándose de esta manera -al menos desde una perspectiva normativa-, las dubitaciones en torno a la disputa entre “ficcionalistas” y “realistas”, motivo que como se ha visto, constituyó uno de los mayores debates que registra la historia del pensamiento acerca de la naturaleza jurídica de los grandes institutos del derecho privado.

VI.2. Personalidad diferenciada

Si se repasa las tres períodos factibles de visualizar en la evolución del desarrollo de la construcción de un concepto de persona jurídica, es decir, la etapa *embrionaria o romana* ⁽³⁶⁾, la *genética o estructural* y últimamente, la *funcional o dinámica*, es factible advertir que la primera de ellas estuvo centrada durante varios siglos fundamentalmente, en clarificar el “principio de diferenciación” o “alteridad”, que consiste en establecer una distinción entre los comportamiento individuales de las personas que las integran, respecto de los que deben ser imputados a la entidad persona jurídica.

Se trató de una dificultad que demandó muchísimos esfuerzos y tiempo, ya que en el derecho antiguo no era común establecer diferencias o singularidades entre quien realizaba un acto y la directa atribución de las consecuencias inferidas del mismo, tal como puede advertirse respecto de la trayectoria de la *societas romana*.

(36) PALMERO Juan Carlos: “La Persona Jurídica en el Derecho Romano” ob. cit. nota 8. En este trabajo hicimos una descripción de la evolución del derecho romano, desde sus orígenes hasta los finales de la República, especialmente la culminación del proceso a partir de juristas como ULPIANO o FLORENTINO que pone claramente de manifiesto, con un criterio absolutamente pragmático, el principio de diferenciación o alteridad.

Este problema se planteó también entre los griegos, ya que Seneca advertía que todo proceso lógico, mediante el cual una abstracción permite diferenciar una cosa distinta dentro de la cual las individualidades desaparecen, ello puede ocurrir a un ente creado en función del criterio de *coherencia*, con relación a su objeto o finalidad.

En la evolución sufrida por el derecho romano, sobre la base de observaciones eminentemente pragmáticas, evoluciona desde la confusión con los conjuntos de cosas materiales unificados e identificados detrás del concepto de *res* (cosas materiales), para luego avanzar un paso en el camino hacia la abstracción, mediante el concepto de *res ex distantibus* (cosas todavía, pero distantes o separadas), para un poco más adelante, llegar a identificarla con las *res incorporalis*, es decir, ya desvinculada de cualquier apreciación puramente material o corporal.

Desde este punto de partida, el proceso progresa hacia la construcción de los conceptos de *universitas personae* y *universitas rei*, y concluye en las postrimerías de la República, con el lúcido apotegma de Florentino que logra precisar la autonomía de la actividad corporativa a través de la fórmula "*quod est universitatis, non est singulorum*", es decir, lo que pertenece a la entidad, no es de las personas que la componen o integran, culminándose así este mecanismo lógico capaz de reconocer la existencia de una subjetividad dentro de una pluralidad, completamente diferenciada y autónoma.

No cabe duda de que alcanzar la idea de abstracción, demandaba por parte del derecho el reconocimiento de intereses legítimos pertenecientes a la entidad, absolutamente diferentes de sus miembros, y lo que resulta mucho más interesante aún, que la suma de los intereses individuales, de ninguna manera sustitúan al de la propia entidad, en si misma considerada.

Esta legitimación de intereses comunes o autónomos en ciertos agrupamientos sociales o unipersonales diferenciados de los de sus componentes, permitió *a priori* una serie de consecuencias inevitables, como que las deudas o los créditos individuales de sus componentes, no son imputables a la entidad; y viceversa, los de la persona jurídica en principio, no pueden atribuirse a sus integrantes.

Cabe entonces afirmar, a partir de esta premisa, que la propiedad de los bienes que pertenecen a la persona jurídica, no están sujetos a un régimen de condominio entre sus miembros, sino que resultan disponibles exclusivamente por la propia entidad.

A su vez, la voluntad propia de la entidad, se expresa a través de un órgano que actúa por sí y con autonomía, por lo que sólo será obligada por tales actos y con directa imputación sobre el patrimonio de la entidad,

cuando fuesen la expresión de estos. La estructura orgánica de dirección o comando, puede establecerse tanto en el acto fundacional, como por disposiciones expresas de la ley.

Por otra parte, es menester diferenciar la relación entre el patrimonio de la entidad y el de sus miembros, es decir, la mayor o menor conectividad de la persona jurídica, respecto del de sus componentes. Esta relación puede reconocer tres formas diferentes de graduación de la separación o tabicación patrimonial, a saber; (i) *perfecta o completa*, cuando existe limitación absoluta de la responsabilidad, a la que también es llamada sistema de “separación completa”⁽³⁷⁾; (ii) *subsidiaria*, en los casos donde existe necesidad de excusión de los bienes de la entidad, para que ante su insuficiencia, recien respondan los patrimonios de sus integrantes; por ultimo (iii), *solidaridad*, cuando tanto el ente como los componentes responden personal e ilimitadamente de las deudas corporativas.

Esta circunstancia trae otra consecuencia directa del principio de diferenciación: los acreedores de la corporación, cualquiera sea el sistema de separación señalados precedentemente, responderán siempre prioritariamente con los bienes que componen el patrimonio de la entidad, respecto de los acreedores individuales. Este enunciado constituye a nuestro modo de ver, el verdadero ADN de la persona jurídica, ya que todo el sistema —tanto desde un punto de vista estructural como funcional— permite la construcción de un centro de imputación diferenciado respecto de los patrimonios individuales, superándose de esta manera el principio de indivisibilidad del patrimonio.

El art. 143 del Cód. Civil lo introduce como una de las notas esenciales, cuando establece: “Personalidad diferenciada: La persona jurídica tiene una personalidad distinta a la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que dispongan la ley especial”.

A la luz de lo expresado precedentemente, cabe concluir que toda persona jurídica deberá tener *algún grado* de separación patrimonial, y tal circunstancia constituye a no dudar, una nota esencial del *género* capaz de reconocerse en todas y cada una de las *especies* con que se manifiesta el ins-

(37) Alguna doctrina —especialmente sajona—, entiende que la separación patrimonial constituye el rasgo esencial que identifica al instituto. Sin perjuicio de conformar un dato importante y muy significativo, no podría afirmarse que integra y completa los elementos constitutivos de una persona jurídica, conforme se ha visto en las reflexiones precedentes, donde se demuestra la conformación en cambio de una cantidad de características esenciales, tantas desde una visión meramente estructural como así dinámica o funcional.

tituto, tanto cuando tiene objetivos altruistas, como así en los supuestos de propósitos lucrativos.

Y en este caso en particular, tal aserción no constituye una opinión científica o dialéctica individual de una determinada concepción o teoría académica, sino simplemente, un elemento esencial inferido de las propias palabras de la ley.

VI.3. Inoponibilidad de la persona jurídica

Durante muchos años, especialmente con anterioridad a la “explosión demográfica” de la figura de la sociedad ⁽³⁸⁾, la descripción de la persona jurídica se formulaba principalmente desde una perspectiva estática o estructural -apreciada especialmente en las *sociedades de cómodo o ficticias-*, pero tales remedios implicaban una completa omisión inamisible de las anomalías que aparecen al momento que comienza a desarrollar su *actividad*, es decir, a partir de una visión dinámica o funcional, y como hemos dicho en otras oportunidades, se la apreciaba generalmente como si se tratase de una fotografía del acto fundacional, cuando en realidad debía utilizarse una filmación.

Sin embargo, esta concepción implicaba una verdadera mutilación o cercenamiento de su concepto, porque eventualmente -como se ha visto-, podía reflejar defectos estructurales o constitutivos, pero era evidente omitía el seguimiento o supervisión de la persona jurídica cuando desarrolla una *actividad* concatenada de actos, todos ellos en miras a la consecución de sus fines comunes (en caso de pluralidad de miembros) o autónomos (frente a situaciones de unipersonalidad), circunstancia que obliga a correr las fronteras propias de su naturaleza, dejando al descubierto una nueva perspectiva, que no es otra que la visión *dinámica o funcional*, consistente en cotejar si esa *actividad* resulta coherente o acorde con los fines o el objeto de su creación.

(38) BARUCHEL Natallie, “La personnalité morale en droit privé” en “Bibliothèque de Droit Privé. Tome 410” Editorial “L.G.D.J.,” Paris 2004. En referencia a la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la personalidad moral, —a diferencia de la apreciación de Brinz—, la considera como “una de las bellas controversias del derecho actual”. Referido a la proliferación de las fórmulas asociativas, especialmente a principios de siglo pasado, describe el fenómeno como “una *demografía pululante*” y reconoce que este fenómeno ha despertado dudas acerca de la posibilidad de establecer un concepto unitario del instituto, posición que se preocupa en toda la obra de contradecir y desmentir, especialmente a partir de la jurisprudencia francesa claramente enrolada en la “teoría de la realidad”.

De alguna manera, y en forma figurada, esta tarea resulta semejante a la que cumple una brújula o GPS, es decir, la supervisión de la vida y sus comportamientos corporativos, respecto de la relación de *coherencia* que debe mediar entre su *actividad* y el cumplimiento de su derrotero institucional.

Desde diversas disciplinas del derecho ⁽³⁹⁾, existen situaciones claras donde la persona jurídica resultan desnaturalizadas, abusadas o les imponen desviaciones funcionales ajenas a sus propios fines, y que en miras de lograr una caracterización genérica, consisten siempre en el sometimiento del interés común o autónomo, por otros individuales o grupales de los miembros que la componen, dirigen o administran, afectándose la causa fin del negocio jurídico asociativo.

Si bien se trata de una anomalía más bien frecuente en el campo del derecho societario, ello no obsta ocurra también en algunos supuestos de las entidades con fines altruistas, porque la desnaturalización o disfuncionalidad de su causa fin, puede ocurrir en ambas supuestos, de ahí que haya sido regulada primeramente por el art. 54 2da parte de la Ley General de Sociedades, y con posterioridad, por el art. 144 del Cód. Civ. y Com. que extiende tales correctivos a todo el amplio espectro del derecho corporativo.

La inoponibilidad de la persona jurídica se configura toda vez que bajo su cobertura o pantalla, y mediante una utilización contraria a derecho, se haya subvertido los principios de buena fe, orden público y/o frustración de los derechos de los terceros y de manera particular, se configure un *abuso de derecho* ⁽⁴⁰⁾ en forma específica, situaciones todas factibles de apreciar durante la vida activa de la persona jurídica y en función de desviaciones

(39) El problema se repite tanto en el Derecho Civil, debido a la violación de la legítima encubierta detrás de una sociedad; el Derecho Societario, cuya repuesta se logra inicialmente en del tercer párrafo del art. 54 LGS; o del Derecho Fiscal, frente a transgresiones de su normativa, debido a comportamientos evasivos o elusivos a través de la utilización anómala de la figura; también en el Derecho Laboral, con imputación directa a la persona de los socios; o el Derecho Concursal a través de la extensión de la quiebra; todas estas vías que tuvieron origen en diversas disciplinas fueron coadyuvando al imprescindible respuesta del derecho en orden a la construcción de una figura unitaria.

(40) PALMERO Juan Carlos: "Fundamentos científico de la teoría de la desestimación de la personalidad" en "Revista de Derecho Privado y Comunitario": "Abuso de la personalidad societaria", Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2008-3, Pág. 96. Explicamos los problemas de los terceros de buena fe que ocurrirían cuando se pretende traspasar sin reparo alguno, las consecuencias invalidatorias derivadas del "abuso del derecho" propias de los actos jurídicos, a una *actividad* desplegada por la persona jurídica, situación que se apreció especialmente como errores de los primeros fallos dictados por la jurisprudencia nacional a este respecto.

funcionales capaces de privilegiar intereses ajenos a los propios y genuinos del instituto en cuestión.

Los comportamientos corporativos ilícitos, se corrigen a través del instituto de la *inoponibilidad o superación de la personalidad*, sanción adecuada de las actividades que desarrollan los entes colectivos, que los diferencia necesariamente de la *nulidad*, aplicable a sólo a los actos jurídicos, y como es lógico, requieren mecanismos invalidatorios muy diferentes al momento de establecer las consecuencias de dicha imposición.

Como resumen de este punto, merecería destacarse que la incorporación del perfil dinámico o funcional ha venido a completar una visión moderna y actual de persona jurídica, lo que implica el aporte de las bases lógicas necesarias en miras para la construcción de una concepción unitaria del instituto.

VII. CONCLUSIONES

En base a lo expuesto precedentemente, entendemos que la definición de concepto y contenido de la persona jurídica del art. 141 del Cód. Civ. y Com., unida a la precisión de sus rasgos esenciales mediante los arts. 142, 143 y 144 del Cód. Civ. y Com., no obstante, su funcionalidad normativa-, permite proyectar a las ciencias jurídicas, un conjunto de elementos o basamentos lógicos suficientes e idóneos para la construcción de un concepto unitario y moderno de la figura, dando fundamento o sustento lógico a la elaboración de un sistema hermenéutico general.

Corroborar el aserto precedente, su ubicación metodológica, mediante su inserción dentro de un sistema hermenéutico general; la admisión de su naturaleza organizacional o sustrato,; el comienzo de su existencia por obra de la fuerza genética de la autonomía de la voluntad, como cualidad inferida por la ley; diferenciación o alteridad entre la entidad y sus componentes y por fin, tratamiento explícito de la perspectiva dinámica o funcional, a través del constante contralor de coherencia de su actividad para la preservación del interés común o autónomo, conforman e identifican un conjunto de elementos esenciales capaces de sentar las bases lógicas necesarias, en orden a la obtención del resultado científico expresado en este trabajo.

LAS ACADEMIAS NACIONALES COMO PERSONAS JURÍDICAS Y LAS PERSONAS HUMANAS

POR HÉCTOR ALEGRIA

“La persona natural es el hombre... la persona no nace porque el Derecho Objetivo le atribuya capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino que le reconoce esa capacidad porque es persona... Aun en las personas jurídicas el destinatario último y verdadero de los derechos y obligaciones es el hombre, porque el derecho no se da sino entre hombres... No se trata de creaciones arbitrarias de entidades ficticias, sino de realidades humanas (el hombre como ser eminentemente social) que el legislador no puede desconocer”.

Guillermo A. Borda (*)

Me siento honrado por participar en este libro de homenaje al gran maestro del derecho argentino Dr. Guillermo A. Borda. En lo personal, fui su alumno en el primer año de la carrera de la Facultad de Derecho de Buenos Aires en 1952 y recuerdo haber leído entonces algunos de sus libros, publicados antes de que apareciera su famoso Tratado de Derecho Civil. Después pude seguir la trayectoria de Borda en su vida pública, tanto en la magistratura, en la que llegó a su máxima posición, como en cargos ejecutivos del más alto nivel. Pero lo más admirable de Borda fueron sus publicaciones y en especial el famoso libro de derecho civil que mencionamos arriba, de trascendencia aún fuera de nuestro país y especialmente en América latina y España. En más de una oportunidad pude reunirme con el maestro y apreciar su cordialidad, sólida formación, principios y valores. Su figura me resulta muy próxima y creo que este homenaje es altamente justificado y salda en mínima parte lo que le debemos al maestro.

(*) Guillermo A. Borda, *“Tratado de Derecho Civil – Parte General”*, 14^{va} edición, actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, Buenos Aires 2013, págs. 235 y 562.

I. LAS ACADEMIAS NACIONALES COMO PERSONAS JURÍDICAS

I.1. Fundamentos del decreto ley 4362/55

El Decreto con fuerza de ley número 4.362 del 30 de noviembre de 1955, dictado por el Poder Ejecutivo provisional en ejercicio del Poder Legislativo, estableció un régimen para las Academias Nacionales. Se señala que estas habían “desaparecido” por las medidas emanadas de la ley 14.007 de 1950 y el decreto 7.500 del 30 de septiembre de 1952 (ambos derogados por el artículo 11 del decreto ley 4362/55). El mismo decreto ley tiene en cuenta que “las Academias existentes en el país, hasta 1952 funcionaban dentro de un régimen heterogéneo, según el origen de cada una, oficial o privado, por apoyo financiado del estado algunas, y otras sin él” y que por otra parte “no se ha dictado nunca una ley general relativa a las Academias que diera las normas a las que ha de ajustarse la obra de fomento y apoyo del Estado a su respecto”.

Por todo ello, se pronuncia definiendo el carácter de esas Academias y contemporáneamente se restituye a las que figuraban incorporadas, al momento del decreto ley, al presupuesto del Ministerio de Educación, las sumas totales para el año 1956 en concepto de contribución, cuya inversión por rubro “será determinado por las mismas Academias”. Asimismo, se asignan los montos necesarios para que se puedan reanudar, sin interrupción de continuidad, las publicaciones periódicas no aparecidas durante el período que no funcionaron (art. 5°). En el art. 6° se establece igual restitución de los bienes del patrimonio de las Academias, con una rendición de cuentas sobre la administración realizada por el delegado administrativo.

Esta legislación debe entenderse vigente y aplicable de conformidad con la doctrina mayoritaria expresada en las causas “Console de Ulla c/ Universidad de Buenos Aires”, “Fallos” 313:1483; “Godoy, Oscar c/ Universidad Nacional de La Plata”, “Fallos” 313:1621; “Caggiomo, Héctor José Claudio” “Fallos” 314:1477; “Pignataro, Luis Ángel”, Fallos 314:1627 ⁽¹⁾.

I.2. Disposición normativa base

Con relación al carácter de las Academias Nacionales como personas jurídicas, establece: “Las Academias Nacionales son asociaciones civiles y deben tener la correspondiente personalidad jurídica. Se dan sus

(1) La minoría de la Corte, según los casos, sostuvo que los Decretos leyes no conservaban vigencia sino cuando eran ratificados expresa o implícitamente por una autoridad constitucional posterior.

propios estatutos y reglamento bajo las normas del derecho común, de acuerdo con los preceptos del presente decreto-ley”.

Dado que el mismo decreto ley enuncia las academias existentes en aquel momento (art. 10), cabe concluir que todas esas Academias quedan abarcadas por la norma que hemos transcripto. Por lo tanto y en principio, cabe partir de este precepto para definir el carácter de las Academias Nacionales, lo que estudiaremos seguidamente.

En primer término, cabe señalar que la identificación de las Academias como *Nacionales* importa tipificar de manera concreta a un grupo de academias, respecto de las cuales se admite su vinculación con los fines del Estado Nacional y por lo tanto se someten a un régimen especial y a una tipificación concreta.

Como antecedente, cabe mencionar que la ley número 14.007 de 1950 ⁽²⁾ (derogada) decía:

Artículo 1: Las academias tendrán por fin la docencia de la cultura y de las investigaciones científicas, postuniversitarias. Podrán organizarse como entidades públicas o privadas; las primeras se llamarán Academia Nacional, con el agregado de la especialidad a que se dediquen; las segundas usarán invariablemente la expresión Academia Privada, con el agregado de la especialidad respectiva.

Artículo 2: El Poder Ejecutivo reglamentará el funcionamiento de las academias oficiales, establecerá la cantidad de miembros correspondientes y de número que las integrarán, y la duración de los mismos, designando para constituirlos a personas de consagrados valores culturales.

El Poder Ejecutivo procederá a reorganizar las academias y universidades populares, de acuerdo a las disposiciones de la presente ley y de la reglamentación correspondiente.

(2) Por la ley 14.007 de 1950, y por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 7.500 del 30 de septiembre de 1952, (ambos derogados) se estimaba reglamentar el artículo 37 de la Constitución Nacional reformada en 1949 (que quedó sin efecto en 1956) que establecía que “el Estado creará escuelas de primera enseñanza, secundaria, técnico profesionales, universidades y academias”; mientras que, su inciso 5 decía: “El Estado protege y fomenta el desarrollo de las ciencias y de las bellas artes, cuyo ejercicio es libre; aunque ello no excluye los deberes sociales de los artistas y hombres de ciencia. Corresponde a las academias la docencia de la cultura y de las investigaciones científicas posuniversitarias, para cuya función tienen el derecho de darse un ordenamiento autónomo dentro de los límites establecidos por una ley especial que las reglamente”.

I.3. Estatutos de las Academias actualmente existentes

Los estatutos de las Academias existentes a la fecha, adoptados en distintas épocas, identifican el carácter de las Academias de distinta manera. Podemos agrupar los que hemos compulsado de la siguiente manera ⁽³⁾:

i) *Asociación Civil*: Medicina, Notariado, Educación, Ingeniería, Periodismo, Geografía, Ciencias Económicas. (algunos agregan: *sin fines de lucro*)

ii) *Persona jurídica pública no estatal*: Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, Empresa, Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ciencias de Buenos Aires, Ciencias Morales y Políticas.

iii) *Corporación científica sostenida por el gobierno de la Nación Argentina*: Ciencias de Córdoba.

iv) *Persona jurídica pública sin fines de lucro*: Agronomía y Veterinaria.

Los restantes estatutos no definen el carácter de persona jurídica de la entidad respectiva.

Como se advierte hay disparidad en la identificación de la cualidad de cada academia como persona jurídica, ello a pesar de que algunos estatutos son posteriores al decreto ley que hemos estudiado, que las definía como *asociación civil*, con estatutos y reglamento bajo las normas del *derecho común*.

I.4. Interpretación

Una opinión surgida de la simple lectura del decreto ley importaría considerar a las Academias Nacionales exclusivamente como *asociaciones civiles* y, por tanto, personas jurídicas privadas de las identificadas por el Código Civil y Comercial en los artículos 148, inc. c, y en la sección tercera "*persona jurídica privada*", arts. 151 y siguientes y particularmente arts. 168 a 186.

En realidad, su caracterización como persona jurídica privada le fue atribuida históricamente, en algunas oportunidades, antes de la sanción del decreto-ley 4362/55.

(3) Las identificamos sólo por su designación por la ciencia o arte que corresponde a cada una.

Esta determinación no contempla, sin embargo, algunas de las peculiaridades salientes de las academias nacionales cuya existencia como tales depende de su consideración en decisiones de autoridades nacionales, que en algunos casos gozan de una contribución del Estado (no todas, pues algunas no reciben esta “contribución”) y tienen un régimen particular de las personas participantes (académicos), modos de administración de sus bienes y recursos y exenciones de contribuciones e impuestos “nacionales, provinciales o municipales” (art. 9°).

Por ello, la doctrina ha elaborado para estos casos el concepto de *persona jurídica pública no estatal*.

En esa dirección, Marienhoff ⁽⁴⁾ comienza señalando que *la importancia de todo lo relacionado con la personalidad moral o jurídica es fundamental* en el derecho administrativo. Se pregunta después cómo se distinguen las personas morales o jurídicas públicas de las privadas y advierte que esa diferencia no constituye cuestión académica, sino que es de indiscutible interés práctico, mencionando después los criterios para realizar esa distinción. Dentro de éstos identifica: el origen del ente, el control administrativo, la potestad de imperio, el criterio de servicio público, el fin público, la integración dentro de la administración pública y la voluntad del legislador. Estudia después las distintas posiciones doctrinarias, entre las cuales destaca la del jurista uruguayo Enrique Sayagués Laso, quien distingue entre persona jurídica *pública* y persona *estatal*, de donde resulta que una entidad puede no formar parte de la administración pública y ser, sin embargo, persona jurídica pública, y agrega:

No obstante, esta posición, que juzgo correctísima, deja aún dos problemas a resolver: 1, cuando una persona pública ha de ser tenida por persona “estatal”; 2, cómo se distingue una persona jurídica privada, máxime si ésta, por la índole de los poderes de que disfruta y la actividad que ejerce, se halla en los lindes del derecho público (los destacados son agregados).

Marienhoff señala los criterios que darían lugar a tal diferenciación, que serían:

a) La obligación del ente hacia el estado de *cumplir sus fines propios*, sin ser de interés general, aunque no coincidan en todo o en

(4) Marienhoff Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo I, 1970, Página 339 y ss.

parte con los fines específicos del Estado diciendo que se trata de un interés general *menos intenso* y que específicamente en relación a los fines debe establecerse una diferencia entre lo que cumple una persona jurídica pública estatal, y lo relativo a una persona jurídica pública no estatal.

b) Otorgamiento al ente de ciertos *derechos de poder público*.

c) *Control constante* del estado.

d) *La creación del ente* no es indispensable que provenga del Estado y puede ser de origen privado, destacando que la persona jurídica pública estatal debe ser siempre creada por el Estado y las no estatales pueden no serlo.

e) *La creación del ente* no es indispensable que provenga del Estado y puede ser de origen privado, destacando que la persona jurídica pública estatal debe ser siempre creada por el Estado y las no estatales pueden no serlo.

f) El *patrimonio* de la entidad, relacionado con la pertenencia total o parcial de las personas que lo integran.

g) *La forma* del ente, que señala que puede ser una corporación, fundación, etc., pero que carece de influencia en la materia, ya que las personas jurídicas públicas pueden ser concebidas bajo cualquier forma, como “corporación”, “fundación”, y también, “sociedad” siempre que contengan los demás elementos.

En cuanto a las *personas jurídicas públicas no estatales*, expresa que:

[...]su origen o creación puede responder a un acto del Estado o de los particulares. Sus “fines”, si bien han de ser indispensablemente de “interés general”, no es menester que coincidan en todo o en parte con los fines específicos del Estado; como lo expresé precedentemente, trátase de un interés general menos intenso que el que satisface el Estado como función esencial y propia de él. Sus órganos personas no son funcionarios o empleados públicos; en consecuencia, no se rigen por el derecho administrativo, sino por el derecho laboral. Sus actos o decisiones no son actos “administrativos”. Su patrimonio no es totalmente del Estado, aunque parte puede ser de éste. Por la índole de la actividad que ejercen, están sometidas a un control más o menos riguroso por parte del Estado. Pueden poseer cierto poder coactivo o de imperio sobre los administrados o particulares que actúan dentro del ámbito en que el ente ejerce su actividad.

El mismo autor, en un trabajo específico referido a las Academias Nacionales ⁽⁵⁾ estudia lo que se llama “condición jurídico legal de las academias”.

Recuerdo el texto que hemos transcripto (el art. 2 del decreto ley 4362), y dice que a pesar de que éste habla de asociaciones civiles regidas por el principio general del “derecho civil, sin embargo, las cosas no son exactamente así, pues estos textos están racionalmente superados por la legislación posterior y complementados por las enseñanzas y adelantos de la doctrina científica, que es fuente jurídica indirecta de derecho administrativo”.

Cassagne ⁽⁶⁾ analiza los puntos que antes desarrollamos y especialmente señala como distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas: la *creación estatal* del ente, el *fin público*, la *existencia de prerrogativas de poder público* y el *grado de control estatal* ⁽⁷⁾. A continuación, trata la diferencia entre personas públicas estatales y no estatales y cita un párrafo de Sayagués Laso ⁽⁸⁾ que dice:

[P]ero, además de estas entidades, existen otras personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la Administración Pública, sea porque el legislador las creó en ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante, dichas instituciones, en todo o en parte, se regulan por normas de Derecho Público.

Y dice que frente al concepto tradicional o clásico que identificaba entidad pública con entidad estatal se reconoce actualmente la existencia de entidades públicas no estatales.

(5) Marienhoff, Miguel S., “*Las Academias Nacionales. El cincuentenario de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Universidad y Academia*”. Edición de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 1985, especialmente página 35 y ss.

(6) Cassagne, Juan Carlos, “*Derecho Administrativo*”, tomo I, octava edición actualizada. Lexis Lexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

(7) Aunque señala que debe advertirse que el mayor o menor control es consecuencia y no causa de la naturaleza de la entidad. Debemos destacar que el citado maestro no menciona específicamente los extremos referidos al *patrimonio* y a la *forma* identificados por Marienhoff. Sin embargo, los cree importantes para establecer la diferencia entre personas públicas estatales y no estatales.

(8) Sayagués Laso, Enrique. “*Tratado de derecho administrativo*”, tomo I, Talleres Gráficos, Montevideo, 1963, página 163 y ss. Cassagne recuerda que esta distinción habría sido advertida por Michoud en la doctrina francesa, lo que también es señalado por Marienhoff, quien cita la obra *la “Théorie de la personnalité morale”* de 1905 en “*Las Academias Nacionales...*” citado, en página 37.

Seguidamente, Cassagne se refiere a los caracteres diferenciales entre las personas jurídicas públicas estatales y las no estatales. Centra su atención en la *satisfacción de fines específicos del Estado*, donde indica que las entidades públicas no estatales basta que cumplan fines de interés general, sin que sea necesario que coincidan en todo o en parte con los fines específicos del Estado. No atribuye significación al criterio del *capital estatal*, pues estima que es insuficiente, ya que la misma forma de provisión de recursos puede darse tanto en entidades públicas como privadas. Finalmente, destaca que el *encuadramiento del ente en la administración pública* es determinante, puesto que las personas jurídicas públicas son o no son estatales según pertenezcan o no a esa administración pública y agrega que “[a] los efectos de verificar dicho encuadramiento será fundamental analizar la naturaleza de las relaciones o vínculos que ligan a la entidad con la Administración central y la amplitud de la injerencia o control de ésta sobre aquélla”.

La doctrina ha tenido oportunidad de tratar el tema, compartiendo —en general— las opiniones que hemos reseñado hasta ahora. Así, por ejemplo, Agustín Gordillo ⁽⁹⁾, la caracteriza como “funciones administrativas de órganos no estatales” y después ⁽¹⁰⁾, las identifica como *entidades públicas no estatales* ⁽¹¹⁾. Dromi estudia las personas jurídicas públicas no estatales, dice que tienen personalidad jurídica propia reconocida u otorgada por el Estado; en los caracteres jurídicos sigue pautas de clasificación similares a las que hemos expuesto antes. Balbín ⁽¹²⁾ reconoce la existencia de *personas jurídicas públicas estatales y no estatales*, y respecto de éstas últimas expresa que “existen casos complejos por su contenido mixto”, y que “es necesario resolverlos de conformidad con las particularidades del ente y las circunstancias del caso”. Para agregar, en un importante tratamiento, concluye diciendo que:

[C]reemos que el campo de las personas jurídicas públicas no estatales debe referirse y ampliarse en nuestro derecho, por ejemplo, respecto de los sujetos titulares de los medios de comunicación... que persiguen intereses colectivos y de modo directo, pero distanciándose del

(9) Gordillo, Agustín, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, tomo 1, parte general, cuarta edición, editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, página IX - 50.

(10) En la página XIV - 26.

(11) Dromi, *“Derecho Administrativo”*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, página 465 y siguientes.

(12) Balbín, Carlos F., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2011, páginas 59 y 60.

poder gubernamental, con el propósito de cumplir sus cometidos con criterios propios e independientes.

Treacy ⁽¹³⁾ estudia las personas jurídicas públicas no estatales destacando sus caracteres distintivos tal como lo hicieron Marienhoff y Cassagne y señalando que ejemplos de ellas son los partidos políticos, los sindicatos y las obras sociales, también menciona a los colegios profesionales; Julio Rodolfo Comadira, Héctor Jorge Escola, Julio Pablo Comadira; José Canasi ⁽¹⁴⁾ trata los *establecimientos de utilidad pública*, que son personas jurídicas pero de naturaleza privada, refiere allí la doctrina de Michoud, la que hemos mencionado ⁽¹⁵⁾, que fuera el fundamento de la opinión de Marienhoff, referenciada por Cassagne ⁽¹⁶⁾.

1.5. Coordinación del precepto legal (art. 2º, decreto ley N.º 4362/1955), con el encuadre jurídico de las personas jurídicas públicas no estatales

Frente al desarrollo doctrinario que acabamos de exponer, éste pareciera contradecir la regla del art. 2º del dec.-ley 4362/1955, que hemos transcripto más arriba ⁽¹⁷⁾

Sin embargo, nos permitimos interpretar que el carácter técnico con el que se puede calificar a las Academias Nacionales es el de persona jurídica pública no estatal. Ésta no se define por su forma, sino por los otros caracteres que hemos venido desarrollando. En ese sentido, la forma adoptada (corporación, sociedad, asociación) puede utilizarse por una persona jurídica pública. Por tanto, son perfectamente coexistentes el carácter de *persona jurídica pública no estatal* con la identificación de ella, por su forma, *como asociación civil*.

Merece ahora considerarse si la remisión a las normas del *derecho común* implica desestimar el carácter de persona jurídica pública.

(13) Treacy, Guillermo F., "El Estado en el nuevo Código Civil y Comercial: Proyección del nuevo Código en las relaciones jurídicas de carácter público", en Dalla Via, Alberto Ricardo y García Lema, Alberto Manuel: "Estudios Constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación", tomo I, Santa Fe, 2016, páginas 162 y siguientes.

(14) Canasi José, "Derecho Administrativo", volumen I, parte general, Depalma, Buenos Aires, 1981 (reimpresión).

(15) Ver *ut supra* nota 9.

(16) Treacy, *op cit*, señala que Hutchinson solamente considera tratar como entes públicos a los estatales y remite a Hutchinson Tomás, "Las corporaciones profesionales", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1982, página 71.

(17) *Vid. Supra* punto A.

En realidad, la referencia al *derecho común* atañe *específicamente* a los *estatutos y reglamentos* (norma calificada, pues exige que ellos también estén de acuerdo con los preceptos del *presente decreto ley*).

A nuestro juicio, se trata de normas institucionales internas del ente que está contemplando. Es decir que se ha recurrido a una *estructura funcional* conocida y regulada por la ley civil ⁽¹⁸⁾. Actualmente, en el Código Civil y Comercial se trata de los artículos 141 a 167, como reglas generales, y 168 a 186 concretamente relacionados a “asociaciones civiles”.

1.6. Las normas del Código Civil y Comercial relativas a personas jurídicas

El Código Civil y Comercial de la Nación ahora vigente, contiene en el Libro primero, Título II, “Persona Jurídica”, los artículos 141 a 224, comprendiendo una parte general que regula, entre otras cosas, la clasificación de las personas jurídicas; dentro de ellas, la de las personas jurídicas públicas y las personas jurídicas privadas. En estas últimas, incluye las normas que identifican las generales de las personas jurídicas y las de su funcionamiento. Separadamente estudia, en concreto, en el capítulo dos, las asociaciones civiles y las simples asociaciones; en el capítulo tres las fundaciones.

Nos detendremos unos instantes en algunos de estos aspectos que rozan el tema que venimos desarrollando.

En primer lugar, reiteramos que el citado Código comprende en su consideración a las *personas jurídicas públicas* y a las *personas jurídicas privadas* ⁽¹⁹⁾. La doctrina ha resaltado que, tanto en el Código Civil ante-

(18) Artículos del Código Civil derogado contenidos en el Libro I, Sección I “*De las personas en general*”, y título I “*De las personas jurídicas*”, artículos 30 a 50.

(19) Artículo 146 Cód. Civ. y Com.: “Personas jurídicas públicas. Son personas jurídicas públicas: a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable; c) la Iglesia Católica.

Privadas: Artículo 148 del Cód. Civ. y Com.: comprende entre otras a las asociaciones civiles (inc. b), y a toda empresa contemplada en disposiciones de este código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento (inc. i).

rior, como en el actual Código Civil y Comercial, no se ha incluido la distinción de las personas jurídicas públicas en estatales y no estatales ⁽²⁰⁾.

Al no existir normas expresas de derecho administrativo relativas al perfil institucional de las Academias ⁽²¹⁾, es legítimo incorporar, para considerar los alcances de la referencia del decreto-ley 4362/55, a las *asociaciones civiles*. En ese sentido, cabe remitir a las reglas generales de los artículos 141 a 144, 168 a 186 y, en cuanto sea del caso, a los artículos 151 a 162 del Cód. Civ. y Com. ⁽²²⁾

I.7. Jurisprudencia

Algunos fallos han reconocido a ciertas entidades como *personas jurídicas públicas no estatales*. En ese sentido, en la causa “Epelbaum Arnaldo José c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario ⁽²³⁾” se dijo por el Alto Tribunal que:

[L]os artículos primero de la ley 21.296 y art. 1° de la ley 21.274 incluye al personal de determinadas entidades públicas no estatales —la demandada, entre ellas—. Autorizándolas, en consecuencia, a dar de baja a dicho personal por razones de seguridad” (...) Tal inclusión responde a motivaciones de interés general que imponen un adecuado ordenamiento no solo de personas estatales, sino también de aquellas que, por cumplir fines de utilidad pública —como la demandada— son de singular trascendencia para la comunidad (doctrina de la sentencia *in re* B. 658 “Blanco, Héctor A y otro c/ Inst. Serv. Soc. para el Personal Ferroviario s/ despido” de fecha 17 de abril de 1979).

En el caso “Campos Jorge Bernardo y otro c/v. Caja de subsidios familiares para el personal de la industria” ⁽²⁴⁾, el Tribunal reiteró los antecedentes de “Epelbaum” y dijo que:

[L]a inclusión del personal de determinadas entidades públicas no estatales, efectuada por la ley 21.296 en los arts. 1° de la ley 21.260 y 1°

(20) Ver Marienhoff “*Las Academias Nacionales...*”, op. cit., pág. 40 y ss; Cassagne, “*Derecho...*”, op. cit, página 237, donde dice “*que aún con la reforma de 1968 al Código Civil, no reconoció de forma expresa la calificación de persona pública no estatal, cabe concluir que no la excluye, desde el momento que menciona a la Iglesia entre las personas jurídicas públicas, es decir, como persona jurídica pública a una que no es estatal.*”

(21) Y eventualmente tampoco implícitas

(22) En un trabajo separado, abordaremos la consideración de cada uno de esos preceptos y su aplicación particular (total o parcial), o su no aplicación a las personas jurídicas públicas no estatales.

(23) Fallos 301:562 y siguientes.

(24) Fallos 302:167

de la ley 21.274, autorizándolas a dar de baja a dicho personal por razones de seguridad o de servicio, con derecho a indemnización, responde a motivaciones de interés general que imponen un adecuado ordenamiento, no sólo de las personas estatales, sino también de aquellas que por cumplir fines de utilidad pública, son de singular trascendencia para la comunidad (conf. Causa e -393 “Epelbaum, Arnoldo José c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario”, fallada con fecha 3 de julio de 1979).

Cassagne cuando se refiere a una de las consecuencias del carácter público no estatal de alguna de las entidades, expresa que las decisiones que dictan sus órganos no constituyen actos administrativos, y por lo tanto excluyen la aplicación de normas de derecho público, en particular la del régimen de contralor e impugnación. Aclara que esa doctrina ha sido modificada, a su juicio, por el fallo “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Martínez Etchenique, Benjamín s/ cobro de sumas de dinero” ⁽²⁵⁾. El Alto Tribunal mencionó, para fundarse a ese respecto, un artículo expreso de la ley 23.187, que rige la actuación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal ⁽²⁶⁾.

I.8. Aplicación de la ley 24.156

La ley 24.156 trata sobre *la Administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional*. En su extenso contenido, se regula la actuación de control de la Sindicatura General de la Nación en los aspectos internos y de la Auditoría General de la Nación en los aspectos externos. ⁽²⁷⁾

A su vez, el artículo octavo contempla como sujetos a las disposiciones de la ley a diversas entidades ⁽²⁸⁾. El último párrafo de ese artículo dice:

(25) *Fallos* 315:1830 (1992)

(26) Artículo 17. – Créase el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que controlará el ejercicio de la profesión de abogado y tendrá a su cargo el gobierno de la matrícula respectiva en el ámbito geográfico de la Capital Federal y con referencia a las actuaciones profesionales en tal jurisdicción, ajustándose a las disposiciones de esta ley.

El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal funcionará con el carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas de derecho público.

Sin perjuicio de las remisiones especiales, la actuación del Colegio que se refiere al ejercicio del cometido administrativo que esta ley le habilita, se regirá observando supletoriamente la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos...

(27) Ley 24.156, art 7.

(28) Artículo 8º.- Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por:

Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades.

Por lo tanto, en principio las personas jurídicas no estatales (que no estén comprendidas en los incisos a, b, y c del artículo mencionado) quedan fuera de la aplicación general de la ley, mientras que solamente lo estarán en lo relativo a la *rendición de cuentas*.

Por otra parte, y en lo referente a la actuación de la Auditoría General de la Nación, el artículo 114 se refiere a los casos en que el Estado tenga participación en sociedades anónimas ⁽²⁹⁾, por lo que no comprende a las Academias Nacionales.

Por último, el artículo 120 de la citada ley expresa:

El Congreso de la Nación, podrá extender su competencia de control externo a las entidades públicas no estatales o a las de derecho privado en cuya dirección y administración tenga responsabilidad el Estado Nacional, o a las que éste se hubiere asociado incluso a aquellas a

a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social.

b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones.

d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional...

(29) Artículo 114.- En los casos en que el Estado tenga participación accionaria mayoritaria en sociedades anónimas, la Sindicatura General de la Nación propondrá a los organismos que ejerzan los derechos societarios del Estado nacional, la designación de los funcionarios que en carácter de síndicos integrarán las comisiones fiscalizadoras, de acuerdo con lo que dispongan sus propios estatutos.

También lo propondrá al Poder Ejecutivo Nacional en los casos en que deban asignarse síndicos por el capital estatal en empresas y sociedades en que el Estado nacional, por sí o mediante sus organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado tengan participación igualitaria o minoritaria. Dichos funcionarios tendrán las atribuciones y deberes previstos por la ley 19.550, en todo lo que no se oponga a la presente.

las que se les hubieren otorgado aportes o subsidios para su instalación o funcionamiento y, en general, a todo ente que perciba, gaste, o administre fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública.

En consecuencia, las Academias Nacionales estarán obligadas a rendir cuentas conforme lo dispone el decreto ley nro. 4362/55, en el artículo 7:

Las contribuciones previstas en los artículos que anteceden y los recursos propios que obtengan las Academias por venta de sus publicaciones, por donaciones, herencias, legados u otros conceptos, serán administrados directamente por las mismas de acuerdo a sus propias normas estatutarias, debiendo, en lo que conciernen a las contribuciones del Estado, rendir cuentas de su inversión antes del 31 de marzo del año siguiente al ejercicio de imputación

I.9. La disolución de las Academias Nacionales

En el decreto ley que gobierna lo relativo a las Academias Nacionales no existe una norma expresa que se refiera a su disolución de éstas.

Si aplicamos subsidiariamente el Código Civil y Comercial de la Nación en lo relativo a persona jurídica privada y asociaciones civiles, veremos en primer lugar que la duración de la persona jurídica es ilimitada en el tiempo ⁽³⁰⁾

Los artículos 163 a 167 de ese Código establecen las normas sobre disolución y liquidación de las *personas jurídicas privadas*. En el artículo 163 sistematiza las causales por las que la persona jurídica se disuelve, diciendo:

Artículo 163.- Causales. La persona jurídica se disuelve por:

- a) la decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o por la mayoría establecida por el estatuto o disposición especial;
- b) el cumplimiento de la condición resolutoria a la que el acto constitutivo subordinó su existencia;
- c) la consecución del objeto para el cual la persona jurídica se formó, o la imposibilidad sobreviviente de cumplirlo;
- d) el vencimiento del plazo;

(30) Artículo 155, Cód. Civ. y Com. “*Excepto que la ley o el estatuto dispongan lo contrario*”)

e) la declaración de quiebra; la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto;

f) la fusión respecto de las personas jurídicas que se fusionan o la persona o personas jurídicas cuyo patrimonio es absorbido; y la escisión respecto de la persona jurídica que se divide y destina todo su patrimonio;

g) la reducción a uno del número de miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y ésta no es restablecida dentro de los tres meses;

h) la denegatoria o revocación firme de la autorización estatal para funcionar, cuando ésta sea requerida;

i) el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla;

j) cualquier otra causa prevista en el estatuto o en otras disposiciones de este Título o de ley especial.

Artículo 164.- Revocación de la autorización estatal. La revocación de la autorización estatal debe fundarse en la comisión de actos graves que importen la violación de la ley, el estatuto y el reglamento.

La revocación debe disponerse por resolución fundada y conforme a un procedimiento reglado que garantice el derecho de defensa de la persona jurídica. La resolución es apelable, pudiendo el juez disponer la suspensión provisional de sus efectos

Estimamos que este precepto no es aplicable a las Academias Nacionales, en tanto las mismas deben actuar con independencia y libertad y que “[e]l Ministerio de Educación, fuera de sus tareas específicamente indeclinables, debe limitarse, en todo lo concerniente a la cultura a fomentar y apoyar, pero nunca a dirigir e imponer doctrinas (Considerando primero y sexto del decreto 4362/55)”. Esto no significa que las causales graves o las indicadas en los estatutos no puedan incoarse en la forma y ante el órgano de la Academia que fije sus estatutos, y en subsidio de estos ante el órgano administrativo de la misma Academia.

A su vez, con relación en concreto a las *asociaciones civiles*, remite a las causales generales de disolución que hemos indicado antes y agrega la reducción de asociados a un número inferior al total de miembros titulares y suplentes de su comisión directiva y órgano de fiscalización, si dentro de los seis meses no se reestablece ese mínimo. Antes de establecer una conclusión señalamos que los estatutos que hemos compulsado de las Academias Nacionales, en algunos casos prevén la disolución de la

persona jurídica de que se trata. Así establecen Periodismo (art. 29) por decisión unánime de los miembros de número y entrega de patrimonio a la biblioteca nacional o institución que lo reemplace; Ciencias de Córdoba: art. 38; Notariado que en su art. 19 remite al art. 48 del derogado Código Civil (asimilable al artículo 163 del actual Cód. Civ. y Com.) y, debiendo contar con aprobación del Poder Ejecutivo Nacional por conducto de la autoridad de control competente; Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, dispone en el art. 35, que en caso disolución la resolución debe ser tomada por dos terceras partes de académicos en ejercicio y que *debe ser aprobada por autoridad de control competente*; Educación, art. 38: La asamblea no puede declarar la disolución mientras exista un número suficiente de académicos para cubrir los cargos de los órganos sociales; Art 48: Disolución por decisión en sesión citada especialmente con quórum de más de dos terceras partes de los miembros titulares en ejercicio, y por mayoría de más de dos tercios de los presentes fundada en la imposibilidad de cumplir con los fines previstos en el artículo 3 del estatuto, en ambas hipótesis *la disolución debe ser aprobada por el Poder Ejecutivo de la Nación*; Agronomía y Veterinaria: Prevé la disolución y liquidación (art. 37), sin expresar requisitos; Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (art. 34 y 35), prevé la disolución por asamblea extraordinaria con los requisitos de reforma de estatuto; Ciencias de Buenos Aires, ídem Educación; Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la disolución se debe aprobar por asamblea extraordinaria, con quórum de dos tercios de los académicos en ejercicio y mayoría de dos tercios de los académicos presentes, agrega que la disolución *debe ser aprobada por autoridad de control competente*; Morales y Políticas, art. 38: cuando lo decida la asamblea extraordinaria y cuando se dé algunos de los supuestos previstos del artículo 48 del Código Civil *mutatis mutandi*, art. 136 del Cód. Civ. y Com. La disolución debe ser *aprobada por el Poder Ejecutivo Nacional* por conducto de la autoridad competente.

Como hemos visto recién, en los estatutos de las Academias se prevé diversamente sobre este tema y allí nos remitimos. Así algunas prevén la aprobación del Poder Ejecutivo *por intermedio del órgano de contralor*; otras la decisión de la asamblea *con aprobación del órgano de contralor*; algunas no identifican tales aprobaciones por lo que no parecerían necesarias y finalmente, otras no tienen presiones sobre el tema. Pensamos que no puede negarse la validez de lo previsto en los estatutos, mientras estos se encuentren vigentes.

En conclusión, no parece que el Poder Ejecutivo, y menos el órgano de contralor, tenga la facultad de disolver las Academias o cualquiera de ellas. Por lo que se advierte de los estatutos que en concreto mencionan

la intervención estatal, ésta procedería sólo cuando la propia academia ha resuelto la disolución de acuerdo con sus estatutos.

Un tema de mucho interés puede ser si, habiendo resuelto una academia su disolución de acuerdo con las disposiciones estatutarias, puede el Estado disponer su continuación o reorganización. El punto merece una importante meditación. Si la academia resolvió su disolución y el Estado no la aprueba, existiría un conflicto que, incluso, dejaría a los bienes de esa academia sin un adecuado asiento, pues, en general, se dispone que, producida la disolución, los bienes pasarán a una determinada entidad pública o privada. Por otra parte, no parece que se pueda privar al Estado de, en tales condiciones, autorizar a una nueva entidad o academia del ramo de aquella que resolvió disolverse.

I.10. Relación con los organismos de contralor

Las Academias Nacionales han tramitado, en general, su personería a través de los órganos de contralor locales. Así, por ejemplo, la Inspección General de Justicia en la Capital Federal y la Dirección de Personas Jurídicas del Ministerio de Finanzas de Córdoba actúan en esos trámites iniciales y en las posteriores reformas estatutarias y otros actos del desarrollo de la vida de la sociedad ⁽³¹⁾.

En nuestro criterio, la función de los órganos de contralor específicos se remite al *registro de los actos internos institucionales* de la respectiva Academia pues, como hemos dicho, el órgano administrativo al que nos referimos no puede inmiscuirse en la vida interna de las Academias y consecuentemente tampoco en sus pronunciamientos científicos o culturales que realice siguiendo sus facultades legales *estatutarias*.

I.11. Reflejos y consecuencias del carácter de persona jurídica no estatal de las Academias Nacionales

Es un tema que merece algunas reflexiones, mayores a la que por el momento son propias de este trabajo. Sin embargo, por ahora nos limitaremos a un enunciado somero de las principales. Así, se ha sostenido que:

a) Las Academias Nacionales no forman parte de la estructura y organización del Estado.

(31) Como modificación de estatutos, cambios de domicilio o sede, designación de autoridades, asambleas, etc.

b) Sus actos no son actos administrativos, sino de derecho común, lo que excluye, en principio, la aplicación de normas de derecho público, en especial el régimen de contralor e impugnación ante la administración pública ⁽³²⁾.

c) Sus funcionarios empleados no son funcionarios públicos, por lo que no se rigen por el derecho administrativo, sino por el derecho laboral.

d) A los fines jubilatorios y de la seguridad social, se aplican por las normas que establecen la previsión para tales dependientes. Generalmente se trata de la “Caja nacional de previsión para la industria, comercio y actividades civiles” ⁽³³⁾.

e) Ya hemos analizado que no se aplican las normas corrientes de la administración central y sus organismos autárquicos ⁽³⁴⁾.

f) Los bienes de las Academias y las contribuciones y demás recursos de sus patrimonios *serán administrados de acuerdo a las normas estatutarias que se hubieran dado cada Academia* ⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾.

II. LAS ACADEMIAS NACIONALES Y SUS MIEMBROS PERSONAS HUMANAS

II.1

Antes de desarrollar el núcleo de este capítulo diremos algunas palabras referidas a la misión de las Academias y su consideración dentro de la sociedad.

(32) Cassagne, “Derecho administrativo”, cit. página 241, y Marienhoff “Las Academias Nacionales...”, *op. cit.*, página 41. Véase la referencia al caso “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/Martinez Etchenique Benjamín”, *ut supra*, nota 26.

(33) Los miembros de la Academia y, por consiguiente, los integrantes de su directorio que revisten esta calidad no son dependientes ni reciben retribución por su desempeño.

(34) Ver *ut supra*. H

(35) Arts. 6,° 7°, y 8° decreto ley 4362/55.

(36) Para los ítems anteriores, puede verse Cassagne *op. cit.*, y Marienhoff *op. cit.*, ambas en nota 21.

Los fundamentos del decreto ley 4362/55 son importantes en cuanto a esa valoración como “signo más alto de la cultura del país, y constituye un órgano adecuado de la sociedad para la manifestación, progreso y acrecentamiento de las ciencias, las artes y las letras” (37).

Numerosas opiniones de relevantes hombres públicos y maestros de la actividad privada se han expresado al respecto. Así por ejemplo el recordado ex presidente de la Academia de Derecho, Dr. José Domingo Ray, quien dijo:

En estas corporaciones deben exaltarse los valores morales, la investigación, el estudio y la búsqueda del “bien común” [...] Este es el desafío de las academias en las que se debe buscar lo excelso del ser, trascender a lo que debe ser y superar la labor del especialista (38).

II.2 Las personas humanas miembros de la Academia

La valoración que hemos señalado respecto de las Academias tiene base fundamental en las personas que son sus Académicos. Éstos son *personas humanas* en todos los casos (miembros de número —especialmente—, miembros eméritos, correspondientes). Así el artículo primero

(37) Considerando 1° del citado decreto. Otros merecen señalarse por igual sentido.

Considerando 3° “Que la función que las Academias desempeñan en la vida cultural de un país adquiere singular relieve y real eficacia porque en su seno se reúnen los hombres que, tras largos estudios y una valorada obra personal, han adquirido el caudal de una experiencia decantada y diversa”

Considerando 4° “Que tal experiencia, en las Academias, es sometida a la prueba de un intercambio de estudios y deliberaciones que la hace aún más fecunda y beneficiosa para la colectividad, como lo prueba no solo el ejemplo de otros países sino el de nuestras propias Academias, la primera de las cuales se fundó en la aurora de la independencia nacional. Ellas, en efecto, a lo largo de sus sesiones, sus investigaciones, sus publicaciones y sus demás trabajos, fueron aportando una contribución considerable y altamente valiosa a la obra de crear, conservar y difundir la cultura”

(38) RAY, José Domingo, “Misión de las Academias”, Anticipos de “Anales”, año XLI, segunda época, número 34, publicación de la Academia de Derecho de Buenos Aires, 1997. Quien también dijo en ese trabajo “*Libertad académica y su proyección. El pleno goce de la libertad de pensamiento y su aire vivificante debe respirarse en las academias. En ellas debe prevalecer la independencia y objetividad, como en toda tarea de tipo intelectual, sin perjuicio del análisis de la realidad y de concretar una labor positiva para la comunidad.*”

Las Academias deben gravitar en la opinión pública y más que nada las de derecho que en su constante quehacer han de proyectarse para vitalizar las normas jurídicas que regulan la coexistencia” ... “En las Academias debe prevalecer el pronunciamiento sobre los temas fundamentales para gravitar comunitaria y culturalmente, sin perder de vista el estímulo de las vocaciones y la promoción de la investigación”.

del decreto ley 4362/55, dice: “Las Academias Nacionales tienen por objeto congrega[r] a las personas más conspicuas y representativas en el cultivo de las ciencias, las letras y las artes... (39)”

La segunda parte del artículo primero dispone la *estabilidad* del título de Académico (menciona que son vitalicios) y declara que “...constituye el honor que se discierne a quienes hayan dedicado su vida, con relevante mérito, a los fines enunciados”.

Los fundamentos del decreto ley dan pie a los artículos legales que hemos mencionado (40); en igual sentido, en el considerando quinto se dice: “Que las Academias, además, dan ocasión a que se disciernan a los ciudadanos merecedores de la gratitud de la patria la recompensa de un honor más apreciable que cualquier retribución material”.

En igual sentido, se pronuncia numerosa doctrina (41).

Las exigentes condiciones que se requieren para acceder al sitio de Académico, evaluación que se produce al ser designado por los propios Académicos de número según el artículo 3° del decreto ley 4362/55. (42)

Por otro lado, es reconocida como esencial para las Academias que desarrolle su vida académica de una manera *normal e independiente*, es-

(39) Art. 1, continuación: “..Con el fin de intensificar el estudio o el ejercicio de las mismas; promover el progreso de sus diferentes disciplinas; estimular la plenitud de las vocaciones intelectuales; difundir el fruto de sus trabajos y enaltecer, en el país y en el extranjero, el prestigio de la cultura nacional”

(40) Ver considerando tercero *ut supra* nota 39.

(41) Marienhoff: “Las Academias Nacionales...” *op. cit.* página 25 y siguientes, quien dice: “Es obvio que para ser académico no basta ser buena persona” (...), “deben extremarse las condiciones para seleccionar a quien integrará un claustro académico” (...), “debe ser ejemplo de las virtudes propias de un buen ciudadano” (...), “En concreto, para que una persona sea admitida como Académico sólo deben tomarse en cuenta los conocimientos del candidato y su dignidad de vida. La valoración de todo esto es circunstancial, y debe quedar librada al elevado criterio de los integrantes de las respectivas Academias”; Ray, José Domingo, *op. cit.* Página 9 y siguientes.

(42) Artículo 3°: “Las Academias Nacionales están constituidas por académicos titulares o de número, y académicos correspondientes. Los primeros no podrán ser menos de veinte ni más de cuarenta; los segundos serán elegidos en el interior y en el exterior del país. Los respectivos estatutos determinarán los deberes y derechos de cada categoría y los requisitos para su designación. También podrán designar, excepcionalmente, académicos honorarios”

tableciendo aquellas normas que definen el concepto de la institución... sin desmedro de su libertad ⁽⁴³⁾

Con estos elementos y teniendo en cuenta el principio de paralelismo de las competencias ⁽⁴⁴⁾, podemos establecer una regla que exprese que las remociones y sanciones a los miembros corresponden a la comisión directiva de cada Academia ⁽⁴⁵⁾, con participación del órgano de contralor interno y del propio miembro afectado ⁽⁴⁶⁾. Igual conclusión cabe respecto a las renunciaciones y licencias de los miembros de cualquier carácter, todo lo cual puede expresarse en los estatutos y reglamentos de cada Academia ⁽⁴⁷⁾.

(43) Considerando noveno del decreto ley 4362/55 “*Que conviene a los intereses de la cultura nacional crear las condiciones legales para que, cuanto antes, pueda recuperarse una vida académica normal e independiente, estableciendo aquellas normas que definan el concepto de la institución y enumeren los requisitos necesarios de carácter constitutivo para otorgar a las Academias Nacionales, sin desmedro de su libertad, el apoyo financiero del Estado.*” Vid Ray, José Domingo: op cit en la nota 31.

(44) Vid Casagne, “*Derecho Administrativo...*”, op. cit, página 343.

(45) Cualquiera sea la denominación que realmente tenga el órgano de administración de cada una de ellas.

(46) La resolución será recurrible ante los tribunales, como corresponde al orden jurídico nacional.

(47) No todas contienen reglas sobre esos puntos. Por ejemplo, podemos citar la de Bellas Artes. Art. 13: “*Los académicos no pueden ser suspendidos ni separados, salvo circunstancias excepcionales que afecten su buen nombre y honor, y el buen nombre y honor de la academia. La Separación solo podrá ser resuelta por el voto unánime de los académicos de número en ejercicio*”; Ciencias Exactas, Físicas y Naturales. Art 19 “*La Academia declarara la vacancia del cargo a quien lo ejerza y deje de asistir a más del cincuenta por ciento de las reuniones plenarias sin licencia.*”; Historia: Art. 9°.: “*En caso de ausencia durante un año calendario, sin licencia ni causa justificada justificada, el pleno puede aceptar su voluntad de retiro, o en su defecto designarlo como académico consulto y declarar vacante el sitial en sesión especial con mayoría de dos tercios de los presentes. La apelación debe ser considerada en la asamblea ordinaria*”; Ingeniería: Art. 5°, ... La Academia podrá eliminar de su seno al miembro que incurriera en acciones o hechos que impliquen inconducta o falta grave y menoscaben el decoro de la calidad de miembros de la Academia. Se formará un tribunal de honor. Se considera renuncia a la inasistencia de un académico titular a las reuniones durante un año. (Capítulo XIII se establece un tribunal de honor para decidir la separación de un miembro de la Academia, con dictamen de un comisión especial y constitución de un tribunal de honor. Sus resoluciones serán inapelables).

Empresa: Art. 15: El titular que faltara durante dos años sin haberse concedido licencia hubiese sido el plazo máximo de esta y no se reincorporase a la asociación en un plazo máximo de un año, cesará en sus funciones quedando vacante su sitial. Cualquier miembro podrá ser separado de la asociación a juicio de dos tercios de los académicos titulares si cometiere actos de indignidad o delitos dolosos. También pierde su calidad de académico por renuncia o por incapacidad judicialmente declarada;

Lo que antecede nos permite concluir que:

i) Las reglas que surgen de los estatutos se aplican a los supuestos que ellas contemplan.

ii) En los casos no regulados o en los aspectos que los estatutos no contemplen reglas, puede admitirse la remisión al Código Civil y Comercial, que estableció la necesidad de prever, en los estatutos, los casos de sanciones disciplinarias, exclusión de asociados y recursos contra las decisiones mientras que, en particular, en el caso de exclusión, señala que los asociados sólo pueden ser separados por causas graves *previstas en el estatuto* ⁽⁴⁸⁾.

Agronomía y Veterinaria: Ausencia a cinco reuniones ordinarias consecutivas, u ocho alternadas sin aviso y cuando por cambio de domicilio avanzada edad o estado de salud no pueda cumplir íntegramente con sus derechos y obligaciones, a su propio pedido o a solicitud de cinco miembros, podrá según las circunstancias: a) Ser transferido a la categoría de emérito si sus antecedentes lo justifican, b) Ser transferido a la calidad de emérito en retiro, c) Considerar que las ausencias entrañan una renuncia tacita que lo separa del cuerpo, mientras el artículo 21 señala que las sanciones a todo académico de cualquier categoría puede ser separado de la Academia si cometiere actos de indignidad o de indisciplina. Pueden disponerse sanciones disciplinarias de advertencia o suspensión de hasta un año. Estas decisiones se toman en sesión especial con mayoría del 75 por ciento de ellos presentes. Podrá ser apelada ante la comisión directiva, la que puede disponer la suspensión preventiva; Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: Cuando persista la inasistencia a las reuniones durante un año, se suspende el derecho a voto, y ese derecho se recuperará a solicitud del interesado después de asistir regularmente durante un año y por voto de la mayoría de los presentes; Medicina: "La Academia podrá eliminar de su seno, al miembro que incurriere en falta grave u otras causas de destitución que fijará convenientemente el régimen del estatuto"... "Se establece la constitución de una comisión especial - tribunal de honor y se indican las causas y condiciones de su funcionamiento, entre ellas si un académico se hallara en curso de acciones que implique indignidad personal resultante de una falta grave de derecho común o profesional, en actos que de alguna manera menoscaben el decoro de la Academia"; Farmacia y Bioquímica: art 34: Motivo de exclusión: Normas similares a las que hemos reseñado de medicina; Ciencias Económicas: art 13: "La calidad de académico se pierde: a) por renuncia, b) por incapacidad judicialmente declarada: c) Por incumplimiento de la obligación de incorporarse a la Academia en el plazo que prevé el artículo 10º, d) Por incurrir en acciones o hechos que menoscaben el decoro y la jerarquía de la calidad de miembro de la corporación.

(48) Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 180: continúa diciendo "... *El procedimiento debe asegurar el derecho de defensa del afectado. Si la decisión de exclusión es adoptada por la comisión directiva, el asociado tiene derecho a la revisión por la asamblea que debe convocarse en el menor plazo legal o estatutariamente posible. El incumplimiento de estos requisitos compromete la responsabilidad de la comisión directiva*"

iii) Las causales para el caso de no previsión de estatutos o cuando el estatuto sólo prevea las causales de exclusión por ausencia reiterada o injustificada a las reuniones, al no delimitarse el sentido de *falta grave*, pueden reconstruirse usando el artículo 2° del Cód. Civ. y Com. ⁽⁴⁹⁾, aplicándose en consecuencia lo previsto por los estatutos de otras Academias Nacionales ⁽⁵⁰⁾ de modo coherente con esos principios de interpretación.

De todo lo expuesto, puede establecerse que se ha consagrado una especial manera de trato para con los académicos, que no es ni un privilegio ni discriminación, sino que se corresponde paralelamente con estos parámetros (condiciones estrictas de situación, carácter vitalicio de su desempeño, libertad e independencia de juicio en su desempeño y juzgamiento por quienes a los que se le atribuye la competencia para designar y por tanto la pertinente para sancionar) ⁽⁵¹⁾.

(49) El artículo 2° del Cód. Civ. y Com. dice: *Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*

(50) Ver *supra* nota 37.

(51) Vid Alegria Héctor, "Reglas y Principios del Derecho Comercial", La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 366/369, "Breve reflexión sobre la igualdad".

REDUCCIÓN DE LA IMPERATIVIDAD NORMATIVA

POR HORACIO ROITMAN (*)

Quien no fue alumno directo de Guillermo Borda en los años 60, tenía como referencia obligada su monumental obra de derecho civil. Sus manuales y las primeras ediciones de su Tratado eran de consulta ineludible; mucho más a partir del 68, pues la reforma al Código Civil representó la introducción a la modernidad. Recuerdo perfectamente el asombro de los profesores que temían por las normas que consideraban abiertas (*lesión, imprevisión y abuso*) en manos de los jueces, y como una década más tarde esos nuevos institutos permitieron recomponer relaciones destruidas en una de las crisis más graves de nuestra economía. La *oponibilidad del boleto de compraventa en la quiebra* representó para adquirentes indefensos la posibilidad de escriturar su vivienda ante la insolvencia del promitente vendedor, y en mi caso uno de los temas centrales de mi tesis de doctorado. La vida universitaria me permitió reconocerle cuanto había representado en mi formación, y ahora con alegría intelectual contribuyo a este *liber amicorum* rindiendo homenaje al maestro.

I. EL NUEVO TIPO SOCIETARIO - SAS

La Ley de Apoyo al Capital Emprendedor N.º 27.349 [LACE] dispone la creación de la SAS como un nuevo tipo societario (arts. 33 a 62), como un nuevo tipo societario, independiente de la Ley General de Sociedades [LGS].

El nuevo tipo societario se caracteriza por tener aspectos comunes de las SRL y de las sociedades por acciones, gozar sus integrantes de gran

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

libertad contractual para organizar su funcionamiento, permanencia ilimitada de administradores y representantes, simplificación del contralor estatal, celeridad en su constitución e inscripción, apoyo al capital emprendedor (impositivo y administrativo), y digitalización total de sus registros, organización, contabilidad, etc.

El tipo novedoso ha sido empleado con gran éxito desde su aparición en Francia (1994), luego en Colombia, más tarde en Latinoamérica, y desde 2017 en nuestro país.

II. LACE - LEY 27.349

La LACE es una ley independiente del ordenamiento societario (LGS), pero el art. 33 dispone la aplicación supletoria de las disposiciones de la Ley General de Sociedades (LGS) N.º 19.550, en cuanto se concilien con las de dicha ley

La disposición del arts. 33, integrado con el 35 y 36 al prever que la SAS se constituye con el alcance y características previstas en la propia LACE, ha generalizado la interpretación que las cláusulas legales o voluntarias del instrumento constitutivo las que son de aplicación preferente al régimen accesorio de la LGS ⁽¹⁾.

En cuanto al funcionamiento de los órganos de administración de gobierno y de fiscalización, (art. 49), remite a la aplicación de las normas de la LACE, las previstas en el instrumento constitutivo y, supletoriamente, funcionarán de conformidad con las de la SRL y las disposiciones generales de la LGS ⁽²⁾.

Los deberes, obligaciones y responsabilidades de los administradores y representantes legales (art. 52) dispone la aplicación del art. 157 LGS, en cuanto regula los derechos, obligaciones y responsabilidades de los gerentes.

Los arts. 55 y 56 LACE remiten asimismo a las disposiciones de la LGS, en materia de disolución y liquidación de la SAS ⁽³⁾.

(1) BALBIN, Sebastián, “SAS. Sociedad por Acciones Simplificada”, 1a edición, Cathedra Jurídica, 2019, p. 37.

(2) ROITMAN, Horacio, VERGARA, Alejandro Agustín, “Sociedad por Acciones Simplificada (Ley 27.349 - Apoyo al Capital Emprendedor - Título III) comentada y anotada”, 1a edición, La Ley, Buenos Aires, 2023, ps. 287 y ss.

(3) ROITMAN, Horacio, VERGARA, Alejandro Agustín, “Sociedad por Acciones Simplificada (Ley 27.349 - Apoyo al Capital Emprendedor - Título III) comentada y anotada”, 1a edición, La Ley, Buenos Aires, 2023, ps. 369/406.

En definitiva, la aplicación supletoria lo es, en tanto se concilien con las disposiciones especiales de la LACE.

III. EL CÓD. CIV. Y COM. Y EL NUEVO ORDENAMIENTO

Tratándose de sociedades, las SAS se registrarán, por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) que regulan las personas jurídicas privadas (art. 148 inc. a) CCC)⁽⁴⁾, en cuanto resultaren aplicables.

En este punto, el art. 150 CCC, norma clave que establece la prelación normativa⁽⁵⁾, dispone que las personas jurídicas privadas que se constituyan en la República se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, del CCC; b) por las normas del acto constitutivo⁽⁶⁾ con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las del Título II del Libro Primero del CCC.

(4) Art. 148 CCC. Personas jurídicas privadas. *Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades (...).*

(5) RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (Directores), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", 2a ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2023, tomo I, ps. 571 y ss.

ROITMAN, Horacio, "Ley General de Sociedades comentada y anotada", 3ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2022, tomo I.

ROITMAN, Horacio, AGUIRRE, Hugo, CHIAVASSA, Eduardo, SÁNCHEZ, María Victoria, "Las personas jurídicas privadas en el Código Civil y Comercial argentino". RC-CyC 2018 (mayo), 3. LL Online: AR/DOC/672/2018.

LORENZETTI, Ricardo L. (Director), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", 1a ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, tomo I, ps. 596 y ss.

HADAD, Lisandro A., "SAS 2025. Reformas necesarias a la ley 27.349", Ponencia XV Congreso Argentino de Derecho Societario, XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, 2022, tomo II, p. 323: "Remarcar y/o recordar la aplicación del artículo 150 del Código Civil y Comercial de la Nación y resaltar que la Ley General de Sociedades no es ley especial en materia de SAS. Esto implicaría, tal como lo es hoy pero de forma expresa, finalizar con el debate acerca de la aplicación de la parte general de la Ley General de Sociedades a las Sociedades por Acciones Simplificadas, para poner por encima de esta a la libertad de contratación de los socios".

(6) RAMÍREZ, Alejandro H., "Alcance de la supletoriedad de la Ley General de Sociedades en la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)", Ponencia XV Congreso Argentino de Derecho Societario, XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, 2022, tomo II, p. 396: "Es decir al prevalecer la LACE por sobre la LGS, y teniendo en consideración que la LACE dispone que prevalece las normas pactadas por los socios aún sobre las de la LACE, en la SAS la autonomía de la voluntad prevalece frente a la LGS, la cual se aplicará solo ante el silencio de los socios".

IV. ORDEN DE PRELACIÓN NORMATIVO

De lo dicho surge que el orden de prelación en la aplicación de las normas respecto de las SAS es el siguiente ⁽⁷⁾:

- a) En primer lugar, rigen las disposiciones de la LACE N.º 27.349;
- b) En segundo lugar, las disposiciones imperativas del CCC, de acuerdo a lo normado por el art. 150 inc. a) CCC en materia de leyes aplicables a las personas jurídicas privadas (las SAS son personas jurídicas privadas en su carácter de sociedades y de acuerdo a la enumeración del art. 148 CCC en su inc. a);
- c) En tercer lugar, las disposiciones del instrumento constitutivo, con sus modificaciones.
- d) En cuarto lugar, de manera supletoria las disposiciones de la LGS. Y puede resumirse:

i. La organización interna y funcionamiento de los órganos de gobierno, de administración y de fiscalización se rigen por las disposiciones de la LACE, del instrumento constitutivo, y supletoriamente, por las normas de la SRL y las disposiciones generales de la LGS (art. 49 LACE). Señala Molina Sandoval que, en lo no regulado expresamente para la SRL, deben aplicarse las normas de la sociedad anónima si así lo remite expresamente la LGS, o determinarse si se pueden aplicar las normas

(7) SCHNEIDER, Lorena R., “El contexto empresarial de la Ley de Sociedad por Acciones Simplificada. A un año de su entrada en vigencia”. LA LEY 16/07/2018, 1. LA LEY 2018-D, 502. ADLA 2018-8, 3. LL Online: TR LALEY AR/DOC/1366/2018: “A ello cabe agregar, las resoluciones generales IGJ 6/2017 y 8/2017; la ley 27.444, y las normas concordantes dictadas en la materia”.

Efraín Hugo RICHARD y José P. SALA MERCADO, *Sistema de prelación normativa desde una perspectiva societaria*: Ponencia, XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa “Por un nuevo Derecho Societario: Libertad bajo responsabilidad”, T 1, pag. 180, Córdoba 2022.

HADAD, Lisandro A., “Ud. debería confiar en que aquellos que arriesgan su propio dinero hagan los cálculos adecuadamente. Podrán estar equivocados, pero estarán menos equivocados que los académicos y los legisladores que están decidiendo con el dinero de otro”. Ponencia XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario 2019, tomo II, p. 1000: “La aplicación supletoria de la LGS a las SAS deberá realizarse teniendo en cuenta los principios jurídicos inspirados en la LACE, esto es, la primacía de la autonomía de la voluntad teniendo como únicos límites a la seguridad jurídica del derecho mercantil, la protección de los derechos de terceros y la sanción de todo fraude o uso indebido de la norma”.

de la sociedad anónima por analogía, o directamente se debe abreviar la solución en los principios generales de la LGS ⁽⁸⁾.

ii. Los deberes, obligaciones y responsabilidades de los administradores y representantes legales se rigen por lo previsto por el art. 157 LGS. Y, en su caso, le son aplicables al órgano de fiscalización las normas previstas por la LGS en lo pertinente (art. 52 LACE).

iii. Son de aplicación a la SAS las causales de disolución previstas en la LGS, y la liquidación se realizará de conformidad a sus normas (arts. 55 y 56 LACE).

iv. Agrega Balbín dentro de las normas de la LGS aplicables a la SAS (las que califica de escasas) a aquellas referidas a los efectos de la inscripción registral y su regularidad, los regímenes de nulidad e inoponibilidad, la Sección IV, las previsiones sobre reorganización societaria, intervención judicial y sociedades extranjeras ⁽⁹⁾.

No obstante, existe una segunda postura en doctrina en materia de leyes aplicables a la SAS. Se señala que, en cuanto al orden de prelación, la SAS se rige por las normas de la ley especial, en nuestro caso la LACE N.º 27.349, las disposiciones del instrumento constitutivo ⁽¹⁰⁾, de manera supletoria las disposiciones de la LGS por expresa disposición del art. 33 LACE, y en su defecto, las disposiciones del CCC en materia de personas jurídicas privadas ⁽¹¹⁾.

(8) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "*Sociedad por acciones simplificada (SAS)*", op. cit.

(9) BALBIN, Sebastián, "*SAS. Sociedad por Acciones Simplificada*", op. cit., p. 56.

(10) CARLINO, Bernardo, "*Algunos desafíos de la ley 27.349 al derecho societario*". RDCO 292, 351. LL Online: AR/DOC/3463/2018: Señala el autor a "(...) la autonomía del acto constitutivo y del contrato, como segundo término en el orden de prelación según el art. 150 del Cód. Civ. y Com., después de las disposiciones de la ley especial".

GRISPO, Jorge D. - MELLONI, Patricio, "*Sociedades Anónimas Simplificadas. Ventajas y desventajas del nuevo tipo social*". El Derecho - Diario, Tomo 274, 713. 29-09-2017. Cita Digital: ED-DCCLXXVI-892: "De esto resulta que nos encontramos ante un sistema jurídico en el que, como regla, deben aplicarse: en primer lugar, la ley 27.349; en segundo lugar, las previsiones del estatuto, y en tercer lugar, la ley 19.550, pero solo en las disposiciones que "se concilien" con las características de las S.A.S."

(11) BALBIN, Sebastián, "*SAS. Sociedad por Acciones Simplificada*", op. cit., p. 56; DE LAS MORENAS, Gabriel, "*Análisis exegético de la nueva "Ley de Sociedad por Acciones Simplificada"*". Especial referencia al ámbito de la provincia de Mendoza" LLGran Cuyo 2018 (abril), 1. LL Online: AR/DOC/2510/2017: señala que se rige por "(...) las propias normas de la LSAS, en segundo término y de manera supletoria por las normas de la Ley General de Sociedades y, finalmente, por el Código Civil y Comercial".

Destacamos, asimismo, la opinión de Duprat, quien propone de manera detallada el siguiente orden de prelación en la aplicación de las normas a la SAS: “1º Las normas imperativas de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor. 2º Las normas imperativas de la ley 19.550 (t.o. 1984 y modific.) que fueren compatibles con el tipo SAS. 3º Las normas imperativas del Cód. Civ. y Com. (Título II del Libro 1º). 4º Las normas pactadas por las partes en el instrumento constitutivo de la SAS, cuando se tratare de supuestos no regulados, regulados por normas supletorias o no prohibidos. 5º Las normas supletorias de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor. 6º Las normas de la S.R.L. (ley 19.550, t.o. 1984 y modific.) en ciertos supuestos específicos que indica el régimen legal de las SAS. 7º Las normas supletorias de la ley 19.550 (t.o. 1984 y modific.). 8º Las normas supletorias del Cód. Civ. y Com. (Título II del Libro 1º)”⁽¹²⁾. Coincidimos con esta posición.

V. LIBERTAD CONTRACTUAL

La libertad contractual, a partir del reconocimiento y el valor otorgado a la autonomía de la voluntad de los constituyentes⁽¹³⁾, configura el eje del sistema sobre el que se ordena la regulación de este nuevo tipo societario⁽¹⁴⁾.

(12) DUPRAT, Diego A. J., “Sociedad por acciones simplificada (SAS)”. LA LEY 21/04/2017, 1. LA LEY 2017-B, 979. LL Online: AR/DOC/1008/2017;

DUPRAT, Diego A. J. HADAD, Lisandro A., “Sociedades por acciones simplificadas. Normas de la Inspección General de Justicia”. LA LEY 28/08/2017, 1. LA LEY 2017-E, 677. LL Online: AR/DOC/2265/2017.

(13) ORTIZ MENA, Esteban y NOBOA VELASCO, Paul, “... el carácter dispositivo de su regulación prioriza la autonomía de la voluntad de sus accionistas por sobre normas imperativas, rígidas y paternalistas que, para las especies societarias tradicionales, restringen el derecho constitucional de libertad de contratación de las partes.” La autonomía de la voluntad como eje del sistema en las sociedades por acciones simplificadas, Ponencia, XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, T 1, pag. 165, Córdoba 2022.

HADAD, Lisandro A., *La funcionalidad de un Derecho de Sociedades moderno*, Rev. LL 8.6.2020 p. 10, LL 2020 - C, LL Online: AR/DOC/1827/2020: “Al introducir este nuevo tipo social, el derecho argentino comulgó objetivos y funciones de un derecho societario moderno con el derecho positivo, comunión que había perdido por la existencia de una ley rígida y antigua que no pudo adaptarse a la nueva realidad dinámica y a las nuevas necesidades de un mercado que exigía flexibilidad y disponibilidad jurídica para la generación de recursos”.

(14) BALBÍN, Sebastián, “El rol de la autonomía de la voluntad en el derecho societario a partir de la SAS” RCCyC 2020 (febrero), 11. LL Online: AR/DOC/4053/2019: “Su apertura en materia de contenidos y formas, lo que hace a la SAS un tipo elástico en

Se expresa en el Mensaje de Elevación del proyecto de ley, en este sentido, que

(...) el derecho a la libertad de asociación constituye uno de los derechos naturales subjetivos y fundamentales del hombre y, además, uno de los derechos de la persona humana cuya protección debe valorarse dentro del Estado de Derecho, el que incluso se encuentra reconocido en el Artículo 14 de la Constitución Nacional. En tal sentido, se organiza a través de la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.) un régimen normativo que destaca y valora muy especialmente la libertad de creación de sociedades, su constitución y regulación contractual, sustentado ello en el principio de la autonomía de la voluntad y dejando librado a las partes la configuración de sus estipulaciones.

En atención a ello, la SAS se estructura como un tipo societario en el que los socios cuentan con amplia libertad para configurar aquello que mejor convenga a sus intereses y, especialmente, a las particularidades del emprendimiento⁽¹⁵⁾. El margen existente en la LACE para la autonomía de la voluntad es, entonces, una característica tipificante del nuevo tipo societario⁽¹⁶⁾.

VI. REDUCCIÓN DE LA IMPERATIVIDAD NORMATIVA

Como consecuencia del orden de prelación normativo (art 150 CCC) y la especial relevancia que se le asigna a la autonomía de la voluntad, la doctrina societarista que estudia la SAS ha llegado a la conclusión de una prevalencia del principio de libertad por encima de la imperatividad normativa.

Un importante sector de la doctrina, con muy aisladas excepciones, sostiene que la imperatividad normativa societaria se ve reducida casi por completo en el nuevo tipo, y que es "(...) a los socios, y no a la ley, a quienes corresponde definir el perfil y los detalles organizativos de la modalidad empresarial cuyo vehículo es la SAS"⁽¹⁷⁾.

comparación con el formato exacto e imperioso de los restantes tipos de sociedades de capital previstos en la LGS"

(15) BALBIN, Sebastián, "SAS. Sociedad por Acciones Simplificada", op. cit., p. 40
SISINI, Esteban, "La versatilidad de la Sociedad por Acciones Simplificada". 13-11-2019. Revista Argentina de Derecho Societario - Número 22 - Noviembre 2019. Cita: IJ-DCCCLXIII-554.

(16) PEREZ HUALDE, Fernando, "La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la sociedad por acciones simplificadas". LA LEY 03/11/2017, 1. LA LEY 2017-F, 561. LL Online: AR/DOC/2334/2017.

(17) BALBIN, Sebastián, "SAS. Sociedad por Acciones Simplificada", op. cit., ps. 32/33. En similar sentido: VEIGA, Juan C., "Sociedad por Acciones Simplificada".

Reyes Villamizar expresó, con especial referencia al derecho colombiano, que en el ámbito de las sociedades de capital es patente la subsistencia de preceptos de orden imperativo que restringen las posibilidades de negociación contractual, y que las reglas sobre pluralidad en las votaciones, cesión de cuotas sociales, revisoría fiscal obligatoria y otros formalismos inútiles son incompatibles con los elementos personalistas propios de las sociedades de carácter cerrado, en las que debería prevalecer una amplia posibilidad de estipulación contractual ⁽¹⁸⁾. Y, en ese marco, señala el principal impulsor de la SAS en la República de Colombia que uno de los principios en los que se inspiró la ley 1258 fue el de permitir la más amplia autonomía contractual en la redacción de los estatutos sociales ⁽¹⁹⁾.

27-08-2018. Homenaje del Instituto Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba al maestro Dr. Prof. Luis Moisset de Espanés - Homenaje del Instituto Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba al maestro Luis Moisset de Espanés. Cita: IJ-DXXXVII-709

DUPRAT, Diego A. J., ODRIOZOLA, Juan Martín, *Algunas reflexiones sobre las SAS, la necesaria modernización del derecho societario y la maldición del "yo-yo"*. LA LEY 24/06/2020, 1. LL Online: AR/DOC/2102/2020.

VANNEY, Carlos, *La autonomía de la voluntad y la fiscalización de la SAS*. Ponencia, XIV Congreso Argentino De Derecho Societario y X Iberoamericano De Derecho Societario y de la Empresa FDER-UNR, Libro de ponencias T*II, p. 1151, Rosario, 2019.

VANNEY, Carlos, *En los órganos de la SAS la autonomía de la voluntad prevalece sobre las previsiones de la Ley General de Sociedades*, Ponencia, XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, T.1, p. 201, Córdoba 2022.

En sentido contrario: VAN THIENEN, P. Augusto, DI CHIAZZA, Iván, "*Sociedad por Acciones Simplificada y supletoriedad de la Ley General de Sociedades*". LA LEY 17/08/2017, 1. LA LEY 2017-D, 1251. LL Online: AR/DOC/1533/2017. Sostienen que: "*Llama poderosamente la atención el fuerte contenido imperativo de muchas normas que regulan el tipo, en particular el capítulo III sobre capital social, acciones, régimen de transferencia, aportes irrevocables, aumentos de capital, prestaciones accesorias, entre otras normas que hacen al modelo de inversión y de financiamiento. O sea, estando frente a un modelo contractual de sociedad (tal como lo concibió la doctrina francesa) nuestro legislador no pudo escapar a la tentación de imprimir un fuerte sello imperativo a la SAS*".

MESSINA, Gabriel E., SANCHEZ HERRERO, Pedro, "*Autonomía y eficiencia de la sociedad por acciones simplificada*". LA LEY 13/06/2018, 1. LA LEY 2018-C, 938. LL Online: AR/DOC/1158/2018: "(...) todas las normas del Capítulo I de la ley 19.550 son aplicables a la SAS tal como lo son a los otros tipos societarios, salvo que una norma de la ley 27.349 establezca lo contrario".

(18) REYES VILLAMIZAR, Francisco, "*SAS. La Sociedad por Acciones Simplificada*", op. cit., ps. 107/108.

(19) REYES VILLAMIZAR, Francisco, "*SAS. La Sociedad por Acciones Simplificada*", op. cit., p. 108.

Algo similar ocurrió en nuestro país con la LACE, que ha tomado como una de sus fuentes a la ley colombiana, donde la libertad de contratación y la autonomía de voluntad configuran el eje en torno al cual gira el nuevo sistema, con escasas normas imperativas y otorgando a los socios la posibilidad de diseñar con amplia libertad las pautas bajo las cuales se regirán las relaciones jurídicas derivadas del negocio societario, a fin de definir la estructura jurídica que mejor se adapte a las particularidades del negocio con una mayor libertad creativa, en comparación con otros tipos societarios, como la SA, en que esta libertad se encuentra más restringida.

La discusión de mayor importancia se ha planteado en torno a la posibilidad de no considerar de aplicación imperativa las disposiciones del art. 13 LGS ⁽²⁰⁾, que en el Cód. Civil derogado contemplaba un principio idéntico para las sociedades civiles (arts. 1653 y 1654). El art. 13 se sustenta en el mantenimiento del principio de igualdad y proporcionalidad en la relación del socio hacia la sociedad y su participación en las ganancias y las pérdidas.

Balbín plantea que, mediando previsión en el instrumento constitutivo y salvo remisión expresa de la LACE, los socios de la SAS pueden apartarse de las disposiciones de la LGS y en particular de las enumeradas en el art. 13 LGS, pues, siendo que éstas atañen al interés patrimonial particular de los socios, resultan disponibles. ⁽²¹⁾

Con precisión y notable fundamento, sostiene igual postura Duprat: “¿El riesgo del negocio societario sólo puede compartirse en la forma en que lo dispone imperativamente el art. 13, LGS o puede haber otras formas de hacerlo? La propia flexibilidad de la SAS permite que las relaciones entre los socios puedan ser distintas y la asunción de riesgo, en

(20) ARTICULO 13. — Son nulas las estipulaciones siguientes:

- 1) Que alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos, o que sean liberados de contribuir a las pérdidas;
- 2) Que al socio o socios capitalistas se les restituyan los aportes con un premio designado o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias;
- 3) Que aseguren al socio su capital o las ganancias eventuales;
- 4) Que la totalidad de las ganancias y aun en las prestaciones a la sociedad, pertenezcan al socio o socios sobrevivientes;
- 5) Que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva.

(21) BALBÍN, Sebastián, “*El rol de la autonomía de la voluntad en el derecho societario a partir de la SAS*”, op. cit.

consecuencia, diferente, superponiéndose a las conductas prohibidas del mencionado art. 13, LGS”⁽²²⁾.

En igual sentido Sala Mercado y Richard proclives a la no aplicación mientras sea ejercicio regular de un derecho⁽²³⁾.

(22) DUPRAT, Diego Arturo: “3. Primera cuestión – ¿Es aplicable el art. 13 LGS a las SAS en forma imperativa? Para mí no, por los siguientes motivos:

“3.1. La LGS, en su art. 1º, dispone que regulará “los tipos previstos en esta ley” (no en cualquier ley, ni siquiera podría considerarse que refiere a “ley” en sentido amplio). O sea que la aplicación de las soluciones de la LGS a tipos societarios previstos por otras leyes parece no tener un fundamento sólido y relevante (más que el argumento historicista y el de unidad y consistencia regulatoria, que la propia LACE permite descartar).

“3.2. La propia particularidad de la SAS y los valores y principios que la rigen (predominio de la autonomía de la libertad contractual, flexibilidad en sus contenidos, adaptabilidad a las necesidades de los socios y del negocio, etc.) parece sugerir que los cánones estrictos e indisponibles de la LGS no tienen por qué replicarse en estas sociedades, por lo menos con la misma rigidez, configuración y alcance.

“3.3. No existe norma alguna de la ley 27.349 que mande aplicar la parte general de la LGS —in totum— a las SAS, ni en forma subsidiaria, ni mucho menos en forma imperativa. Sólo se aplicarán ciertas normas de la LGS a las SAS en los siguientes casos: i) en cuanto aquellas sean conciliables con la SAS (art. 33, LACE); ii) por reenvío directo de la LACE —y en forma supletoria— para el caso en que las partes nada hubieran pactado (por ej.: art. 49 y 53 in fine, LACE) y iii) por reenvío obligatorio —y aplicación imperativa— (por ej.: art. 52, LACE sobre derechos, obligaciones y responsabilidad de los administradores y representantes legales).

“*Derechos de los socios en el marco de las S.A.S. Máximo ámbito de libertad contractual y de autorregulación*”, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, “Hacia un nuevo derecho societario”, FDER-UNR, Libro de ponencias TII, pág. 951, Rosario, 2019.

(23) RICHARD, Efraín Hug y SALA MERCADO, José, *Sistema de prelación normativa desde una perspectiva societaria*: “Ahora bien, mayor reparo se presenta a la hora de afirmar que no sean aplicables ciertas reglas del capítulo primero de la LGS como el art. 13, en tanto norma comprensiva de las ideas fuerzas de estructuración de una sociedad. Sin embargo, creemos que incluso el art. 13 resulta de aplicación subsidiaria en las SAS, vale decir resulta una norma de cuarto orden en la prelación normativa que impera solo para los casos de no ser sus incisos derogados expresa o tácitamente por la autonomía de la voluntad en los términos del instrumento constitutivo particular. No debe perderse de vista que se preservan derechos privados de los constituyentes enteramente renunciables en cualquier tiempo (ab initio) o al tiempo de ejercicio) y que la comunidad de riesgos, por ejemplo, puede adoptar las más variadas manifestaciones según los esquemas actuales de negocio. Es por todo ello Es por todo ello que debe optarse por la viabilidad de la derogación mediante instrumento constitutivo de toda norma imperativa de la LGS como sucede con los supuestos del art. 13 de LGS, el derecho de suscripción preferente; la emisión de acciones bajo la par; etc. Todo ello puede pactarse contrariamente en una SAS, siempre que no exista infracción a los deberes de buena fe, licitud de la actividad, ejercicio regular de los derechos evitando abusos, etc.”

Heredia Querro afirma: “ya que es una norma del siglo XX que no se condice con la finalidad de la LACE” ⁽²⁴⁾.

Ramirez sostiene que todo derecho emergente de la LACE es disponible:

[...]Es en virtud de esta autonomía de la voluntad que, mediante una justificación razonable, los socios de una SAS podrían dejar de lado normas que contrariaran el art. 13 LGS, si consideraran que ello fuera necesario para su contrato y el éxito de su empresa. Estas cláusulas «leoninas», que tienen como fin evitar que se vulnere el principio distributivo que surge del art. 1 LGS y que tienden a resguardar la igualdad entre los socios, deben ser reconsideradas como contrarias a los propios fines de los socios y cuyas voluntades confluyeron para plasmar el negocio, y por lo tanto las partes pueden disponer de ellas, incluso limitando derechos a dividendos, al voto u otros que consideren. ⁽²⁵⁾

Aguinaga Baro entiende que “la SAS no puede ser analizada e interpretada a la luz de los principios de la LGS.” ⁽²⁶⁾

Ponencia, XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, T 1, pag. 180, Córdoba 2022.

(24) HEREDIA QUERRO, Juan Sebastián, *reflexiones sobre el concepto de sociedad, su finalidad y los principios que le son aplicables*, ERREPAR, Noviembre 2012, en Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor, Cita Digital: IUSDC287021A.

(25) RAMÍREZ, Alejandro H., “*La libertad contractual en la Sociedad por Acciones Simplificada*”. 03-05-2019. Revista Argentina de Derecho Societario - Número 21 - mayo 2019. Cita: IJ-DCCXL-143.

Cfme. COSTE, Diego, “...considero prudente, como hipótesis, dejar la autonomía de la voluntad de la SAS en su máxima expresión y al margen de admoniciones de orden público y normas imperativas que no fueron dictadas para ese nuevo tipo societario”, Orden público e imperatividad en la SAS, Ponencia, XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa “Por un nuevo Derecho Societario: Libertad bajo responsabilidad”, T 1, pag. 83, Córdoba 2022.

(26) AGUINAGA BARO, Luis Felipe, *La sociedad por acciones simplificada dentro del sistema jurídico*, Ponencia, XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, T. 1, p. 226, Córdoba 2022.

Maderna también apoya la posibilidad de prescindir de las restricciones (art. 13 LGS) ⁽²⁷⁾.

Hadad expresa que el carácter supletorio de la LGS hacia la LACE es “... en cuanto se concilien con las de esta ley...” según este art. 33 que estudiamos, pues este es la norma imperativa, y por ende “...mediando previsión contractual, las partes pueden apartarse de las disposiciones de la LGS, de la comunidad de riesgos de su art. 1º, y en particular las cláusulas nulas enumeradas en su art. 13, siendo que estas claramente atañen al interés patrimonial particular de los socios” ⁽²⁸⁾.

Racciatti, sin tratar el art. 13 LGS, se infiere que acepta el criterio basado en el principio general que los socios de una SAS tienen un ámbito de extrema libertad al momento de establecer su estructura orgánica. ⁽²⁹⁾

Barreiro, entiende que la LACE “...ha generado un nuevo paradigma en el derecho societario patrio que derrama...” sobre la LGS “...obligando a una reinterpretación de sus principios y normas”. Y que este paradigma permite convivir ambos ordenamientos, pero que la aplicación supletoria LGS solo en la que concilie, obliga a “...realizar una reinterpretación de las normas de la 19.550 y del paradigma histórico.” ⁽³⁰⁾ Otros autores señalan, no obstante, que el imperativismo no es abandonado en forma absoluta ⁽³¹⁾ ante la necesidad de mantener normas de orden público im-

(27) MADERNA, Lucas, *SAS: transferencia de riesgos entre socios*, Ponencia, XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, T 1, pag. 291, Córdoba 2022.

(28) HADAD, Lisandro: “Es realmente complejo afirmar que un tipo social regulado en el año 2017, en la era de la tecnología y el emprendedurismo, tenga los mismos principios jurídicos que una ley del año 1972 y se pueda conciliar con ella, siendo muy poco o nada lo que pueda arrojar el resultado de dicha conciliación”, *La comunidad de riesgos en el derecho de sociedades - Desde la sociedad comercial a la SAS*, Rev. LL 21/06/2022, LL 2022-D, 76. LL Online: TR LALEY AR/DOC/1937/2022.

(29) RACCIATTI, Hernán J., *Sobre estructura orgánica y derechos de los socios en la Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS)*, en Rev. ED 12.4.2022, p. 3, ISSN 1666-8987—Año XL— ED 296.

(30) BARREIRO, Marcelo, *El nuevo paradigma societario y su influencia sobre el viejo*, Ponencia, XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, T 1, pag. 57 a 63, Córdoba 2022.

(31) GEBHARDT señala en este sentido que “(...) la ley de 2017 no se animó a tanto, por mucho que sus precursores invocaron en el mensaje del PEN el derecho constitucional de libertad de asociación y el principio de autonomía de la voluntad. La ley 27.349 mantiene la supletoriedad de la Ley General y ofrece aristas de imperativismo puro cuando trata el capital de las SAS, cuando regula sobre las acciones y su transferencia (que exige la aquiescencia del órgano de gobierno) y cuando establece moda-

prescindibles ⁽³²⁾, basados en el carácter supletorio que este art. 33 *in fine* asigna a la LGS, o a pesar de entender que en derecho societario rige una amplia libertad contractual, hay normas inderogables que aplican a la LACE, entre ellas el art. 13 LGS. ⁽³³⁾

VII. CONCLUSIÓN

Es razonable interpretar que, para facilitar el desarrollo del nuevo proyecto emprendedor, la previsión estatutaria podrá disponer no aplicar el art. 13 LGS.

La libertad de apartarse del art. 13 LGS encontrará, no obstante, límites ⁽³⁴⁾ en el abuso ⁽³⁵⁾, el fraude o la mala fe en el ejercicio de los de-

lidades sobre los aportes irrevocables" (GEBHARDT, Marcelo, "Los nuevos signos del derecho societario argentino". LA LEY 02/10/2019, 1. LL Online: AR/DOC/2300/2019).

(32) SCHNEIDER, Lorena R., "Comentario a la Ley Nacional 27.349" ADLA 2017-5, 26. LL Online: TR LALEY AR/DOC/1304/2017: "No obstante ello, este nuevo marco — muy acertado por cierto —, que otorga mayor flexibilidad de las normas que regulan a las sociedades mercantiles, no debe olvidar la necesidad de mantener aquellas normas de orden público, imprescindibles para reglar las relaciones entre accionistas, administradores y terceros".

(33) ROMANO, Alberto: "El derecho de suscribir preferentemente, regulado en detalle para las SA, que juega también para las SRL (arg. Artículo 160, quinto párrafo de la LGS), se aplica a los socios de las SAS independientemente de si el estatuto posibilita su ejercicio. Consideramos que una norma estatutaria no puede disponer lo contrario, porque ello vulnera el artículo 13 inc. 5 de la LGS (norma imperativa, irrenunciable). También ocurre lo mismo ocurre con la prima, que consideramos obligatoria cuando hay diferencia entre el valor nominal y el valor real de la acción..."; "Las SAS, la autonomía de la voluntad, y el funcionamiento de las sociedades en general", en XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, "Hacia un nuevo derecho societario", FDER-UNR, ponencias, Rosario, 2019. Tomo II, págs. 987 a 994.

Cfme, ROMANO, Alberto: "¿La Libertad irrestricta como paradigma del derecho societario? (Quizás ¿somos proclives a los extremos?)", XV Congreso Nacional de Derecho Societario, XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo I, págs. 183 a 188, ISBN 978-987-48765-8-4.

(34) MARCOTULIO, Jorge A., *Derechos políticos del socio en una SAS*, Ponencia, XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, T. 1, p. 145, Córdoba 2022.

(35) RAGAZZI, Guillermo, sostiene el principio de autonomía de la voluntad y amplia libertad: "se va abriendo camino un nuevo planteamiento de carácter más contractualista y vinculado al análisis económico del derecho, que considera que el derecho de sociedades, incluido la SA (por lo menos la cerrada) debería ser de carácter dispositivo", y ello aplicable a la SAS, empero en el tema que nos ocupa entiende que

rechos (arts. 9° y 10 CCC) ⁽³⁶⁾. Puede haber un apartamiento de la rígida aplicación del art. 13 LGS, siempre que sea en el marco general de una razonable compensación que restablezca el equilibrio en los riesgos corridos. Esto aplica para cualquier otro tipo social del mismo modo, en cuanto tenga una razonable compensación. *V.gr.*: se puede no recibir utilidades durante un tiempo a cambio de que cuando se enajenen acciones el accionista preterido sea el primero en enajenar, o que obtenga un precio mayor. La composición de ese equilibrio puede ser infinita. La decisión debe ser *unánime*, sea en el acto constitutivo o por modificación del estatuto, de manera que un accionista minoritario no se vea perjudicado por una decisión mayoritaria en lo que ya constituye una excepción.

“...El agregado de otras “cláusulas que los socios resuelvan incluir” plantea la cuestión de los límites que tienen los socios de incorporar cláusulas al instrumento constitutivo sin afectar la tipología de la SAS o ser contrarias a “la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres” (art. 958, CCivCom), de modo tal que no podrían ser incorporadas aquellas estipulaciones que no se ajusten a estos principios...” y entre ellas incluye el art. 13 LGS. La Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), en “Derecho privado: sociedades y otras formas de organización jurídica de la empresa”, dirigido por José María Curá; Julio César García Villalonga. 3ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2020, p. 706 a 746.

(36) BALBÍN, Sebastián, “El rol de la autonomía de la voluntad en el derecho societario a partir de la SAS”, op. cit.; SISINI, Esteban, “La versatilidad de la Sociedad por Acciones Simplificada”, RCCyC 2020 (febrero), 11. LL Online: AR/DOC/4053/2019..

LA PERSONIFICACIÓN DE LOS BUQUES

POR ALBERTO C. CAPPAGLI (*)

Es un honor participar en esta obra en homenaje al eminente civilista, profesor y académico, doctor Guillermo A. Borda. Conociendo la talla de los civilistas que aportan sus contribuciones, no me he atrevido a tratar un tema de derecho civil. Sólo intento explicar por qué, pese que de acuerdo con el art. 155 de la Ley de la Navegación el buque es un bien registrable, se lo suele *personificar*...

I. BUQUE

I.1. Definición

El art. 2° de la Ley de la Navegación ⁽¹⁾ (en adelante, LN) dispone: “Buque es toda construcción flotante destinada a navegar por agua” y el art. 154 precisa que “la expresión *buque* comprende no solamente el casco, mástiles, velas y las máquinas principales y auxiliares, sino también todas las demás pertenencias ⁽²⁾, fijas o sueltas, que son necesarias para su servicio, maniobra, navegación y adorno, aunque se hallen separadas temporariamente”, excluyendo las pertenencias que se consumen con el primer uso.

I.2. Naturaleza jurídica

El buque es un *bien registrable sometido al régimen jurídico que consagra la Ley de la Navegación* (LN, art. 155), de modo que queda apartado

(*) Miembro de la Sección de Derecho de la Navegación del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Ley 20.094, año 1973.

(2) *Pertenencia*, en el sentido de “cosa accesoria o dependiente de la principal, y que entra con ella en la propiedad” (*Diccionario de la lengua española*, cuarta acepción).

de la tradicional distinción entre *cosa mueble* o *inmueble* de los arts. 225, 226 y 227 del actual Código Civil y Comercial.

En la terminología del art. 16 del Cód. Civ. y Com., el buque es un *bien material* llamado *cosa* y más precisamente *cosa registrable* (Cód. Civ. y Com., art. 1890) que se inscribe en el Registro Nacional de Buques (LN, arts. 51 y 155 a 159) tornándose irrelevante, sobre este aspecto, la distinción entre cosas muebles y cosas inmuebles ⁽³⁾.

II. EL LENGUAJE DEL DERECHO DE LA NAVEGACIÓN PERSONIFICA AL BUQUE

II.1. Lenguaje del derecho de la navegación

El lenguaje del derecho marítimo o de la navegación ⁽⁴⁾ parece *personificar* al buque, atribuyéndole acciones o cualidades propias de seres racionales ⁽⁵⁾, cual es la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes jurídicos ⁽⁶⁾, o confiriéndole, como a las personas jurídicas, aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones ⁽⁷⁾.

(3) Sobre el art. 1890 del Cód. Civ. y Com., señalo que más de medio siglo antes del comienzo de la vigencia del actual código, Atilio Malvagni, en el n° 72 de la Exposición de Motivos de su *Proyecto de Ley General de la Navegación*, sostuvo: "La reforma del Código Civil deberá incorporar la realidad en la materia, introduciendo la categoría de bienes muebles registrables, como lo ha hecho el Código Civil de Italia (art. 815), y en tal caso, el buque pasará a formar parte de ellos" (MALVAGNI, Atilio, *Proyecto de Ley General de la Navegación*, Edición Oficial, Buenos Aires, 1962, p. 46).

(4) En diversas legislaciones, el llamado *derecho marítimo* regula exclusivamente la navegación marítima. En nuestra legislación, tanto durante la vigencia del Libro III del derogado Código de Comercio, como bajo la actual Ley de la Navegación, el llamado *derecho de la navegación* que regulaba y regula tanto la navegación marítima, como la fluvial y la lacustre, también suele ser mencionado como *derecho marítimo*. Entiendo que es una denominación tradicional, probablemente derivada de que buena parte de la literatura jurídica a la que recurría y todavía recurre nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina, provenía y proviene de países en la que nuestra rama del derecho sólo se ocupa de la navegación marítima.

(5) Según el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española, la primera acepción de la voz *personificar* es "atribuir vida o acciones o cualidades propias del ser racional al irracional, o a las cosas inanimadas...".

(6) Art. 22 del Cód. Civ. y Com.

(7) Art. 141 del Cód. Civ. y Com.

Usan ese lenguaje nuestra LN y nuestra Ley sobre espacios marítimos ⁽⁸⁾, los ordenamientos jurídicos de distintos Estados, diversas convenciones internacionales de las que la República Argentina es parte, sentencias judiciales, laudos arbitrales, y autores nacionales y extranjeros.

II.2. Ley de la Navegación

La apariencia de *personificación* se advierte en diversos artículos de la LN:

- Art. 14, inc. a): “Disponer, incluso de oficio y *con cargo al buque...*”.
- Art. 41, in fine: “Los buques *que hayan prestado auxilio pueden accionar directamente contra los terceros...*”.
- Art. 42: “Los buques surtos en puertos *están obligados...*”.
- Art. 275, párrafo inicial: “Ni el transportador ni el buque son responsables de las pérdidas o daños...”.
- Art. 354: “... cuando el gobierno del convoy esté *a cargo del buque remolcador...*”.
- Art. 355: cuando “...la dirección de *la operación esté a cargo del buque remolcado...*”.
- Art. 356: “Es obligación [...] *tanto de parte del remolcado como del remolcador...*”.
- Art. 359: “Si el abordaje es *causado por culpa de uno de los buques...*”.
- Art. 479: “Los créditos *a favor del buque...*”.
- Art. 548: “En casos de abordaje *cada buque puede requerir al otro...*”.
- Art. 552, segundo párrafo: “*El buque o sus armadores al ser demandados pueden...*”.

II.3. Ley sobre espacios marítimos

El art. 14 de la Ley sobre espacios marítimos (ley 23.968, año 1991), “...*reconoce a los buques [...] el derecho de paso inocente a través del mar territorial*”.

II.4. Convenciones internacionales

Diversas convenciones o tratados internacionales de los que nuestro país es parte se refieren al buque como si incurriera en responsabilidad civil o fuera titular de derechos. Por ejemplo:

(8) Ley 23.968, año 1991.

- La Convención de Bruselas de 1910 para la Unificación de Ciertas Reglas sobre Abordajes, de la que la Argentina es parte en virtud de la ley 11.132, en su art. 3° dispone: “Si el abordaje es causado por la *culpa de uno de los buques...*” y “Si dos o más *buques incurrer en culpa la responsabilidad la de cada buque será...*”.

- La Convención de Bruselas de 1924 para la Unificación de Ciertas Reglas sobre Conocimientos, de la que la Argentina es parte en virtud de la ley 15.787, en su art. 4°, incs. 1, 2 y 5, último párrafo, se lee: “Ni el transportista *ni el buque serán responsables por...*”.

- El Reglamento Internacional para los Prevenir Abordajes de 1972 y sus enmiendas, al que la Argentina ha adherido mediante la ley 21.546, en la regla 2. a), dispone “Ninguna disposición del presente Reglamento *eximirá a un buque [...], de las consecuencias de cualquier negligencia en el cumplimiento de este Reglamento.*”

- La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de la que la Argentina es parte en virtud de la ley 24.543, en el art. 17 dispone que “*...los buques [...] gozan del derecho de paso inocente a través del mar territorial.*”

II.5. Sentencias judiciales

Las sentencias judiciales (y los laudos arbitrales) suelen referirse al buque como si fuera persona. Por ejemplo: “...para que nazca la responsabilidad por daños basta que *el hecho generador sea imputable al buque a título de dolo o de culpa...*”⁽⁹⁾.

II.6. Doctrina

También el lenguaje empleado por calificada doctrina *personifica* al buque:

- José D. Ray: “...en ningún caso las reglas *eximen al buque [...]* de las consecuencias de cualquier omisión...”⁽¹⁰⁾; y “*El buque que ve al otro por estribor...*”⁽¹¹⁾.

- Diego E. Chami: “*La obligación principal del buque remolcador es...*”⁽¹²⁾.

(9) Cám. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com. Federal, sala II, Vázquez... c/ Roldan... s/abordaje, 5/3/2013, causa 11.598/1994.

(10) RAY, José Domingo, *Derecho de la navegación, con textos nacionales e internacionales de comercio exterior*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. III, p. 16.

(11) *Ibidem*, p. 17.

(12) CHAMI, Diego Esteban, *Curso de derecho de la navegación*, segunda edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2022, p. 450.

- Rodolfo J. Clusellas: “El abordaje culpable es aquel ocasionado *por culpa de uno de los buques*” ⁽¹³⁾.

- R. G. Marsden: “*The mere fact that a ship strikes or goes foul of and injures another creates no liability in herself, her owners, or those in charge of her...*” ⁽¹⁴⁾.

- Lord Chorley y O. C. Giles (traducidos por Fernando Sánchez Calero): “*El buque dañado tiene una acción contra el buque en falta...*” ⁽¹⁵⁾.

- Rodolfo A. González-Lebrero: “Lo abordajes pueden acaecer por diversas causas, y frente a estas diferentes causas *que comprometen* de diversa manera *la responsabilidad de los buques...*” ⁽¹⁶⁾.

III. ¿POR QUÉ SE PERSONIFICARÍA EL BUQUE?

III.1. Persona

Antes de considerar por qué se personificaría el buque, dedicaré unas pocas líneas al concepto de *persona*, persona humana y persona jurídica.

III.2. Persona humana ⁽¹⁷⁾

El profesor Guillermo A. Borda, sencilla y terminantemente, enseñaba: “La persona natural es el hombre” ⁽¹⁸⁾.

(13) CLUSELLAS, Rodolfo J., *El abordaje en el derecho de la navegación comercial argentino*, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1946, p. 86, n° 80.

(14) MARSDEN, R.G., *A Treatise on the Law of Collisions at Sea*, séptima edición a cargo de Marcus W. Slade, Londres, Stevens and Sons, Limited, Londres, 1919, p. 1.

(15) LORD CHORLEY y O. C. GILES, *Derecho marítimo*, traducción de la 4ª edición inglesa y notas de derecho español por Fernando Sánchez Calero, Bosch, Cada Editorial, Barcelona, 1962. El traductor señala que la obra ofrece una visión de conjunto del derecho marítimo, diferenciándose de la generalidad de los libros jurídicos ingleses que se limitan a ordenar la jurisprudencia.

(16) GONZÁLEZ-LEBRERO, Rodolfo A., *Curso de derecho de la navegación*, segunda edición, Letras de Autor, Madrid, 2018, p. 722, n° 25.4.

(17) *Persona*, según el *Diccionario de la lengua española*, significa *individuo de la especie humana*.

(18) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil – Parte general*, actualizado por Guillermo J. Borda, 13ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, p. 243. Borda escribió este Tratado durante la vigencia del hoy derogado Código Civil, pero sus comentarios que cito son válidos bajo el actual Cód. Civ. y Com.

El art. 22 del actual Cód. Civ. y Com., dice que “toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos”, pero, como enseñara Borda, la aptitud o capacidad para ser titular de derechos y deberes jurídicos, no nace de la ley, sino que la ley “le reconoce esa capacidad porque es persona. En otras palabras [continuó diciendo Borda], la persona no es un producto del Derecho, no nace por obra y gracia del Estado; es el hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere —sobre todo muere— el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere”. Y termina el párrafo diciendo que el derecho “no podría, por ejemplo, reconocer el carácter de personas a los animales o a las cosas inanimadas” (19).

En palabras del profesor José W. Tobías, “...la noción de persona es un *prius* respecto de la capacidad, que es un *posterius*. Se tiene capacidad porque se es persona y no a la inversa: es la existencia de ésta el antecedente necesario para ser titular de intereses, derechos y deberes” (20).

III.3. Persona jurídica

El art. 141 del actual Cód. Civ. y Com. dispone que es persona jurídica todo ente al que el ordenamiento jurídico le confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento del objeto y fines de su creación.

Borda señaló que aun en ellas, “el destinatario último y verdadero de los derechos y obligaciones es siempre el hombre porque el derecho no se da sino entre hombres” (21).

Úrsula C. Basset se refiere a “la reunión de hombres y mujeres en pos de un fin común” y sostiene que éstas “...poseen una innegable trascendencia en la vida social pues ponen en marcha intereses de diversa índole, entre otros, culturales, religiosos, deportivos, políticos o económicos...” (22).

Esta autora dice más adelante:

Estos grupos (que pueden no existir, como en las fundaciones) tienen razones de existir como personas independientes y con patri-

(19) BORDA, Guillermo A., ob. cit., t. I, p. 244

(20) TOBIÁS, José W., comentando el art. 19, en *Código Civil y Comercial comentado - Tratado exegético*, Jorge Horacio Alterini, director general, José W. Tobías, director del tomo, Buenos Aires, La Ley, 2015, t. I, p 138.

(21) BORDA., ob. cit., t. I, p. 244.

(22) BASSET, Ursula C., comentario sobre el art. 141, en *Código Civil y Comercial comentado - Tratado exegético*, Jorge Horacio Alterini, director general, José W. Tobías, director del tomo, Buenos Aires, La Ley, 2015, t. I, pp. 1019-1020.

monio propio. En el derecho público es el ejemplo del Estado (incluso en el plano de las relaciones individuales con los ciudadanos) y en el derecho privado, multitud de finalidades humanas se realizan por las personas humanas en forma de agrupamientos, que reclaman un reconocimiento: el de una entidad que separe el grupo en cuanto tal (o la organización) de las individualidades y la reconozca como titular de relaciones y situaciones jurídicas en la medida necesaria para el cumplimiento de sus fines. No se trata sino del reconocimiento del derecho constitucional de asociarse con fines lícitos (art. 14 [de la Constitución Nacional])⁽²³⁾.

Destaco que el buque no aparece entre las personas jurídicas que menciona el art. 148 del Cód. Civ. y Com.

III.4. Georges Ripert - Su comparación del buque con la vida de la persona humana

Como queda dicho (*supra*, N.º 2), el buque es un *bien registrable* (LN, art. 155)⁽²⁴⁾. Carece de lógica *personificar* un bien registrable, un bien material. Es claro que un bien, una cosa, no puede ser persona; no puede ser asimilado a la persona natural ni a la persona jurídica.

Entonces ¿por qué nuestra LN, las convenciones internacionales, las decisiones de los tribunales, y los autores nacionales y extranjeros (Ray, Chami, Clusellas, Marsden, Chorley and Giles, González-Lebrero, y no sólo éstos), se refieren al buque con el lenguaje que se emplea para aludir a la persona humana?

Independientemente de que personas de habla inglesa, particularmente juristas y marinos, se refieren al buque empleando el pronombre personal *she* (ella) y el posesivo *her* (de ella), aún en los países ajenos a la tradición jurídica inglesa se suele *personificar* el buque, vinculándolo con el transcurso de la vida y con la condición jurídica de la persona humana. Cuando se trata la *personificación* del buque, se suele citar a Georges Ripert.

Al escribir sobre la *personalité du navire*, Ripert afirmó que el *buque es jurídicamente una cosa, objeto de un derecho de propiedad*, pero también señaló que el buque tiene movimiento, que es manifestación de la vida, y expuso que el buque nace como creación de un organismo indivi-

(23) BASSET, ob. cit., pp. 1025-1026.

(24) En la terminología del art. 16 del Cód. Civ. y Com., bien *susceptible de valor económico*, que al ser *material*, se llama *cosa* y más precisamente, según el art. 1890, *cosa registrable*.

sible que, como la persona humana, recibirá un nombre por el cual será reconocido, tendrá domicilio, nacionalidad, rango social, ocupación laboral, familia, podrá ser demandado y demandar, y morirá.

El mismo Ripert señaló que se trata de un lenguaje cómodo para indicar que el régimen jurídico del buque, en ciertos aspectos, dispone soluciones similares a las aplicables a las personas humanas ⁽²⁵⁾ y concluyó diciendo: “*La comparaison est pittoresque; elle n’est point inexacte si on ne la forcé point*” ⁽²⁶⁾.

Cada atributo del buque puede ser objeto de profundos estudios. Calificada doctrina se ha ocupado de ellos y es incontable la cantidad de páginas que se han escrito. No puedo profundizar sobre cada atributo porque excedería largamente la extensión prudentemente sugerida por el director de esta obra. Respetando ese límite, intento una ligera mirada la comparación pintoresca de Ripert, desde el ordenamiento jurídico argentino:

III.5. Nacimiento de la persona humana - Inicio de la construcción del buque

Nuestro derecho se ocupa de la vida humana desde la concepción (Cód. Civ. y Com., art. 19). A su vez, la LN se ocupa del buque desde el inicio de la construcción, con la colocación de la quilla ⁽²⁷⁾, refiriéndose a la instrumentación y al registro del contrato de construcción en el Registro Nacional de Buques, y estableciendo a la presunción de que el buque es construido por cuenta del constructor si se omite la registración (LN, art. 149), y disponiendo que la propiedad del buque en construcción se transmite al comitente desde la colocación de la quilla o desde el pago de cualquiera de las cuotas, si se hubiera procedido a la inscripción del contrato (LN., art. 150). La LN establece privilegios sobre el buque en construcción, los que no se extinguen con la transferencia a terceros del buque en construcción (LN, arts. 490 y 491).

III.6. Muerte de la persona humana - Innavegabilidad, naufragio, desguace y falta de noticias del buque

La existencia de la persona humana termina con su muerte (Cód. Civ. y Com., art. 93) y se prueba con la partida del Registro Civil. La muerte

(25) Conf. RIPERT, Georges, *Droit maritime*, quatrième édition, Éditions Rousseau et Cie., Paris, 1950, t. I, N.º 303, pp. 274-275.

(26) RIPERT, ob. cit., N.º 303, *in fine*, p. 275.

(27) La quilla es la primera pieza que se coloca al construir un buque (MARTÍNEZ-HIDALGO Y TERÁN, José Ma., director, *Enciclopedia general del mar*, segunda edición ampliada y puesta al día, Ediciones Garriga, Barcelona, 1968, séptimo volumen, p. 390.

del buque ⁽²⁸⁾ resultaría de su innavegabilidad absoluta, de su pérdida total o de su desguace, que determinan la eliminación de la matrícula nacional (LN, art. 55, incs. a y c). También se podría decir, aunque no lo dijera Ripert, que la ausencia de la persona humana y la declaración de su fallecimiento (Cód. Civ. y Com., art. 85), resultaría asimilable a la presunción de pérdida por el transcurso de un año desde la última noticia del buque (LN, art. 55, inc.c).

III.7. Nombre de la persona humana - Nombre del buque

“La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden” (Cód. Civ. y Com., art. 62). La LN, entre otros datos de individualización, requiere que al buque se le asigne un nombre (LN, art. 43), y que lo exhiba en lugar visible (LN, art. 46).

III.8. Rango, profesión y familia de la persona humana - distintos tipos de buques

En su comparación pintoresca, Ripert aludió al rango social de la persona humana, a su profesión y a su familia. En nuestro derecho de la navegación también se podría decir que el buque tiene rango (por ejemplo, buque mayor y buque menor), y se distingue por su naturaleza, por la finalidad del servicio que presta y por la navegación que efectúa (LN, art. 48).

III.9. Domicilio de la persona humana - Puerto de matrícula del buque

La persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia y, para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de su actividad profesional o económica, tiene domicilio en el lugar donde la desempeña (Cód. Civ. y Com., art. 73). El buque, cuyo destino es navegar (LN, art. 2°), no tiene “lugar de residencia” ni “lugar donde desempeñe su actividad”, de modo que Ripert se refirió a su puerto de matrícula, que es uno de sus datos de individualización (LN, art. 43).

En el derecho argentino, el domicilio de la persona “determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas” (Cód. Civ. y Com., art. 78) y es el punto de conexión que emplea el Cód. Civ. y Com., para determinar la capacidad de la persona humana (art. 2616) y el derecho aplicable a su nombre (art. 2618). El último domicilio del ausente establece la competencia para entender en la declaración de ausencia y en la presunción de fallecimiento (arts. 2619 y 2620), y también la competencia en las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimo-

(28) RIPERT, ob. cit., n° 303, p. 275.

nio y sus efectos (art. 2621), las relaciones personales de los cónyuges (art. 2624), el divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio (art. 2626), la competencia en las acciones que surjan de la unión convivencial (art. 2627), en las acciones por alimentos (art. 2629) y el derecho a los alimentos (art. 2630), el derecho y la competencia en materia de filiación (arts. 2631, 2632 y 2633), y la competencia y el derecho aplicable en los casos de adopción (arts. 2635 y 2639) y en las sucesiones (arts. 2643 y 2644).

Así es que el domicilio tiene gran trascendencia jurídica para la persona, porque es el punto de conexión para la aplicación de la ley de un Estado determinado, en tanto que el puerto de matrícula no tiene semejante trascendencia para el buque, ya que el punto de conexión para la elección de la ley nacional aplicable es la nacionalidad ⁽²⁹⁾.

III.10. Nacionalidad

La comunidad internacional reconoce la *nacionalidad* como atributo de la persona humana ⁽³⁰⁾ y también del buque ⁽³¹⁾.

Luis A. Podestá Costa decía: “La nacionalidad es el vínculo jurídico en virtud del cual una persona es miembro de la comunidad política que un Estado constituye según el derecho interno y el derecho internacio-

(29) No obstante mi opinión sobre la trascendencia jurídica del puerto de matrícula, señalo que Raymundo L. Fernández sostuvo: “La determinación del puerto de matrícula es de gran importancia en el derecho marítimo, pues es allí donde se lleva la determinación del estado civil, puede decirse, del buque: su primera inscripción y las distintas transferencias del dominio (art. 859) [del entonces vigente Código de Comercio], constitución de hipoteca, embargos, etc., constancias de su nacionalidad y del domicilio y nacionalidad del dueño, persona física o sociedad; por ello su mención forma parte de las marcas de popa del buque, debajo del nombre” (FERNÁNDEZ, Raymundo L., *Código de Comercio de la República Argentina comentado - Tratado de derecho comercial en forma exegética*, Buenos Aires, 1952, t. IV, p. 360). El Registro Nacional de Buques funciona en la ciudad de Buenos Aires, capital federal de la República. Allí se realizan todas las inscripciones relativas al buque y Buenos Aires es mencionado como puerto de matrícula. No veo que el “puerto” de matrícula tenga relevancia jurídica alguna. Lo que tiene relevancia jurídica es la inscripción en el Registro, no el lugar donde funcione el Registro.

(30) El art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece: “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad; 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni de su derecho a cambiar de nacionalidad”.

(31) El art. 92 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, establece: “1. Los buques navegarán [modo imperativo] bajo el pabellón de un solo Estado...”

nal”⁽³²⁾. Refiriéndose al buque, el mismo autor decía que “la nacionalidad significa, en principio, que el buque está sometido a la jurisdicción de un Estado determinado —es decir, a las leyes de ese Estado y a su aplicación por sus órganos administrativos y judiciales competentes—, y significa también que se halla bajo la protección del mismo Estado”⁽³³⁾.

Mientras que, en nuestro derecho, la regla o principio es que la persona humana está sujeta al derecho del Estado de su domicilio, para el buque la regla o principio es que el buque mismo y las personas que forman la comunidad que viaja a su bordo, están sujetos al derecho del Estado de la nacionalidad del buque.

La ley del Estado de la nacionalidad del buque es la ley aplicable a bordo⁽³⁴⁾ y también a numerosas relaciones jurídicas que involucran al buque⁽³⁵⁾.

En la alta mar, los buques argentinos, las personas a bordo, y los hechos y actos que en ellos se realicen, están sometidos al ordenamiento jurídico argentino (LN, art. 6°) y también están sometidos al ordenamiento jurídico argentino los buques argentinos cuando realizan paso inofensivo o inocente en mares territoriales extranjeros (art. 7°), aunque sí deben cumplir las disposiciones dictadas por el Estado ribereño en el marco del art. 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de la que la República Argentina es parte (ley 24.543 del año 1995).

Independientemente de las aguas en las que el buque se encuentre (alta mar, mar territorial, aguas interiores o puertos), la ley del Estado de su *nacionalidad* rige lo relativo a la adquisición, transferencia y extinción de la propiedad del buque, los privilegios y otros derechos reales o de garantía y su publicidad (LN, art. 598).

(32) PODESTÁ COSTA, Luis A., *Derecho internacional público*, actualizada por José María Ruda, 5ª. edición, 1ª. actualizada, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1979, N.º 108, p. 382.

(33) *Ibidem*, N.º 132, pp. 502-503.

(34) Que abordo se aplique la ley del Estado de la nacionalidad del buque, no significa admitir la ficción de su territorialidad, hoy abandonada (RAY, José D., *Derecho de la navegación...*, ob.cit., t. I, pp. 368-369).

(35) Me he ocupado de la ley y la jurisdicción en: CAPPAGLI, Alberto C., *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina*, Biblioteca Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, Buenos Aires, 2004.

También, independientemente de las aguas en las que se encuentre, la ley del Estado de la *nacionalidad* del buque rige los poderes, atribuciones y obligaciones del capitán (LN, art. 601); los contratos de locación y de fletamento a tiempo (LN, art. 602); los abordajes cuando los buques tienen la misma nacionalidad (LN, art. 605); la naturaleza de las averías y en la avería gruesa o común, los elementos y las formalidades, y la obligación de contribuir (LN, art. 607, inc. a); y el contrato de ajuste (de trabajo) del capitán, oficiales y tripulantes (LN, art. 611).

Es claro que la nacionalidad tiene más importancia para el buque que para la persona humana ⁽³⁶⁾.

Si bien no puede ejercer los derechos políticos del Estado en el que se domicilia, *la persona extranjera no está excluida del ejercicio de actividades comerciales*. La nacionalidad de la persona, en las relaciones jurídicas privadas no crea diferencias entre nacionales y extranjeros. *La Constitución Nacional garantiza a “todos los habitantes de la Nación” el goce, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, de los derechos mencionados en el art. 14, entre ellos, “navegar y comerciar”. En el art. 16, la Constitución Nacional dispone que, en nuestro país, “todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Las garantías de los arts. 14, 16, 17, 18 y 19, tutelan a todos los habitantes, sean de nacionalidad argentina o extranjera.*

En palabras del constitucionalista Gregorio Badeni: “El art. 20 extiende a los extranjeros el reconocimiento de todas las libertades civiles de los ciudadanos, enunciando la de ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos, *navegar los ríos y costas*, ejercer libremente su culto, testar y casarse *conforme a las leyes*” ⁽³⁷⁾.

La *diferencia importante entre la nacionalidad de la persona humana y la nacionalidad del buque* es que, mientras la persona extranjera goza en la Argentina de todas las libertades y derechos civiles del argentino, esta igualdad de trato no se extiende a los buques extranjeros. La generalidad de los Estados dispone límites a la actividad de los buques extranjeros en sus aguas ⁽³⁸⁾. Así es que, si bien los buques extranjeros gozan de libertad para navegar nuestras aguas, incluyendo las interiores, el

(36) RIPERT, ob. cit., t. I, N.º 351, p. 319.

(37) BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho año constitucional*, 3ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. I, pp. 687 y ss., en especial, pp. 693. Las *bastardillas* de la transcripción son para destacar, no son del autor citado.

(38) RIPERT, ob. cit., t. I, N.º 351, p. 319-320.

transporte de mercaderías y pasajeros entre puertos argentinos, y otras actividades, están reservados —con limitadas excepciones— para los buques argentinos ⁽³⁹⁾. También la pesca está reservada para los buques argentinos ⁽⁴⁰⁾.

III.11. Persona humana y buque – Personificación del buque

La *comparación pintoresca* del *Doyen Ripert* (*supra*, N.º 12), también ha sido esbozada y mencionada por diversos autores, con similar o distinto detalle, coincidiendo en que el buque es *objeto* de derechos.

Prospero Ascoli, quien fuera profesor de derecho comercial en Venencia, decía que “aunque la propiedad del buque dé origen a derechos y deberes especiales, aunque el propietario de este, para ciertos efectos, pueda limitar mediante su abandono su responsabilidad a la responsabilidad patrimonial marítima representada por el valor del buque y del flete, no por eso se puede considerar que la nave tenga capacidad de contratar. El sujeto de los derechos y de los deberes sigue siendo siempre el propietario, aunque la propiedad y la gestión del buque sean la fuente y la causa de tales derechos y deberes...” ⁽⁴¹⁾. “...La separación del patrimonio marítimo del terrestre, necesidad reconocida por muchos en interés de la navegación y del comercio marítimo, no induce en modo alguno a reconocer una personificación jurídica del navío, por la misma razón por la que la acción en una sociedad anónima o la acción o cuota en una sociedad en comandita, a la que se limita la responsabilidad patrimonial del socio por las obligaciones sociales, no tiene una personalidad jurídica independiente y distinta de la del propietario de dicha acción o cuota”. Ascoli ejemplificaba con la acción de una sociedad anónima a la que se limita la responsabilidad patrimonial del accionista por las obligaciones sociales, señalando que no tiene una personalidad jurídica e independiente y distinta de la del propietario de dicha acción o cuota.” ⁽⁴²⁾. Este autor es terminante: “El buque será siempre *objeto* y nunca *sujeto* de derechos” ⁽⁴³⁾.

(39) Decreto-ley 19.492 del año 1944, ratificado por la ley 12.980 y modificado por la ley 26.778. El art. 39 de la ley 27.419 del año 2017, ratificó “la plena y total vigencia de la reserva del cabotaje nacional para los buques argentinos” conforme el decreto-ley y las dos leyes mencionadas.

(40) Art. 24 de la Ley Federal de Pesca, ley 24.922 (año 1997).

(41) ASCOLI, Prospero, *Del comercio marítimo y de la navegación*, traducción de Rodolfo O. Fontanarrosa y Santiago Sentís Melendo, notas de derecho argentino por Rodolfo O. Fontanarrosa, Buenos Aires Ediar, 1953, vol. I, N.º 12, p. 20.

(42) ASCOLI, ob. cit., vol. I, pp. 20-21...

(43) ASCOLI, ob. cit., vol. I, p. 20.

Antonio Brunetti, quien también fuera profesor de derecho comercial en Venecia, calificó al buque como *cosa*, no sólo en el sentido de un bien capaz de utilidades y de producción económica, sino también en el sentido jurídico de objeto inmediato de un derecho patrimonial ⁽⁴⁴⁾. Brunetti sostuvo que el buque sólo puede ser objeto de derechos” ⁽⁴⁵⁾, rechazó la idea según la cual el buque sería una persona jurídica y sostuvo que a la subjetividad ha contribuido el lenguaje adoptado por el legislador que a veces lo considera, aunque sólo figuradamente, como titular de derechos y, por otro lado, la costumbre transmitida por los franceses, de tratar al buque, en el lenguaje legal, como persona que posee un estado civil, que puede obligarse y que puede contraer obligaciones ⁽⁴⁶⁾.

Pierre Bonassies consideró al buque como mueble con un estatuto especial, señalando que el propietario se puede beneficiar con la limitación de responsabilidad. Como bien mueble de gran valor económico, se lo individualiza de un modo especial, puede ser objeto de hipoteca y el embargo está sometido a un procedimiento especial. Sin embargo, termina la caracterización personalizándolo, por ser un bien individualizable por su nombre, por su puerto y por su matrícula. Indica que es susceptible de ser gravado con hipoteca, confiriéndole al acreedor un derecho real, y señala que está sometido a un régimen específico de privilegios. Sostiene que el buque es responsable por sí mismo, y cita y parcialmente transcribe a Ripert. Y como Ripert, observa que la personalización recurre a simples imágenes, a un lenguaje cómodo, pero que la comparación pintoresca, si no se la fuerza, no es del todo inexacta y pondría de manifiesto el particularismo del derecho marítimo ⁽⁴⁷⁾.

Paul Chauveau consideró que el buque es un bien mueble que se aleja sensiblemente del régimen al que el derecho civil somete a los bienes mobiliarios. Este autor se refirió a la comparación del buque con la persona: el buque tiene un nombre y una individualidad, está inscripto en un registro, tiene una nacionalidad, se dice que es deudor o acreedor, y que incurre en responsabilidad. Estas expresiones aparecen en los textos legislativos, con lo que el derecho marítimo reconocería al buque una especie de personalidad jurídica. En materia procesal se admite que

(44) BRUNETTI, Antonio, *Derecho marítimo privado italiano*, versión española anotada por R. Gay de Montellá, Bosch, Csa Editorial, Barcelona, 1950, t. I, p. 255.

(45) BRUNETTI, ob.cit., t. I, p. 345.

(46) BRUNETTI, ob. cit., r. I, p. 346.

(47) BONASSIES, Pierre, en BONASSIES, Pierre et SCAPEL, Christian, *Droit maritime*, Paris, L.G.D.J. (Librairie générale de Droit et de Jurisprudence), 2006, N.º 156-158, pp. 112-113.

se proceda contra el buque representado por el capitán, sin necesidad de traer a la causa al propietario o armador, pero Chaveau termina afirmando que no se debe llevar lejos esta comparación y que “...*le régime du navire est celui d'un bien et non d'une personne*”⁽⁴⁸⁾.

Daniel Danjon calificó al buque como bien de una naturaleza excepcional o única, al margen de la clasificación de otros bienes. También aludió a una comparación “interesante”: como la persona, tiene nacionalidad, nombre, estado civil y una suerte de domicilio, y señaló la tendencia “moderna” (el Tratado de Danjon se publicó en 1910) que consideraría al buque como “sujeto de derechos” que, como la persona, tiene deudas, créditos y responsabilidades, pero puntualiza que el buque, como bien, está sometido a reglas excepcionales, desde dos puntos de vista: está sometido al control administrativo, y es regido por las reglas de los bienes muebles y por reglas análogas a las de los inmuebles, en una posición intermedia entre los muebles y los inmuebles⁽⁴⁹⁾.

Rodolfo A. González-Lebrero señaló que los buques son bienes registrables⁽⁵⁰⁾ y sostuvo que la personificación ha sido y es una construcción forzada que consiste en “un método técnico-jurídico orientado a reunir un esquema de relaciones jurídicas en un punto de referencia, que se convierte en un centro instrumental de imputaciones jurídicas”⁽⁵¹⁾.

Antonio Scialoja consideró el lenguaje que personifica al buque, como “sencilla y cómoda metáfora” que no expresa un concepto jurídico. Sostuvo que el lenguaje adoptado por el legislador, que figuradamente considera a la nave como titular de derechos, contribuyó a la subjetividad, y que también contribuyó la costumbre transmitida por los franceses quienes, en el lenguaje legal, mencionan al buque como persona, que poseería un estado civil y podría contraer obligaciones⁽⁵²⁾.

(48) CHAUEAU, Paul. *Traité de droit maritime*, Libraires Techniques, Paris, 1958, N.º 86, pp. 71-72.

(49) DANJON, Daniel, *Traité de droit maritime*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1910, t. I, pp. 58-59. Además, á titre de curiosité, este autor, en pp. 57-58, cita un capítulo de las *Partidas* que el rey Alfonso X de Castilla promulgara en 1266, en el que se menciona a los buques como sirviendo de montura de quienes navegan, como los caballos a quienes van por tierra.

(50) GONZÁLEZ-LEBRERO, Rodolfo A., *Curso de derecho de la navegación*, segunda edición, Letras de Autor, 2018, p. 199.

(51) GONZÁLEZ-LEBRERO, ob. cit., p. 202.

(52) SCIALOJA, Antonio, *Sistema de derecho de la navegación*, traducción de Delia Viterbo de Frieder y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Bosch y Cía. Editores,

Marsden usó el pronombre femenino para aludir a los buques (“...*herself, her owners, or those encharged of her...*”) y aludió a sus culpas y a su responsabilidad, aclarando el mismo autor que se trata de fraseología habitual en los casos judiciales, libros de texto y leyes, que constituye un lenguaje figurativo para aludir a la responsabilidad del propietario del buque o de quienes están a su cargo ⁽⁵³⁾.

José D. Ray se refirió al buque como cosa ⁽⁵⁴⁾, mencionó la comparación pintoresca de Ripert ⁽⁵⁵⁾ y señaló que no se lo puede encasillar como mueble o inmueble, ni aplicarle todas las consecuencias inherentes a cualquiera de esas calificaciones ⁽⁵⁶⁾.

Diego E. Chami sencillamente califica al buque como bien registrable, ateniéndose al art. 155 de la LN ⁽⁵⁷⁾.

Observo que la generalidad de los autores, aunque algunos parezcan acercarse a la idea de la *personificación* del buque, afirman que éste es una cosa, un bien material objeto de derechos, no un sujeto que con aptitud adquirir derechos y contraer obligaciones ⁽⁵⁸⁾. Para la generalidad de la doctrina, la *personificación* sólo es —palabras de Ripert— una comparación pintoresca.

III.12. Consecuencias jurídicas de la “comparación pintoresca” de Ripert

No veo cuáles son, a la luz del derecho argentino, las consecuencias jurídicas de los parecidos y diferencias de la comparación que Ripert consideró pintoresca. Sin duda, existen los parecidos y las diferencias (*supra*, N.º 13 a 18), pero en los sistemas jurídicos inspirados en el derecho romano (los llamados sistemas continentales o del *civil law*) no he sido capaz de encontrar que la *personificación* del buque —salvo por el *maritime lien* estadounidense ⁽⁵⁹⁾— tenga consecuen-

1950, pp. 201-202, N.º, pp. 201-202.

(53) MARSDEN, ob. cit., p. 1

(54) RAY, ob. cit., t. I, p. 248.

(55) *Ibidem*, p. 257.

(56) *Ibidem*, p. 249.

(57) CHAMI, *Curso...*, ob. cit., p. 109.

(58) Contra: PODESTÁ COSTA, en ob. cit., p. 502, sostuvo: “Todo buque privado posee personalidad jurídica, pues constituye una entidad que puede adquirir derechos y contraer obligaciones a los efectos a los efectos del derecho interno y del derecho internacional”.

(59) Haré algunas referencias a los *maritime liens*, *infra*, a partir del N.º 24.

cias o aplicaciones concretas en el ámbito del derecho de la navegación, aunque no descarto no haber sido suficientemente prolijo en mi búsqueda,

Transcribo nuevamente la afirmación de Ripert: *Le navire est juridiquement une chose, objet d'un droit de propriété*⁽⁶⁰⁾.

III.13. En nuestro derecho, la personificación del buque carece de sentido y de efectos jurídicos

En nuestro derecho, la calificación del buque como *bien registrable* (LN, art. 155), impide aceptar que la idea de *personificación* tenga algún sentido. Los conceptos de *persona humana* y *persona jurídica* (*supra*, N.º 9, 10 y 11), son incompatibles con el concepto de *bienes materiales* (Cód. Civ. y Com., art. 16), de *cosas registrables* (Cód. Civ. y Com., art. 1890) y de *bien registrable* (LN, art. 155) (*supra*, N.º 2).

La persona es titular de derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio (Cód. Civ. y Com., art. 15) y el buque integra el patrimonio de su propietario. ¿Podría la supuesta *persona buque* formular reclamos (o accionar judicialmente) contra su propietario, o el propietario contra su buque? ¿Quién actuaría por la *persona buque* en una disputa contra su propietario? El capitán y el agente marítimo, uno y otro, son representantes legales del propietario (LN, arts. 193 y 201).

III.14. ¿Hay alguna puerta abierta para la personificación del buque?

Queda dicho y repetido que el *Doyen* Ripert expresó: "*La comparaison est pittoresque; elle n'est point inexacte si on ne la forcé point*"⁽⁶¹⁾ (*supra*, N.º 12, penúltimo párrafo). ¿Acaso Ripert dejó una puerta abierta a la personificación del buque? Como Ripert, hay otros autores que parecen dejar abierta una puerta para la personificación.

Danjon, si bien sostuvo que desde el punto de vista jurídico, los buques son bienes de una naturaleza especial o única, que están fuera de las clasificaciones de los otros bienes, que son comparables con las personas y como ellas, tienen nacionalidad, nombre, estado civil, una especie de domicilio, advirtiendo que entonces (su *Traité* fue publicado en 1910, hoy hace ciento trece años) aparecía una tendencia moderna a con-

(60) RIPERT, ob. cit., t. I, N.º 303, p. 274.

(61) RIPERT, op. cit., t. I, p. 275.

siderarlos sujetos de derechos, como las personas jurídicas, teniendo sus créditos y sus deudas, e incurriendo en responsabilidades ⁽⁶²⁾.

Ray mencionó casos estadounidenses en los que los jueces se refirieron al buque como persona cuando se actuaba *in rem* sobre el mismo, aceptando la teoría de la personificación cuando existen *maritime liens* ⁽⁶³⁾.

IV. EL BUQUE NO ES PERSONA

El buque no puede adquirir derechos ni contraer obligaciones

Pese al lenguaje de las leyes, convenciones internacionales, sentencias judiciales, laudos arbitrales y doctrina, en nuestro derecho el buque no puede adquirir derechos ni contraer obligaciones. Obviamente no es persona humana (*supra*, N.º 19) Tampoco es persona jurídica.

V. LA HIPÓTESIS DEL BUQUE COMO PERSONA

V.1. Maritime lien - Actio in rem

José D. Ray calificó al buque como cosa ⁽⁶⁴⁾ (*supra*, N.º 19). Sobre la *personificación* del buque, Ray citó a Ripert y a la idea según la cual el buque, por su condición jurídica, se asemejaría a la persona física y también citó a Gilmore y Black autores que trataron la doctrina de la personalidad del buque en el derecho estadounidense, vinculándola con la actuación *in rem* y el *maritime lien* ⁽⁶⁵⁾.

Ray caracterizó al *maritime lien* como “un privilegio que recae sobre el buque se adhiere al mismo y tiene preferencia para el cobro, *erga omnes*, sin que sea necesario ejercitar ninguna acción ni formalizar un documento o efectuar registro alguno” ⁽⁶⁶⁾. También señaló que el *privilegio marítimo* y el *maritime lien* cumplen funciones similares y que nada

(62) DANJON, ob. cit., n.º 29, pp. 57-58.

(63) RAY, ob. cit., pp. 257-258.

(64) RAY, ob. cit., t. I, p. 248.

(65) RAY, ob. cit., t. I, pp. 257-258.

(66) RAY, ob. cit., t. I, p. 444.

impidió que las regulaciones internacionales, como las convenciones de 1926 y de 1967, los consideraran equivalentes ⁽⁶⁷⁾.

Estas menciones de Ray muestran la similitud entre el *maritime lien* y el *privilegio marítimo*, particularmente el privilegio sobre el buque, al que nuestra LN se refiere en los arts. 471 y 476 y ss. El privilegio recae sobre el buque (grava al buque) (LN, art. 476); es preferido a cualquier otro privilegio general o especial (LN, art. 471) ⁽⁶⁸⁾; como el *maritime lien*, no requiere instrumentación ni registración ⁽⁶⁹⁾ y es oponible *erga omnes* ⁽⁷⁰⁾;

Sobre el *maritime lien* y el proceso *in rem*, William Tetley, profesor de la McGill University Law Faculty ⁽⁷¹⁾, explicó que la *actio in rem* se ejerce para ejecutar un *maritime lien* ⁽⁷²⁾, concepto éste que no es propio del *common law* ⁽⁷³⁾ sino que proviene del *civil law* ⁽⁷⁴⁾, destacando que la mayoría de las confusiones e interpretaciones erróneas resultan de considerar el *maritime lien* como un concepto del *common law* cuando, en realidad, es un privilegio que proviene de la *civilian tradition* ⁽⁷⁵⁾.

Tras historiar el *maritime lien* y transcribir diversas definiciones, Tetley lo describió o definió, como un derecho de garantía peculiar del derecho marítimo, un privilegio sobre una propiedad (sobre un buque) que tiene prioridad sobre otros créditos, sin necesidad de acción judicial, instrumentación ni inscripción alguna (tal como ocurre

(67) RAY, ob. cit., t. I, p. 466.

(68) Concuerdan con el art. 471 de la LN, los arts. 241, inc. 6° y 243, inc. 1° de la Ley de Concursos y Quiebras, y el art. 2582, inc. f) del Cód. Civ. y Com.

(69) TALAVERA, Haydee Susana, *Privilegios en el derecho de la navegación argentina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 64.

(70) TALAVERA, ob. cit., p. 63.

(71) Además del nivel académico de William Tetley, este autor estudió y enseñó en Québec y en Nueva Orleans. Tuvo un sólido conocimiento tanto del *common law* como de los derechos originados en el romano (también mencionados como continentales o del *civil law*).

(72) TETLEY, William, *Maritime liens and claims*, second edition, International Shipping Publications (Blasis), Montreal, 1998 ob. cit., p. 941.

(73) El *lien* del *common law* requiere la posesión de la cosa sobre la que recae. Se asemeja a nuestro derecho de retención. El *maritime lien*, como el privilegio marítimo de nuestro derecho de la navegación, el acreedor no tiene la posesión del buque.

(74) TETLEY, ob. cit., p. 7. En pp. 7-59 de esta obra, Tetley expone la historia de los *maritime liens*.

(75) TETLEY, ob. cit., p.7. Tetley desarrolla la historia del *maritims lien* en pp. 7-59.

en el derecho argentino). Grava al buque, aunque su propiedad haya sido transferida (de acuerdo con el art. 160 de nuestra LN, “en la venta privada del buque, su propiedad se transfiere al comprador con todos los privilegios que lo graven”) y el nuevo propietario puede no conocer la existencia del *lien*, de modo que, en este sentido, el *maritime lien* es un *lien* secreto que no tiene equivalente en el *common law*. Enseñaba Tetley que el *maritime lien* cumple la función del privilegio del *civil law* (derecho continental u originado en el derecho romano) y de la *lex mercatoria* ⁽⁷⁶⁾.

Tetley señaló dos visiones sobre el *maritime lien*, y particularmente sobre la *action in rem* o *arrest*. La visión inglesa lo tiene como “*the children of procedure*”, para asegurar con el buque (o con una garantía que lo sustituya), el cobro de los créditos ⁽⁷⁷⁾.

Los autores ingleses Lord Chorley y O. C. Giles ⁽⁷⁸⁾ mencionaban que los buques (importantes elementos del patrimonio de sus propietarios) pueden causar daños imprevistos o requerir provisiones y servicios en cualquier lugar del mundo, haciendo difíciles, costosas e inefectivas, las *acciones personales* que intenten los acreedores para percibir sus créditos y que, además, pueden no conocer el patrimonio del deudor. El único bien al alcance del acreedor, explicaban estos autores, es el buque sobre el que recae el *maritime lien* ⁽⁷⁹⁾ o *privilegio marítimo* ⁽⁸⁰⁾, que es un derecho oponible frente a todos (*enforceable against the world at large*), como contrapuesto a un derecho *in perso-*

(76) TETLEY, ob. cit., pp. 59-60.

(77) TETLEY, ob. cit., p. 53.

(78) Lord CHORLEY y Giles, O. C., *Derecho marítimo*, traducción de la 4ª. edición inglesa y notas de derecho español por Fernando Sánchez Calero, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1962, pp. 49-50. Tal como lo expresa el profesor Fernando Sánchez Calero, su traductor al idioma español, estos autores han escrito sobre el derecho marítimo inglés ofreciendo una visión de conjunto inusual en la literatura jurídica inglesa, que se suele limitar a ordenar la jurisprudencia.

(79) El profesor Sánchez Calero, tradujo *maritime liens* como *privilegios marítimos*

(80) En la misma línea, refiriéndose a los privilegios sobre el buque en el derecho argentino, Ray decía que “... el sistema está vinculado con las necesidades de la navegación. Quien celebra un contrato referente a la expedición o quien resulta acreedor por una causa relacionada con ésta, puede desconocer la solvencia del propietario [o del] armador, especialmente si se domicilia en el extranjero y el buque puede ser la única garantía de su crédito” (RAY, José Domingo, ob. cit., t. I, p. 441).

nam que se ejerce contra una persona determinada, por ejemplo, el propietario”⁽⁸¹⁾.

El *maritime lien* se ejecuta a través de la acción *in rem*⁽⁸²⁾, mediante la cual, dada la movilidad del buque, se evita la posibilidad de eludir la responsabilidad deteniendo al buque, que podrá ser vendido para hacer frente al reclamo que persigue el demandante⁽⁸³⁾, salvo que el buque detenido fuera liberado mediante una garantía contra la cual se haría efectivo con el reclamo.

En cuanto a la visión estadounidense, Tetley la señala apoyada en la *personificación* del buque⁽⁸⁴⁾.

Nicholas J. Healy, quien fuera profesor en la New York University, y David J. Sharpe, profesor de la The George Washington University, se refieren a *the civil action in rem*. Explicaron que, bajo el derecho estadounidense, al igual que en el pasado, un buque puede ser demandado, embargado (*arrested*), considerado culpable y vendido en un remate judicial, sin intervención del propietario *in personam*⁽⁸⁵⁾.

Según los estadounidenses Grant Gilmore y Charles L. Black, Jr., profesores de la Yale Law School, la personificación del buque ha tenido una trayectoria importante.

Estos autores transcribieron un párrafo del *Chief Justice* Marshall, que consideraran un vuelo fantástico. En el caso del *The Little Charles*, buque que fuera usado sin conocimiento ni consentimiento de su propietario, este magistrado explicó que no se trataba de un proceso contra el propietario del buque, sino de un proceso contra el buque por una violación de la ley cometida por el buque contrariando la voluntad de su propietario, y sostuvo: “*It is true that inanimate matter can commit no offence. The mere wood, iron, and sails of the ship, cannot, of themselves, violate the law. But this body is animated and put in action by the crew, who are guided by the master. The vessel acts and speaks*

(81) Lord CHORLEY y O. C. GILES, *Derecho marítimo*, traducción de la 4ª edición inglesa y notas de derecho español, por Fernando Sánchez Calero, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1962, p. 40.

(82) TETLEY, ob. cit., p. 941.

(83) RAY, ob. cit., t. I, p. 447.

(84) TETLEY, ob. cit., p. 53.

(85) HEALY, Nicholas J. and SHARPE, David J., *Cases and material son admiralty*, St. Paul. Minn., West Publishing, Co., 1974, p. 28.

by the master. It is, therefore, not unreasonable that the vessel should be affected by this report."⁽⁸⁶⁾

Gilmore y Black no se mostraron partidarios de la teoría de la personificación y la señalaron como una ficción del pasado⁽⁸⁷⁾. Nuestro derecho (en línea con la generalidad de los derechos de origen romano) no ha necesitado la ficción de la *personificación* del buque para proteger a los acreedores marítimos.

V.2. Privilegio sobre el buque en el derecho argentino⁽⁸⁸⁾ - *Maritime lien*

En los párrafos anteriores me he referido al *maritime lien* guiado por los profesores José D. Ray y William Tetley, conocedores de los regímenes jurídicos inspirados en el derecho inglés y de los derechos inspirados en el derecho romano, que suelen ser mencionados como derecho continental o *civil law*. En su *Derecho de la navegación*, Ray ha compartido con sus lectores interesantes e ilustrativos comentarios sobre el derecho inglés y el derecho estadounidense que, particularmente en materia de navegación, no se limitan al *common law*. Tetley, como jurista canadiense y como profesor que enseñó en Quebec y en New Orleans, convivía con el derecho de origen inglés y con los de origen francés, y lo demuestra en su libro *Maritime liens and claims*.

Para los juristas formados en los derechos de origen romano, no es fácil introducirse en los derechos de origen inglés, y viceversa. Se trata de estructuras, categorías y conceptos muy distintos⁽⁸⁹⁾. Con mis limitaciones, intento mostrar el paralelismo entre el *maritime lien* y el *privilegio marítimo* de nuestra LN.

"Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro" (Cód. Civ. y Com., art. 2573). Sin perjuicio de la

(86) GILMORE, Grant and BLACK, Charles L., Jr., *The law of Admiralty*, second edition, New York, The Foundation Press, 1975, 9. 591. A *The Little Charles* siguieron otros, a los que Gilmore y Black se refieren en pp. 591 y ss.

(87) GILMORE, Grant, and BLACK, Charles L., Jr., *ib.cit.*, pp. 615 y ss.

(88) Me he referido a los privilegios sobre el buque y al embargo e interdicción de navegar, en CAPPAGLI, Alberto C., "¿Por qué el derecho de la navegación se aparta del derecho civil en materia de responsabilidad civil?", en TOBIAS, José W., *Estudios sobre obligaciones y responsabilidad civil en homenaje al académico Félix A. Trigo Represas*. La Ley, Buenos Aires. 2022, pp. 778-779 y pp. 835-845.

(89) Sobre las diferencias en los diversos sistemas jurídicos, ver DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (derecho comparado)*, traducción de la 2ª edición francesa por Pedro Bravo Gala, Aguilar, Madrid, 1969.

validez genérica de esta definición, los *privilegios marítimos* están gobernados por los arts. 471 y ss. de la LN.

Los privilegios marítimos son preferidos a cualquier otro privilegio general o especial (LN, art. 471; Ley de Concursos y Quiebras, arts. 241, inc. 6° y 243, inc. 1°; y art. Cód. Civ. y Com., art. 2582, inc. f).

Algunas particularidades de las disposiciones de la LN en materia de privilegios son:

i. Distinguiéndose del privilegio del derecho común, el privilegio sobre el buque tiene carácter real ⁽⁹⁰⁾. Si alguna duda hubo durante la vigencia del Libro III del Código de Comercio ⁽⁹¹⁾, actualmente el art. 599 de la LN alude a los derechos emergentes de los privilegios, como lo que realmente son: “derechos reales o de garantía” ⁽⁹²⁾. El *maritime lien*, según la expresión de Ray, se *adhiera al buque* ⁽⁹³⁾.

ii. Los créditos privilegiados que enuncia la LN en su art. 476, gravan al buque, aunque las deudas no fueran contraídas por el propietario (LN, art. 487). Como ha dicho Ray, el derecho de persecución sobre el buque puede ser ejercido por el acreedor con total independencia de la persona de su propietario, de tal manera que aun cuando se tratara de un buque explotado por un armador no propietario, no cabe duda que el privilegio que la ley otorga al acreedor el derecho a cobrarse con el buque” ⁽⁹⁴⁾. Esto también lo resalta Chami, diciendo que “...los privilegios sobre el buque [...] rigen aun cuando quien genera el crédito —por ejemplo, un armador o fletador a tiempo— no sea propietario. Así lo establece expresamente el art. 487 ⁽⁹⁵⁾ [de la LN]” ⁽⁹⁶⁾. Al igual que nuestro privilegio marítimo, el *maritime lien* grava al buque independientemente de quién haya generado el crédito. Así resulta de la decisión del *Chief Justice* Marshall en el ya mencionado caso *The Little Charles* y en las decisiones que siguieron a ese precedente.

(90) RAY, ob. cit., t. I, pp. 441 y 443; TALAVERA, Haydee Susana, *Privilegios en el derecho de la navegación argentino*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1971, pp. 59-60.

(91) RAY, ob. cit., t. I, p. 441.

(92) Así lo dice la LN cuando se refiere al cambio de nacionalidad del buque.

(93) RAY, ob. cit., t. I, p. 466.

(94) RAY, ob. cit., t. I, p. 441.

(95) CHAMI, *Curso...* ob. cit., p. 159.

(96) Sin perjuicio de los derechos del propietario contra el locatario (LN, art. 222 *in fine*) o contra el fletador a tiempo, y del derecho a limitar su responsabilidad (LN, art. 181).

iii. El crédito privilegiado del último viaje es preferido al de viajes anteriores (LN, art. 483). Esta regla también es aplicable a los *maritime liens* ⁽⁹⁷⁾.

iv. Diferenciándose del art. 2573 del Cód. Civ. y Com., que sólo permite el ejercicio del privilegio mientras la cosa afectada integra el patrimonio del deudor, el art. 487 de la LN dispone que los créditos privilegiados sobre el buque generan el *ius perseguendi*, aunque la obligación no hubiera sido contraída por el propietario del buque y el art. 160 de la LN dispone que la venta privada transfiere la propiedad del buque “con todos los privilegios que lo graven”. El *maritime lien* es oponible *erga omnes*, es *enforceable against the world at large* ⁽⁹⁸⁾.

v. El acreedor privilegiado sobre un buque tiene derecho a ejecutar su crédito sólo mediante la venta judicial del buque (LN, arts. 553 y ss.). El *maritime lien* también sólo puede ser ejecutado judicialmente ⁽⁹⁹⁾.

vi. Para que la enajenación voluntaria del buque extinga los privilegios, deben transcurrir tres meses desde la fecha de la inscripción del documento traslativo de la propiedad en el Registro Nacional de Buques, previa publicación de edictos por tres días en el Boletín Oficial (LN, art. 484, inc. c).

vii. Los privilegios sobre el buque se extinguen por la expiración del plazo de un año, salvo que antes de la expiración de ese plazo el buque haya sido objeto de embargo, plazo que no corre mientras un impedimento legal coloque al acreedor privilegiado en la imposibilidad de proceder al embargo del buque (LN, art. 484, inc. a).

Como queda dicho, nuestro derecho (en línea con la generalidad de los derechos que inspirados en el derecho romano) no ha necesitado la ficción de la *personificación* del buque para proteger a los acreedores marítimos ni para facilitar el crédito.

VI. CONCLUSIÓN

Considero que, en el derecho argentino, la *personificación* de una *cosa*, de un *bien registrable*, de un *buque*, no es admisible, y que la “comparación pintoresca” de la que me he ocupado, carece de consecuencias jurídicas que puedan tener alguna utilidad.

(97) GILMORE and BLACK, ob. cit., p. 588.

(98) CHORLEY and GILES, ob. cit., p. 50, y GILMORE and BLACK, ob. cit., p. 588

(99) GILMORE and BLACK, ob. cit., p. 589.