



Pontificia Universidad Católica Argentina

“Santa María de los Buenos Aires”

Facultad de Derecho

Doctorado en Ciencias Jurídicas

Seminario de Principios Generales del Derecho

Los principios generales del derecho en el tratamiento de los derechos personalísimos

Doctorando: Emilio Marcelo Pintos

Buenos Aires, 10 de febrero de 2019

Índice

Aclaración metodológica	(1)
Fundamentos del Código Civil y Comercial	(1)
Título preliminar del Código Civil y Comercial.	
Principios generales del derecho argentino	(10)
Argumentación jurídica razonable	(11)
Sistema basado en principios y valores	(16)
Constitucionalización del Derecho Civil	(21)
Persona humana	(27)
Dignidad	(37)
Derechos subjetivos	(44)
Derechos personalísimos	(51)
Conclusiones	(68)

Aclaración metodológica

Cabe efectuar una serie de precisiones sobre esta cuestión, de orden metodológico. Cada una de las cuestiones planteadas en el esquema desarrollado tienen su razón de ser en relación al título propuesto, aun cuando – como es obvio- algunos serán una mera referencia genérica, dado la necesidad de delimitar el campo de trabajo e investigación.

No escapa a mi comprensión que cualquiera de los ítems propuestos es, per se, suficiente para un trabajo de envergadura, sin embargo, atento la existencia de referencias, fuentes, criterios inspiradores, etc., entiendo conveniente antes de ingresar en el campo específico propuesto, llegar por aproximación a una línea que nos conduzca al método planteado para analizar los derechos personalísimos incorporados al nuevo texto legal. Como es de toda obviedad, en muchos aspectos solo nos referiremos a aquellas cuestiones que nos dirijan en el sentido trazado, omitiendo las que resultan ajenas.

Fundamentos del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial no fue pensado sobre las mismas bases filosóficas y jurídicas que aquel realizado por Vélez Sarsfield. Esos presupuestos han sido dejados de lado en la Argentina desde hace mucho tiempo. Vale, sin embargo, hacer una breve referencia a su respecto.

El método seguido por Vélez está vinculado fuertemente al *Esboço de um Código Civil para o Brasil*, realizado por Augusto Teixeira de Freitas¹. Ambos son tributarios del *Code* napoleónico de 1804 (como indudablemente lo fueron otros textos legales en Europa y América Latina), fundamentalmente en cuanto su sostén filosófico y en buena medida, en el aspiracional político. Napoleón fue, en este sentido, el medio de difusión del ideal revolucionario y el *Code* era la Revolución Francesa, con sus paradigmas y su mirada sobre el hombre en tanto ciudadano, igual, libre y fraternal.

La teoría general de contrato diseñada por el *Code* estructuró un orden particular de justicia contractual y ésta es adoptada por Vélez en su obra. La racionalidad de la época se expresaba con el *Code*². Adentro de ese cuerpo normativo, el contrato era la sustancial

¹ Ver en tal sentido: Álvarez, Agustín. El método del Código Civil Argentino, p. 30 en *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-1961-1967)*. Edición literaria a cargo de Luis Moisset de Espanés. Tomo I, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2009

² “Resulta muy común en los medios filosóficos recordar un presunto comentario atribuido a Hegel al ver entrar a las tropas de Napoleón en Jena donde desarrollaba sus cursos dijo: con las mochilas de los soldados de Napoleón entraba en Alemania la “Razón”. Los ideales de la revolución francesa, las ideas de libertad, la concepción racionalista del *Aufklärung*, (la ilustración) todo esto es lo que Hegel habría visualizado en esas mochilas. En el plano de lo jurídico, entraba el *Code* Civil, el sueño de un sistema codificado único para una Alemania dividida y, en lo doctrinario, el iusnaturalismo con principios jurídicos válidos a priori, más allá de la experiencia histórica, de los que podrían y deberían inferirse los derechos positivos.”- Marí, Enrique. Rudolf von Ihering y la interpretación finalista de la ley, en

herramienta jurídica y económica. El contrato legislado en el *Code* representaba cabalmente los paradigmas de la Revolución Francesa. Los ideales de libertad, igualdad y fraternidad se plasmaron o intentaron plasmarse en el modelo de contrato legislado en el código francés. Desde un punto de vista, la idea de conectar la autonomía de la voluntad con una fuerza obligatoria expresaba un ideal que influía en la economía. Puede establecerse una relación entre la autonomía privada y el desarrollo económico, o, al menos, puede afirmarse que es pertinente establecer relaciones entre la autonomía de la voluntad y cómo el individuo con su autonomía asigna sus recursos (siempre escasos) para satisfacer sus necesidades (que tienden a ser, si no infinitivas, sí expansivas)³.

El contrato era el que hacía posible la creación, adquisición y transferencia de bienes y con ellos el desarrollo de las potencialidades humanas. La autonomía de la voluntad, en muchos sentidos, representaba el despliegue de la libertad misma. El sujeto ejercía su libertad contratando. El contrato activaba la libertad de poder contratar. Por consiguiente, cuando los sujetos contrataban libremente, la ley (el Code Civil) le confería una correlativa fuerza obligatoria. El contrato sirve a la igualdad; cada contratante debe cumplir por igual, independientemente de su rango o privilegios⁴. Cuando se contrataba, las partes se obligaban recíprocamente y esta fuerza jurídica era una garantía de igualdad. La racionalidad de la fórmula contractual propendía a una cristalización de una igualdad. Cada contratante activaba en paridad y con igual fuerza todos los derechos y obligaciones que su voluntad autónoma quería activar o crear.

El contrato del *Code* representó no sólo una herramienta al servicio de la cual la autonomía de la voluntad producía derechos y obligaciones; también fue el instrumento más jerarquizado al servicio del desarrollo de la economía. El contrato legislado en el *Code Civil* era la pieza revolucionaria que venía a sustituir las arcaicas formas de

Lecciones y Ensayos, nos. 67 y 68, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 15.

³Vergara, Leandro. Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial. LA LEY 17/12/2014, 17/12/2014, 1 Cita Online: AR/DOC/4608/2014. Consulta: 03-10-2018

⁴La situación previa a la Revolución nos habla de la sociedad dividida en “estados” donde el clero (0.5% de la población controlando el 6% del territorio) era sometido a sus propias leyes y tribunales y no pagaban el impuesto real. La nobleza (1,5% de la población) gozaban de privilegios fiscales (no pagaban la *taille*, el impuesto real), privilegios políticos, pues ocupaban los altos cargos administrativos en el gobierno, y tenían entrada a las Asambleas de los Estados Provinciales; privilegios de carrera en las fuerzas armadas, y privilegios sociales: podían usar espadas y practicar la caza, y tenían asientos reservados en las iglesias. Y también estaban sujetos a su fuero de justicia especial: el parlamento. El tercer estado era el mayoritario, muy heterogéneo ya que iba desde la alta burguesía hasta los mendigos. Pagaban impuestos reales y eclesiásticos. Y eran el único grupo sometido a los tribunales ordinarios de justicia. Datos obtenidos en http://www.cronotecagenealogica.com/ancien_regime2.html. Consulta: 26-07-2016

contratar (rodeada de restricciones, privilegios y formalismos)⁵. **Que un sujeto sin privilegios pudiera obligar a otro que sí los tenía era una propuesta revolucionaria, moderna y progresista.**⁶

La concepción dominante de la época era que, a mayor autonomía, más desarrollo económico, y a su vez, más desarrollo traería más autonomía. Sin duda, el eje conductor del sistema ha sido el concepto expresado en el término “autonomía de la voluntad”, y debemos considerar su origen etimológico. Esta palabra es proveniente del griego (Del gr. *αὐτονομία* *autonomía*.), y significa literalmente “*darse a sí mismo o regirse por normas propias*”⁷ Esta mirada era complementada por una dosis fuerte de iusnaturalismo (de matriz racionalista, iluminista; no realista), que actuaba reforzando estas ideas, pues se identificaba el hecho de no cumplir con un engaño o una mentira. La inmoralidad estaba implícita en el incumplimiento contractual.

El contrato era “el” instrumento jurídico, económico y político del período. El paradigma contractual apostaba a que los hombres, por ser libres e iguales, se realizaban haciendo contratos. Pero si, por caso, los hombres no fueran tan libres o iguales, el contrato con su fuerza emancipadora materializaría su promesa inmanente: actuaría liberándolos⁸. Las ideas dominantes de aquel momento concebían a un sujeto tipo (iusnaturalmente libre e igual) que no admitía discriminaciones. Al sujeto se lo entendía, globalmente, porque era un sujeto que vivía en una sociedad. La justicia se concretaba brindándole un trato sin particularismos⁹.

Es en ese espíritu que el Código Civil es redactado y posteriormente interpretado. Nos enseña en tal sentido Marco Aurelio Risolía que, ya en el momento de la codificación se dijo que ella implicaba la garantía de la autoridad de los contratos, de la buena fe que debe reinar en la ejecución de las convenciones y en definitiva de la fortuna de los

⁵ Las palabras de Cambacérès, encargado de redactar el primer proyecto de Code en 1793 (con 719 artículos), y quien fue además el coordinador de la comisión de redacción final de 1804, resumen un dogma de fe: "el derecho de contratar no es otra cosa que la facultad de elegir los medios para obtener la felicidad". (Bart, Jean, *Histoire du Droit Prive: de la chute de l'Empire Romain au XIXe. Siecle*, Montchretien, Paris, 1998, pp. 436 y ss)

⁶ Vergara, Leandro. Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial. LA LEY 17/12/2014, 1 Cita Online: AR/DOC/4608/2014. Consulta: 03-10-2018

⁷ Ver <http://dle.rae.es>. Consulta 5-10-2018

⁸ Vergara, Leandro, ob. cit., ver nota 5

⁹ “La ley se estatuye para todos; considera a los hombres en masa, nunca como particulares; no debe ocuparse de los hechos individuales ni de los litigios que separan a los ciudadanos. Si fuera de otro modo, habría que hacer nuevas leyes diariamente (...) los intereses particulares sitiarían el poder legislativo; le aportarían, a cada instante, del interés general de la sociedad” (Portalís, Jean Etienne Marie, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Introducción y trad. de I. Cremades y L. Guitérrez-Masson, Civitas, Madrid, 1997, p. 44.)

particulares¹⁰. Esa es precisamente la esencia del artículo 1197 del Código Civil Argentino: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Una visión acabada de la importancia de la autonomía de la voluntad en Vélez nos los da la nota al artículo 943 del Código Civil: ” *Finalmente, dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos.*”. En línea con lo expuesto, cabe hacer referencia a la posición adversa de Vélez Sarsfield a regular sobre el llamado “abuso del derecho”, tal como emerge del juego armónico de los artículos 1071 (texto original), 2513 y 2514, especialmente la nota que redacta al respecto. Así, en la nota consignada respecto del artículo 2513, Vélez expresa: “*Pero es preciso reconocer que, siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el Gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida.*”

Las definiciones de contrato que están en los Códigos de ese período tienen una base común: toda promesa aceptada y lícita hecha con la intención efectiva de vincularse jurídicamente produce un acuerdo de voluntades que da lugar a obligaciones que, en caso de no cumplirse voluntariamente, son procesalmente ejecutables.

Su contenido es irrelevante con la sola excepción que no sea ilícito, pues para que sea digno de tutela jurídica no se requeriría ni el cumplimiento de solemnidad alguna, ni una contraprestación,” *la sola conventio, serio et deliberato, bastaría*”¹¹. Ello produce que el sustrato material del contrato vaya expandiéndose pues todo lo” acordable” empieza a ser su objeto, producto de una concepción filosófica que ve en la voluntad del hombre la razón y fundamento del derecho¹². En este sentido, Savigny -fuente directa de nuestro art. 1137- extiende la idea de contrato a muchas otras relaciones e instituciones jurídicas haciendo de él un molde jurídico universal.¹³

¹⁰ Risolía, Marco Aurelio, *Soberanía y Crisis del Contrato*. Valerio Abeledo Editor. Buenos Aires, 1946.

¹¹ Gorla, Gino, *El contrato*, t. I, traducción y notas de José Ferrandis Vilella, Bosch, Barcelona, 1959, p.95

¹² Risolía, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato actual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 54.

¹³ Rieg, Alfred, *El contrato en las doctrinas alemanas del siglo XIX*, traducción de Carlos Raúl Sanz, Archives de Philosophie du Droit, t. XIII, Sirey, París, 1968.

El Código Civil, sancionado en 1869, estuvo vigente por cerca de 100 años (aun cuando fue modificado a lo largo del tiempo en diversos institutos jurídicos regulados por éste-vgr. matrimonio, filiación, situación jurídica de la mujer, etc.- o ingresando cuestiones no legisladas en el texto original- vgr. ley 13.512 de propiedad horizontal, adopción, nombre, etc.-). Podemos, sin embargo, afirmar que en su concepción original se mantuvo sustancialmente igual hasta el año 1968¹⁴.

Cabe destacar que el Código Civil no fue modificado ni siquiera como consecuencia de la reforma constitucional del año 1949, con un sustancial cambio de paradigma en relación, por ejemplo, al derecho de propiedad¹⁵. Tal era el nivel de divorcio entre el Derecho Público del Privado.

Volviendo a 1968, allí se introdujo una reforma parcial al Código Civil, a través de la ley 17.711, que si bien solo reformó aproximadamente el 5% del total del articulado (200 artículos), introdujo muchos institutos jurídicos que, podemos afirmar, implicó un cambio en la visión original del Código Civil, aun cuando dejó en pie, en sustancia, la estructura del Código Civil de Vélez Sarsfield.

“No caben dudas, la reforma remoja al Código, oxigenándolo profundamente, plasma con filtro inteligente cuanto venía siendo propulsado por la doctrina y jurisprudencia predominantes y a partir de los principios ético-jurídicos adoptados por la reforma, implanta: el abuso de derecho; el vicio de lesión; la doctrina inaugural; renovación del régimen de responsabilidad civil; la incorporación de la doctrina del riesgo creado; la ampliación de la indemnización del daño moral; la mora automática en las obligaciones a plazo; reconoce vocación hereditaria al padre adoptivo; la anticipación de la mayoría de edad a los 21 años; regula la emancipación por habilitación de edad, nuevo instituto que califica de trascendental”¹⁶

¹⁴ Ello no deja de resultar paradójico porque la República Argentina había cambiado su texto constitucional en 1949, con una impronta bien diferente a la Constitución de 1853/1860 y la introducción, finalmente, en 1958, del artículo 14bis en el texto constitucional, lo alejaba parcialmente del texto liberal inicial. Sin embargo, durante todo ese período, el Código de Vélez continuó vigente como si no hubiese conexión entre el texto legal y el constitucional.

¹⁵ Basta leer el capítulo IV de la Primera Parte titulado “La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”. Su artículo 38 comienza diciendo: “La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización...”

¹⁶ Arias de Ronchietto, C. E. (2011, mayo-junio). Guillermo Antonio Borda (1914-2002): el talento de Guillermo A. Borda y la concreción jurídica de un nuevo orden civil nacional [en línea]. Presentado en Jornadas “La Escuela Jurídica Católica en el Derecho Civil Argentino”, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires,

Luego de varios intentos (en muchos casos, sustento del actual texto legal) de realizar una reforma integral al Código Civil y eventualmente unificarlo con el Código de Comercio, finalmente, dicha obra se ve plasmada con la sanción de la ley 26.994 que en sustancia recepta la labor de la Comisión conformada en virtud del decreto 191/2011. En tal sentido se expresa Daniel Herrera: *“La idea de hacer un código nuevo desde su estructura, método y contenido (aun manteniendo en este aspecto muchas normas del código vigente), no es nueva, como tampoco es nuevo su intento de unificación con el Código Comercial. Al respecto podemos citar los proyectos de 1987 y 1998. Ya en la última parte del siglo pasado asistimos al intento de unificación de la legislación civil y comercial, lo que constituiría la base del Derecho Privado, coexistiendo junto con leyes especiales que regularan distintas materias específicas y muy especializadas de ambas áreas. En este marco se inscribe la presente reforma, al que agrega aquel otro marco del Estado Constitucional de Derecho con la inclusión de un orden principal o valorativo”*.¹⁷

Respecto de los aspectos valorativos incorporados al Código Civil y Comercial, debemos mencionar los citados por los propios “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”¹⁸. En tal sentido, menciona a los siguientes: 1) Código con identidad cultural latinoamericana; 2) Constitucionalización del Derecho Privado; 3) Código de la igualdad; 4) Código basado en un paradigma no discriminatorio; 5) Código de los derechos individuales y colectivos; 6) Código para una sociedad multicultural; 7) Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales. Y aunque no le otorga carácter de principio, menciona también una concepción más amplia en materia de bienes. Sólo nos referiremos, por razones de espacio y paciencia del lector, a aquellos que se vinculen de un modo directo e inmediato con el tema propuesto.

Es pertinente mencionar la opinión de, cuanto menos, dos de los principales redactores del proyecto base del actual Código Civil y Comercial. Me refiero, obviamente, a los Dres. Ricardo Lorenzetti y Elena Highton, donde resaltan la crisis de la codificación – y su contraparte la constitucionalización del derecho privado- el surgimiento o consolidación de microsistemas y la ruptura del derecho civil como un

Argentina. Disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/guillermo-antonio-borda-arias.pdf> [Fecha de consulta: 30-09-2018]

¹⁷ Herrera, Daniel A. Algunas reflexiones sobre los fundamentos del Código. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/algunas-reflexiones-fundamentos-codigo-herrera.pdf> [Fecha de consulta: 24-09-2018]

¹⁸ Ver en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consulta: 25-09-2018

sistema hermético.¹⁹ En tal sentido expresa el autor citado en primer término: *“un Código del siglo XXI se inserta en un sistema caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. La relación entre un Código y los microsistemas jurídicos es la del sol que ilumina cada uno de ellos y que los mantiene dentro del sistema. Lo importante es entonces que el Código defina los grandes paradigmas del Derecho Privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición metodológica central de este proyecto [...] sin embargo, la potencialidad de los principios irá reformulando el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que incumbe a la doctrina y jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, se mantuvieron una serie de reglas de extensa tradición en el Derecho Privado porque constituyen una plataforma conocida, a partir de la cual se producen las mudanzas hacia los nuevos tiempos. Se ha pensado en el ciudadano y por eso los paradigmas y principios responden a las prácticas sociales y culturales vigentes, todo lo cual se expresa en el lenguaje más claro posible”*²⁰

De lo expuesto, podemos concluir que los principios y valores a los que referencia los “Fundamentos”²¹, son el sustento sobre los que se apoya la incorporación al texto legal de un conjunto de derechos llamados “personalísimos” en el capítulo 3° (“Derechos y Actos personalísimos”) del Título 1° (“Persona Humana”) del Libro 1° (“Parte General”) que no se hallaban legislados en el texto original y sólo fueron incorporados tangencialmente en la legislación nacional (vgr. art. 1071bis-según texto incorporado por la ley 21.173 de 1975 al Código Civil y fuera del citado texto legal en el artículo 31 de la ley 11.723 en lo que se refiere al retrato o imagen). En cualquier caso, fueron normas no contenidas en el texto original del Código Civil e inclusive fueron expresamente

¹⁹ En tal sentido, expresa la Dra. Highton: “el Código parece haber quedado despojado del sentido que le dio el positivismo formalista como emblema de la voluntad general a la cual están sujetos los magistrados, especialmente frente a la dispersión de leyes especiales que se intercalan entre sus criterios. Parece ser que el Código ya no es medular en el sistema porque se regulan materias que le serían propias en base a otros valores y principios o criterios, al existir microsistemas que relegan al Código a una función de carácter residual. Asimismo, sin actualizar, sino más bien relegado a sus idearios anteriores, el Código Civil ya no es más una herramienta eficaz para proteger a la persona humana en sus derechos esenciales, pues la temática pasó a ser propia de las constituciones y de los tratados internacionales, por eso, la descodificación sería un fenómeno anexo a la constitucionalización. Dentro de este proceso, el Código queda como un microsistema más. Va vías a meterse en un simple lugar de Derecho residual para regular espacios no interesados por las leyes especiales.” Ver: Highton de Nolasco, Elena Inés. Título preliminar del código civil y comercial. Principios generales del derecho argentino. Claves del Código Civil y Comercial. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Tomo: 2015 Numero extraordinario. Cita: RC D 1011/2017.

²⁰ Lorenzetti, R. Introducción al Código Civil y Comercial de la Nación. Texto aprobado por Ley 26.994. El Derecho, (2015) II. En sentido análogo. Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. LA LEY2012-C, 581, Cita Online: AR/DOC/1931/2012.

²¹ Ver en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consulta: 25-09-2018

excluidos por Vélez Sarsfield²². Y destaco especialmente, en lo que a la imagen respecta (“retrato” en la terminología de la ley 11.723) que no está planteada desde la perspectiva de un derecho personalísimo sino como un derecho patrimonial disponible. En efecto, el artículo 31, que lo regula, comienza con esta redacción: “*El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma...*”, lo cual nos instala en la órbita de la voluntad del retratado – como expresión contractual- y nos indica, a contrario sensu, que con su consentimiento puede ser puesto en el comercio, formula que claramente resultaría inapropiada para un derecho personalísimo²³.

La introducción del capítulo 3° del Título 1° del Libro 1°, tomando para ello criterios jurisprudenciales o doctrinarios que se forjaron desde la escasa regulación legal existente, nos lleva a la necesidad de buscar en la génesis del nuevo texto legal su relación con los principios que los informan, a su escala axiológica, a sus fuentes y a sus criterios interpretativos; tanto en su núcleo central – dado por la dignidad de la persona humana – como en los corolarios emergentes de ésta, en tanto que se erigen como derechos inherentes a la persona humana– privacidad, intimidad, honor e imagen -.

Dicho en otras palabras ¿Cómo influye la parte preliminar del Código Civil y Comercial en el capítulo 3° antes mencionado? ¿El núcleo de significaciones que expresa, afecta a las disposiciones específicas en esta materia?

Hemos, pues, de adentrarnos en esta labor.

Título preliminar del código civil y comercial. Principios generales del derecho argentino

La comisión al redactar los “Fundamentos” expresó al respecto: “*Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de*

²² En tal sentido, la nota del artículo 2312 del código derogado expresaba: “Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales como ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien in jure.”

²³ A todo evento, cuadra analizar la actual vigencia y compatibilización con las normas en la materia reguladas en el Código Civil y Comercial.

unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y valores”²⁴

El Título Preliminar no funciona en el texto como un capítulo previo o introductorio, sino que su función es la de aportar reglas que confieran una significación general a todo el articulado, funcionando como guía interpretativa y de integración de lagunas en las cuestiones que las requieran, nos explica Gabriel Limodio²⁵

*“Los alcances de dicho título están claramente definidos en los Fundamentos. Se persigue que los “operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un dialogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores... En consecuencia, para juzgar sobre la bondad de su contenido, habrá que dirigir las miradas a esos aspectos valorativos”*²⁶.

En el propio texto de los “Fundamentos” existe una cuestión específicamente propuesta, esto es el Título Preliminar como núcleo de significaciones. Y allí formula dos referencias con fuerte contenido iusfilosófico, a las cuales haremos breves referencias. Ellas son:

Argumentación jurídica razonable: En ellos se invoca que la argumentación jurídica razonable se edifica como núcleo signifiante, sostenido sobre la base del criterio jurisprudencial de la Corte Suprema que exige que los pronunciamientos judiciales deben ser razonablemente fundados (o, su opción complementaria, con fundamentación razonable), so pena de caer en arbitrariedad.

¿Qué significa un pronunciamiento razonablemente fundado?

Existiendo en el ámbito de la filosofía del derecho una importante corriente de pensamiento que indagó fuertemente sobre la razonabilidad y su significado (“el logos de lo razonable” lo denominaba Luis Recaséns Sichés), es válido indagar en dicha corriente

²⁴ Ver en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consulta: 25-09-2018

²⁵ Limodio, G. (2012). Luces y sombras del Título Preliminar. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires. El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/luces-sombras-titulo-preliminar-limodio.pdf> [Fecha de consulta:21-09-2018]

²⁶ López de Zavalía, Fernando José. Código Civil y Comercial. El método. El título preliminar. Disponible en: www.acaderc.org.ar/doctrina/codigo-civil-y-comercial.-el-metodo.-titulo.../at.../file (Consulta: 25-09-2018)

para evaluar si el núcleo de significaciones al que alude los “Fundamentos” se halla emparentado con esta corriente iusfilosófica. A ello nos dedicaremos, en breves líneas.

Analizando distintas corrientes del pensamiento jurídico²⁷, el célebre jurista guatemalteco nos presenta una tendencia que, más allá de sus diferencias y particularidades “... todas ellas coinciden en haber mostrado con claridad y subrayado vigorosamente que la aplicación del Derecho no es una operación mecánica que consista en un silogismo, en el cual la premisa mayor esté representada por la norma general, la premisa menor por la verificación de los hechos, y la conclusión por el fallo. Tienen también en común el haberse desenvuelto sobre todo alrededor de los problemas de interpretación que plantea el proceso judicial. Tienen especialmente en común-y me importa mucho destacar aquí este hecho- el haber emprendido todas ellas una ofensiva contra la aplicación de la lógica tradicional a la interpretación jurídica.”²⁸

Más allá de las referencias antes mencionadas, el citado autor entiende que, superando la corrección lógica del razonamiento jurídico, y que exigen como punto de partida para la construcción de valores en el legislador y el juez, deben iniciarse desde la observación de los hechos y la afirmación axiológica.

“...las muchas ofensivas contra la lógica en materia jurídica se han producido inicial y principalmente en el campo de la interpretación, tanto de la interpretación práctica, como de la teoría de la interpretación, sobre todo, en el ámbito de la aplicación judicial del Derecho, pero también en el de la aplicación administrativa. Este problema, por lo tanto, se plantea con respecto a los contenidos de las normas jurídicas. Es un problema de saber cuál sea el meollo del razonamiento que lleva o debe llevar a cabo el juez para aplicar una norma general al caso singular controvertido. El mismo problema es referido a veces también al legislador, cuando éste desenvuelve en ulteriores normas los principios enunciados en otras previas que siguen vigentes”²⁹

²⁷ Entre ellas, Recasens Sichés incorpora a juristas de la talla del norteamericano Oliver Wendell Holmes, los trabajos realizados en Francia por Géný, Cruet, Morin y Ripert, las contribuciones alemanas de Ehrlich, de la escuela del "Derecho Libre" de Herman Kantorowicz, Ernst Fuchs, Herman Isay y Stampe; los estudios de la escuela germana de la "Jurisprudencia de Intereses" de Heckt, Ruemelin y Stoll; la "Jurisprudencia Sociológica" norteamericana elaborada por el magistrado Cardozo y sobre todo por el profesor Roscoe Pound; el movimiento norteamericano, cuyos principales representantes son el profesor Karl Llewellyn y el juez Jerome Frank, los estudios de lógica jurídica de John Dewey, la "revolución en la lógica del Derecho" del civilista español Joaquín Dualdo, y parte de la obra del profesor argentino Carlos Cossio

²⁸ Recaséns Siches, Luis. El logos de lo razonable como base para la interpretación jurídica. Rev. Diánoia, vol. 2, N° 2, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, año 1956. Disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~ojsdianoia/index.php/dianoia/article/view/1391/1349> (Fecha de -consulta: 07-10-2018)

²⁹ Recaséns Siches, Luis, ob. Cit. Nota 20

Cuando los autores plantean en los “Fundamentos” que la argumentación jurídica debe ser razonable, resulta claro – a mi criterio – que está referenciándose en la razón (como base de lo razonable) pero en modo alguno entendido como la lógica deductiva, digamos tradicional, sino en el sentido de una razonabilidad guiada por otros sistemas. Ello es así por cuanto la lógica tradicional ya se encuentra presente en el proceso de subsunción de la norma al caso; en la construcción del supuesto de hecho como motivante de la consecuencia jurídica, etc. Debe estar, necesariamente, referenciándose en algo distinto. Otra interpretación, generaría una referencia innecesaria por sobrentendida.

“Cuando experimento que los métodos de la lógica tradicional son incapaces de darme la solución correcta de un problema jurídico, o que me llevan a un resultado inadmisibles, frente a esos métodos no opongo un acto de arbitrariedad, un capricho, sino que opongo un razonamiento de tipo diferente, que es precisamente el que nos pone en contacto con la solución correcta o justa. Ese razonamiento que nos hace encontrar lo que buscamos, la solución correcta, la solución justa, es la razón aplicable al caso, es la razón que nos permite dominar el problema. En cambio, la otra lógica, la físico-matemática se muestra incapaz de dar la solución correcta al caso planteado”³⁰, nos explica Recaséns Siches.

En general, cuando se habla de la teoría de la argumentación jurídica, a lo que uno se refiere es a la corriente de la teoría o de la filosofía del Derecho que se inicia después de la Segunda Guerra Mundial. El origen se encuentra en una serie de obras de los años cincuenta que rechazan la lógica formal, la lógica deductiva, en cuanto método con que analizar los razonamientos jurídicos. Ello fue formulado por diversos autores, entre los que cabe mencionar a la tópica de Viehweg (1964), la lógica de lo razonable de Recaséns Siches (1956), la nueva retórica de Perelman (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989) o la lógica no formal de Toulmin (1958), y todas ellas comparten, precisamente, es un punto de vista crítico con respecto al alcance de la lógica deductiva.

“Una serie de teorías comparten a partir de los años cincuenta el intento de rescatar la práctica jurídica de los peligros de la arbitrariedad, tratando de proporcionar un fundamento que pueda pretenderse intersubjetivamente válido y plausible para las valoraciones concurrentes en la determinación de la decisión jurídica. A partir de estos momentos, una serie de teorías heterogéneas participarán de un punto

³⁰ Recaséns Siches, Luis, ob. Cit. Nota 20

de partida común: allí donde no es posible la obtención de verdades o certezas como consecuencia de meras operaciones lógicas, de la aplicación del método científico-natural, de intuiciones valorativas o de la pura emotividad, se impone partir de la necesidad de construir permanentemente los criterios prácticos de lo justo en un proceso social de participación y diálogo, de constante intercambio de razones y justificaciones, de argumentación... el juez está siempre abocado a sopesar en su decisión algo más que los puros términos normativos, y que es este prius de intereses y valores sociales a que el derecho sirve lo que justifica tanto las normas positivas como la necesidad de su permanente actualización por el juez. Lo que las teorías de la argumentación y afines pretenderán será ir aún más allá y ofrecer pautas justificativas de la racionalidad para los criterios rectores de esa ponderación judicial, de esa opción entre intereses y valores enfrentados que se pueden acoger a la protección de un mismo sistema normativo”³¹.

Recaséns articula sus estudios sobre interpretación y argumentación jurídica en torno a la idea del logos de lo humano o logos de lo razonable, en contraposición a la idea de lo racional, en un sentido estrictamente lógico. Como el resto de los considerados precursores de la teoría de la argumentación jurídica (Viehweg, Perelman, etc.), rechaza frontalmente que la lógica deductiva proporcione un modelo adecuado para el razonamiento jurídico o que incluso ésta juegue un papel importante para el mismo. Igualmente crítico se muestra con la teoría del silogismo jurídico. A estas alturas resulta generalmente admitido que este tipo de críticas, tan frecuentes entre los autores antiformalistas, no fueron atinadas, incurriendo no pocas veces en excesos retóricos que conducen a errores teóricos en relación con los aspectos formales del razonamiento jurídico. Será la segunda generación de teóricos de la argumentación –Alexy, Mac Cormick, Aarnio o Peczenik– la que ponga orden en esta discusión.

¿Cómo, por ende, acudimos a un argumento razonable como un discurso alejado de la arbitrariedad?

Lo primero que cabe afirmar que los “Fundamentos” si bien lo cita como núcleo de significaciones (“... líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable

³¹ García Amado, Juan Antonio. *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*. Anuario de Filosofía del Derecho. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1986. Disponible en http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1986-10015100182. Consulta 14/04/2018

dentro de un sistema de derecho basado en principios y valores.”), no lo menciona y tampoco lo hallamos expresado en el Código Civil y Comercial.

La razonabilidad no es, ni puede ser, la construcción deductiva de razonamientos lógicos sostenidos en verdades primordiales y verdaderas; sino que está construida sobre el «arte de razonar a partir de opiniones generalmente aceptadas»³², es el estudio de las proposiciones verosímiles, probables, opinables. frente a la analítica, que se ocupa de proposiciones necesarias³³.

Tanto Viehweg, Recaséns y Perelman fueron los iniciadores de un camino tendiente a establecer un método jurídico que se sustente no sólo en un esquema lógico de razonamiento – que se presentó como insuficiente-, sino que ponga en el centro de la escena el problema de la racionalidad de las valoraciones presentes en la decisión, o dicho en otros términos, la argumentación jurídica razonable.

La rehabilitación de la razón práctica pretende recuperar para los dominios de la racionalidad las cuestiones morales y políticas, cuestionando, a partir de la idea de consenso y los diversos desarrollos de la teoría de la argumentación (tópica, retórica, teoría del discurso), las distintas formas de subjetivismo y escepticismo valorativo que habían crecido a la sombra del positivismo lógico. el resultado es una nueva configuración de los problemas prácticos (morales, políticos) y el encuadre de los problemas jurídicos como un tipo específico de aquellos.³⁴

Si el juez realiza algo más que un mero silogismo al aplicar el derecho, ya que sus valoraciones intervienen de modo determinante a la hora de elegir las normas aplicables, de optar entre sus posibles interpretaciones, de seleccionar e interpretar los hechos, etc., hay que convenir en que dispone de un margen resolutivo, de decisión propiamente dicha y que «no es pensable ningún tipo de objetividad jurídica exenta de valoración y decisión». Como dice Letizia Gianfromaggio, los modelos de justificación

³² Aristóteles, Tratados de Lógica (Organon). Tópicos, lib. 1, cap. 1, 100a. Ed. Gredos. Madrid, 1982

³³ Ch. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Biblioteca Románica Hispánica. Ed. Gredos. Madrid.,1989, p. 31. Allí se expresa: “*Fue Descartes quien, haciendo de la evidencia el signo de la razón, sólo quiso considerar racionales las demostraciones que, partiendo de ideas claras y distintas, propagaban, con ayuda de pruebas apodícticas, la evidencia de los axiomas a todos los teoremas. El razonamiento more geométrico era el modelo que se le proponía a los filósofos deseosos de construir un sistema a de pensamiento que pudiera alcanzar la dignidad de una ciencia. En efecto, una ciencia racional no puede contentarse con opiniones mas o menos verosímiles, sino que elabora un sistema de proposiciones necesarias que se impone a todos los seres racionales sobre las cuales es inevitable estar de acuerdo. De lo anterior se deduce que el desacuerdo es signo de error...*”

³⁴ Cabra Apalategui, José Manuel. Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches. Estimativa jurídica y logos de lo razonable. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3649604.pdf> Consulta: 25-09-2018

jurídica elaborados por la metodología más reciente pueden ser distinguidos por el peso que asignen a la norma en cuanto razón de la decisión. Pues bien, en el momento en que la decisión es mera consecuencia de la norma, las ideas de objetividad y seguridad jurídica dejan su paso al tema de la racionalidad del elemento decisorio. Y este es precisamente el objeto expreso de las más innovadoras orientaciones metodológicas actuales y, concretamente, de las denominadas teorías de la argumentación”³⁵

Ahora bien, lo razonable como criterio jurídico requiere ser indagado a partir de la guía que nos brindan los “Fundamentos”, que lo interpreta como tal a partir de la existencia de un sistema basado en principios y valores. O sea, en el sistema del Código Civil y Comercial un indicio de razonabilidad se presenta si se edifica sobre los principios y valores que sostienen el texto legal.

Debemos pues abocarnos a entender los principios en el sistema jurídico, así como los valores que expresan.

Sistema de derecho basado en principios y valores

Los principios como integrantes del sistema jurídico en modo alguno nacen con la escuela de la argumentación jurídica. Tampoco en los trabajos de Ronald Dworkin en la década del sesenta. Inclusive es habitual hacer referencia al Código Austríaco de 1811 donde consigna en su artículo 7° a “los principios del derecho natural” y al Estatuto Albertino (1848 para el Reino de Saboya) en su numeral 15 consagra a “los principios generales del derecho”

También hacen referencia a los principios, entre otros, el código civil italiano de 1865, el español de 1889 y el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya.

“...en los trabajos de dogmática jurídica y en las decisiones jurisprudenciales, la referencia a los principios es, puede decirse, un lugar común; y la reflexión sobre los mismos no ha estado tampoco ausente de la teoría o filosofía del Derecho anterior a Dworkin (cfr., por ejemplo, Del Vecchio, 1958; Esser, 1956; Bobbio, 1966)”³⁶

³⁵ García Amado, Juan Antonio. Del método jurídico a las teorías de la argumentación. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142099.pdf> . Consulta: 14-04-2018

³⁶ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Sobre principios y reglas. Revista Doxa, n° 19, año 1991. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-principios-y-reglas-0/> Consulta: 15-08-2018

Los principios en el positivismo clásico, sin embargo, tenían una perspectiva evidentemente distinta a la que emerge posteriormente vinculada al neoconstitucionalismo. En efecto, *“Los principios jurídicos no tenían, en la doctrina iuspositivista, ninguna capacidad explicativa del fenómeno jurídico, es decir, se afirmaba de manera dogmática que el derecho se reducía al sistema de reglas válidas (formal o empíricamente), y tal sistema constituía el objeto exclusivo de estudio de la ciencia jurídica. Sin embargo, los problemas que presentó esta teoría en el ámbito de la aplicación del derecho y de la resolución de los casos concretos hizo que la tesis del positivismo replanteara algunas ideas propias de la tesis mecanicista del siglo XIX y elaborara algunos mecanismos para resolver los problemas que en la práctica se presentaron, sin abandonar las ideas centrales de la escuela. Los principios jurídicos, heredados de la tradición romana, desempeñaron en esta tarea un papel importante... así, los casos que se encontraban en estos espacios vacíos del sistema no podían encontrar una respuesta propiamente jurídica en el sentido de que su solución no se deducía del sistema, el operador jurídico debía, en sentido estricto, aunque con ciertos límites, crearla según su criterio, actuando como actuaría un buen legislador (Hart, 1998, p. 159; 2000, pp. 37-48) ... Así los llamados principios generales del derecho aparecen como la aplicación de normas extrajurídicas que sirven para colmar los vacíos que dejaba el sistema legal y para determinar el sentido y el alcance de una regla y la aplicabilidad de una de ellas en caso de conflictos normativos”*³⁷

La cuestión central reside que existen en el sistema que conforma el conjunto de normas jurídicas, lagunas y contradicciones entre normas o microsistemas (un clásico actual en nuestra jurisprudencia sería, por ejemplo, el conflicto entre el sistema jurídico del seguro con el sistema jurídico del consumidor; o el conflicto entre los “thumbnail” y el derecho a la imagen) que fuerzan a una interpretación normativa o sistémica de modo tal de permitir determinar una regla razonable del caso. Y para ello la base marco del sistema general es el derecho común

Es obvio que este fue un tema que abordó el pensamiento jurídico en general, desde diversas ópticas. Permítaseme una breve digresión al respecto.

³⁷ Suárez-Rodríguez, José Julián. El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista. Disponible en: www.redalyc.org/pdf/1002/100224190004.pdf . Consulta: 25-09-2018

La pluralidad de normas que integran un ordenamiento jurídico complejo hace nacer una serie de problemas derivados de la relación y cohesión de todas las normas entre sí. Norberto Bobbio destaca cuatro problemas en la interrelación normativa: la unidad, las antinomias, las lagunas y las relaciones entre ordenamientos jurídicos³⁸. El problema de la unidad del orden jurídico se presenta desde una doble perspectiva. a) En relación con el modo en que se articulan las diferentes fuentes del Derecho en una estructura jerarquizada, derivando todas las normas de la norma fundamental. Esta es la cuestión denominada "el problema de la unidad" en sentido estricto, y, b) si tal unidad se identifica con una "totalidad ordenada", o sea que sus normas, además de derivar todas de la misma norma fundamental, han de estar ordenadas y armonizadas entre sí de tal modo que no existan incompatibilidades ni lagunas. Bobbio se refiere a este tema utilizando la denominación de "problema de las antinomias", "problema de la falta de integridad del ordenamiento jurídico" y "problema de las relaciones de los distintos ordenamientos jurídicos entre sí". En cuanto a lo primero, la estructura jerárquica de un ordenamiento se representa, siguiendo el formalismo kelseniano, en forma de una pirámide de planos sucesivos. En el vértice de la pirámide se encuentra la norma fundamental, los planos intermedios estarían formados por normas ejecutivas respecto a la norma superior. Esta norma superior es la norma fundamental que no depende de ninguna otra, sino que ha de ser entendida como un presupuesto del ordenamiento, que, si bien no es expresa, cumple en el sistema normativo "la misma función que los postulados en un sistema científico" (ello nos acerca, a mi criterio, a los "principios" al que aluden los "Fundamentos"). Los postulados se imponen por convicción o por presunción de validez (al modo de los tópicos estudiados por Viehweg), y de ellos se deducen todas las demás proposiciones. Lo mismo ocurre con la norma fundamental que también es una convención o una proposición evidente, que se expande en una serie de fuentes de las que emanan diversas normas, y que en su consideración globalizadora encuentra su unidad precisamente en derivar todas de la norma fundamental, que al imponer el deber de obedecer al poder originario del que se deriva la Constitución, está imponiendo también el deber de cumplir las normas que suponen el cumplimiento sucesivo de la misma, o sea, leyes, reglamentos, decisiones judiciales, etc³⁹. **La norma**

³⁸ Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, Trad. Eduardo Rozo Acuña, Madrid, Editorial Debate, 1991, p. 154.

³⁹ Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, op. cit., p. 180 y 182.

fundamental es, por tanto, el criterio unificador de todas las normas del sistema, dentro del sistema.

Por lo que es válido preguntarse si realmente asistimos a la constitucionalización del derecho privado como se sostiene por calificada doctrina o, en realidad, estamos acudiendo a la norma fundamental como criterio unificador de las normas del sistema como lo estudia Bobbio.

En cuanto al problema de las antinomias, el sistema jurídico presupone un cierto orden, pero este ha de entenderse referido no exclusivamente a la unidad de todas las normas en la norma superior, sino que además todas las normas han de estar en relación de coherencia, esto es, no ser incompatibles entre sí. No obstante, lo cierto es que en el ordenamiento jurídico existen normas incompatibles, que perteneciendo al mismo ordenamiento jurídico y coincidentes en los cuatro ámbitos de validez: temporal, espacial, personal, y material, ofrecen soluciones contradictorias.

¿Cómo compatibilizar dos sistemas jurídicos especiales que conviven en un mismo ordenamiento jurídico cuando resultan contradictorios? No es posible dar una respuesta sencilla a tal pregunta, ya que en términos iusfilosóficos este es un debate que se presenta tanto a nivel conceptual como normativo. En este último caso, la autonomía referida al objeto del conocimiento jurídico (la norma) presupone la existencia de normas relacionadas sistemáticamente (sistema jurídico). Este carácter sistemático se encuentra implícito y por ello su explicitación depende de una reconstrucción conceptual determinada.

Como dice Hart, "todo derecho positivo posee una estructura abierta (open texture)." Hay varias razones para que ello sea así. Especial importancia tienen la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de contradicciones entre normas, la falta de una norma en la que pueda apoyarse la decisión y la posibilidad de decidir, en casos especiales, en contra del texto de una norma. Puede, en este sentido, hablarse de un «ámbito de apertura» del derecho positivo, que puede ser más o menos amplio pero que existe en todo sistema jurídico. Un caso que cae en el ámbito de apertura puede ser llamado un «caso dudoso»⁴⁰.

⁴⁰ Alexy, Robert., *El concepto y la validez del Derecho*. Ed. Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 73/74

Muchas veces cuando se acude al concepto de autonomía de una disciplina jurídica, esta idea se utiliza para bloquear la posibilidad de que la solución prevista fuera del subsistema sea aplicada a casos regulados dentro del sistema reputado autónomo, sosteniéndose que existen conceptos propios de un sector normativo y razones axiológicas que identifican la situación bajo análisis normativo de un modo diverso, ya que la autonomía pretende delimitar un sistema que no pueda ser reducido a otro. Para ello el sistema autónomo debe contar con su propio aparato conceptual que resuelva las cuestiones que allí se presenten. Ahora bien, puede ocurrir que el sistema autónomo presente lagunas que ameriten ser integradas por el jurista y allí puede ocurrir que el propio sistema autónomo fije criterios de aplicación o se haga un reenvío al derecho común.

Frente a las lagunas parciales del sistema autónomo, los juristas buscan extraer los principios que informan al mismo para impedir la aplicación supletoria de otros sistemas. Obviamente estamos haciendo referencia a una autonomía relativa, ya que puede convivir con lagunas parciales y aun admitir la integración de las lagunas con el transporte de normas de otros sistemas (hétero-integración) bajo la concurrencia de que los conceptos con los que se definen una situación fáctica existan y se apliquen indudablemente a esa situación, y a su vez que el sistema remita expresamente a otros sistemas alternativos.

Debemos tener especialmente presente que la autonomía de una rama del derecho y la unidad del orden jurídico remiten a relaciones entre sistemas y no a las relaciones entre normas. A su vez puede existir necesidad de compatibilizar dos sistemas especiales entre sí y a su vez con el sistema jurídico común (en el caso, el derecho civil “constitucionalizado” expresado en el Código Civil y Comercial). Existen muchos casos donde intervienen dos subsistemas especiales que intervienen y es necesaria su armonización y compatibilización, desde perspectivas conceptuales distintas, en una situación jurídica dada, donde la persona cocontratante puede tener dos roles distintos (p. ej. consumidor desde un sistema y pasajero desde otro) y la otra parte de la relación jurídica es proveedor (en la relación de consumo) y transportista (en el derecho especial del caso, sea de la navegación, sea aeronáutico). Existen entre los subsistemas potencialidades conflictivas iniciales que exigen respuestas, pero a su vez funciona también el derecho común. “Siendo el derecho uno solo, la división en ramas autónomas

(en realidad, relativamente autónomas) es decisiva para su interpretación y aplicación a casos concretos, estableciendo en qué orden ha de recurrirse a cada fuente del derecho.”⁴¹

“El sistema jurídico se presenta actualmente como un complejo producto de la convivencia de diferentes racionalidades regulatorias, con potencialidades conflictivas entre ellas. Señala Erik Jayme que, frente a la existencia de una pluralidad de fuentes, se dispone en principio de dos vías para resolver esos conflictos. La primera consiste en dar prevalencia de una fuente descartando la otra, es decir, aplicando una cierta jerarquía entre ellas. La segunda solución consiste en buscar coordinar las fuentes, es decir integrar las diferentes fuentes en las que se hallan cada una de las reglas en conflicto...”⁴²

Si acudimos a los “Fundamentos” vemos que señala que deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico⁴³

“La mayor complejidad del sistema del Derecho Privado no puede tener como respuesta la insistencia sobre la subsunción normativa como única herramienta. La respuesta a la mayor complejidad de la fuente legal se integra en el nuevo Código Civil y Comercial por una pluralidad de nuevas acciones que deben llevar adelante los operadores del campo jurídico, que básicamente son: a) Los juicios de ponderación; b) el control de constitucionalidad y convencionalidad, y, c) el diálogo de fuentes”⁴⁴

Ciertamente, el Código Civil y Comercial instaaura un cambio de paradigma, el que surge del Título Preliminar que consagra el denominado “diálogo de fuentes” y la constitucionalización del derecho privado, que establece una comunidad de principios

⁴¹ Cappagli, A., “El derecho de la navegación en el nuevo Código Civil y Comercial”, LA LEY 2016-A, 949 Cita On line: AR/DOC/4547/2015

⁴² Lima Marques, Claudia, “Post-criptum: o dialogo das fontes nas cortes brasileiras”, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2012, p.60/61

⁴³ “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” 4.2. Reglas de Interpretación. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
Consulta: 25-09-2018

⁴⁴ Sozzo, Gonzalo, “El diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor Argentino”, Revista de Derecho de Daños, 2016-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.

entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (arts. 1, 2 y 12, Título Preliminar, Código Civil y Comercial).

¿Qué nos dice el legislador cuando invoca principios y valores como sostén y criterio hermenéutico del sistema jurídico?

“...designaremos con el vocablo principio a todo lo que es primero en un orden determinado, en especial en el orden de la fundamentación del conocimiento. De ese modo, se consideran principios aquellos conocimientos de los que los demás conocimientos proceden y en los que se fundan de algún modo. Por ello, en el orden de la justificación racional de las afirmaciones, se consideran principios aquellas proposiciones a partir de las cuales las conclusiones resultan racionalmente justificadas, y en el orden deóntico-normativo, se llamarán principios a aquellas proposiciones que justifican, antes que ninguna otra, la normatividad o deonticidad de las normas jurídicas o morales concretas. Dicho de otro modo, son principios en el orden normativo todas aquellas proposiciones, descriptivas o deónticas, a partir de las cuales alcanzan fuerza obligatoria las normas —en el caso que nos interesa aquí, las normas jurídicas—. Estos principios han de llenar los siguientes requisitos: I) ser lógicamente anteriores a las normas justificadas; II) resultar más o igualmente universales que las normas que justifican y III) revestir, al menos uno de ellos, carácter normativo, de modo de poder servir lógicamente de fundamento racional de proposiciones normativas.”⁴⁵

En otros términos, se expresa Paolo Comanducci al decir: “Creo que, al menos hoy en día, hay un acuerdo bastante amplio, detrás de las diferentes definiciones y detrás de la variedad de los términos empleados, en considerar los principios como una clase de normas: respectivamente, los principios jurídicos como una clase de las normas jurídicas, y los principios morales como una clase de las normas morales. En particular, los principios han sido individualizados diferenciándolos de las reglas de conducta. Cabe agregar, sin embargo, que estas dos clases (principios y reglas) no son exhaustivas del conjunto de las normas: a aquellas clases muchos teóricos añaden las normas constitutivas y/o las normas conceptuales y/o las definiciones y/o las normas de competencia y/o los valores y/o las directrices, etc... los principios jurídicos pueden ser definidos, *per genus et differentiam*, como aquellas normas jurídicas que están configuradas como tales, sobre

⁴⁵Massini Correas, Carlos I. Razón práctica y objetividad del derecho. El debate contemporáneo acerca de los principios jurídicos. Rev. Sapientia. Volumen 64 Fascículo 224 (2008). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/razon-practica-objetividad-del-derecho.pdf> Consulta:

la base de una elección valorativa, en la fase de producción del derecho (por el legislador que atribuye a algunas normas el nomen de principios), o en la fase de la aplicación del derecho a casos concretos (generalmente por los jueces), o bien en el razonamiento jurídico (por los jueces y por la dogmática). Esta configuración, en la aplicación del derecho y en el razonamiento jurídico, está generalmente motivada: es decir, el órgano de la aplicación o el intérprete justifican la configuración de una norma como principio sobre la base de la supuesta presencia de características diferenciales (de tipo estructural y/o funcional) de aquella norma frente a otras reglas del sistema. (Si la configuración es firme en el tiempo, generalmente la motivación falta, y se hace implícitamente reenvío a la justificación ofrecida por otros en el pasado).”⁴⁶

Continúa expresando el profesor genovés que “...por lo que se refiere a la fase de producción del derecho, podemos observar que, al menos en la Europa continental desde la posguerra hasta hoy, se asiste a un aumento constante de la formulación de normas expresamente designadas como principios por el legislador, o, de todas maneras, a un aumento de la producción de normas que fácilmente pueden ser configuradas como principios por los intérpretes. Esto no depende solo de la promulgación, en todos los países, de constituciones ricas en principios expresos, sino, más bien, de aquel procedimiento que ha sido llamado de «constitucionalización» de todo el derecho. Se trata de un procedimiento generado por la obra combinada del legislador, de los tribunales constitucionales, de una parte de la jurisdicción y de sectores importantes de la dogmática. El procedimiento, una vez llevado a cabo completamente, conduce a concebir la legislación (primaria y secundaria) como actuación y concretización de los principios constitucionales, que así realizan una presencia penetrante en cada rama del derecho...”⁴⁷

Hemos, pues, de abocarnos a esta tarea de relevante importancia en el estudio del actual derecho civil, el que no puede ser visto prescindiendo de la visión constitucional.

Constitucionalización del Derecho Civil

⁴⁶Comanducci, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. En Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°21.1998. Universidad de Alicante. Alicante, 1998, p. 89. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/?autor=&paginaUsuario=1&numresult=10&vista=galeria&q=&orden=seriada&paginaNavegacion=1 Consulta: 21-09-2018

⁴⁷Comanducci, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. En Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°21.1998. Universidad de Alicante. Alicante, 1998, p. 96. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/?autor=&paginaUsuario=1&numresult=10&vista=galeria&q=&orden=seriada&paginaNavegacion=1 Consulta: 21-09-2018

Este proceso es tributario de las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales conocidas como “neoconstitucionalismo” que, en general, fue gestado centralmente en las Cortes Europeas (la alemana en primer término) a partir de la década del 50. Breves comentarios a su respecto.

Siguiendo a Alfonso Santiago *“podemos considerar al neoconstitucionalismo como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional, se podría decir también ideológica, acerca de la función que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional ... Algunas de estas transformaciones estructurales del sistema jurídico se expanden luego... por la importancia que van adquiriendo dentro de ellos la constitución como norma jurídica y los tribunales constitucionales como órganos que velan por asegurar su supremacía, especialmente mediante la tutela y el desarrollo de los derechos humanos por parte de los jueces constitucionales. Ello supone una transformación importante del ordenamiento normativo y de todo el sistema jurídico de estos países... De este modo, se verifica una omnipresencia constitucional que impregna, satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico. Se reconocen y detallan minuciosamente los derechos constitucionales de las personas y grupos sociales y se consagran las garantías jurídicas que los hacen efectivos: del principio que establecía que los derechos humanos valen en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos, que también cuentan con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos. De ese modo, se establece y difunde una cultura jurídica inspirada en derechos, antes que en normas o deberes jurídicos”*⁴⁸

Esta ampliación de las funciones judiciales efectuadas a través de la llamada ponderación por parte del juez ha sido objeto de algunos cuestionamientos por parte de diversos juristas que señalan el peligro de la ampliación de las potestades judiciales a través de valores y/o principios poco precisos e indeterminados. Señala en tal sentido Débora Ranieri de Cechini: *“...ha sido pasible de numerosas críticas y cuestionamientos respecto a la incidencia en la estructura del Estado de Derecho dado que la ley va cediendo protagonismo a la jurisprudencia y la sustitución del legislador por el juez genera un nuevo método jurídico que toma distancia de la racionalidad del derecho y de*

⁴⁸ Santiago, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Disertación del 03-04-2008. Disponible: <https://ancmvp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> Consulta: 05-09-2018

*la seguridad jurídica al abrir la posibilidad de una mayor discrecionalidad del sentenciante”*⁴⁹

Si observamos la cuestión desde la perspectiva propia del Código anterior, emerge claramente que en ese texto legal – que rigió como derecho común durante más de un siglo – la ley es el sostén casi excluyente de la actividad estatal, ya que expresaba el concepto de soberanía del estado en la producción del derecho, en el uso exclusivo de la fuerza para la aplicación aun forzada de la ley y, finalmente, el derecho como completo y autosuficiente. *“De este modo se perfiló el denominado “Estado de Derecho”, según el cual no hay poder por encima del derecho, el poder del Estado es la única garantía del derecho y todo el derecho se encuentra en el derecho positivo. La ley aparecía entonces como la expresión de la voluntad del Estado, excluyente, en principio, de toda otra fuente.”*⁵⁰

Ello, obviamente, no resulta desmentido sino, a mi entender, confirmado por la regla fijada por Vélez Sarsfield en el artículo 16 del Código Civil. Esta fija como criterio de resolución en primer término las palabras de la ley, si ello no es suficiente, su espíritu y si ambos resultan insuficientes, se debe acudir a los principios de leyes análogas y si aún resulta dudosa, se debe acudir a los principios generales del derecho. Siguiendo el camino que traza podemos sintetizarlo de la siguiente forma: ley-ley-leyes-principios. Veremos que ese camino ha sido reformulado en el Código Civil y Comercial.

Cuando vemos los “Fundamentos”, encontramos la cita efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expresando a este respecto: “...la regla de interpretación prevista en el Artículo 16 excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno”⁵¹

Lo cierto es que, más allá de tal pretensión, se reconoció desde siempre y a lo largo del tiempo con carácter expansivo que, en general, la ley debe ser interpretada y en tal situación, el rol de la jurisprudencia y la doctrina era importante, aunque, reitero, en

⁴⁹ Ranieri de Cechini, D. (2013). El neoconstitucionalismo en la reforma del CC y Com. : el protagonismo del juez en el estado de derecho y el problema del método de ponderación, Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional, 1. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf> [Fecha de consulta: 13-08-2018]

⁵⁰ Ranieri de Cechini, D. (2013). El neoconstitucionalismo en la reforma del CC y Com.: el protagonismo del juez en el estado de derecho y el problema del método de ponderación, Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional, 1. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf> [Fecha de consulta: 13-08-2018]

⁵¹ Fallos: 312:257, cit. en Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, pág. 11

una posición de subordinación a la ley. “Ninguna norma, por más meticulosa en su regulación, podrá por sí sola proveer todos los supuestos; más aún, en muchos casos su interpretación literal en atención al caso concreto conspirará contra los propios fines que se tuvieron en miras al sancionarla. Es la propia justicia como fuente material del ordenamiento jurídico la que permite reconocer no sólo las lagunas normativas producto de la aplicación injusta al caso concreto, sino también la necesidad y justicia en la aplicación de soluciones analógicas ante el silencio de la ley y de las otras fuentes del derecho.”⁵²

En la reforma constitucional de 1994, se incorporan en el texto constitucional, normas propias del derecho privado. Julio César Rivera señala, en general, las siguientes cuestiones propias del derecho privado que fueron incorporadas al texto constitucional: “... una regla sobre reparación del daño ambiental, incorporada al artículo 41, primer párrafo, in fine, que dice: El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley; el artículo 42 se dirige íntegramente a la protección del consumidor y usuario de bienes y servicios, a quienes reconoce derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno (primer párrafo); el artículo 43, tercer párrafo, autoriza el ejercicio de la acción de amparo para que la persona concernida pueda tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. Por otro lado, el artículo 75 (ex art. 67) incluye un inciso 22 que en su primer párrafo incorpora una regla fundamental en materia de fuentes del Derecho al establecer que Los tratados y concordatos tienen una jerarquía superior a las leyes.⁵³ Con lo cual incorpora a la Constitución el criterio que doctrinariamente tenía vasta aceptación, pero que la Corte Suprema sólo legitimó a partir del *leading case* "Ekmekdjian c/Sofovich"⁵⁴. Y finalmente, el mismo inciso 22 del artículo 75 alude a ciertos documentos internacionales que enumera, los que "...en las condiciones de su vigencia, tienen

⁵² Cossari, Leandro R.N., Lagunas legales y analogía. LA LEY 08/06/2012, 08/06/2012, 1 - LA LEY 2012-C, 1254
Cita Online: AR/DOC/2504/2012

⁵³ Cfr. Rivera, Julio César. El Derecho Privado Constitucional. Cita: RC D 970/2012. Tomo: 1994 7 Derecho Privado en la reforma constitucional. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994

⁵⁴ CSJN, 07-07-1992, Fallos 315:1492

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".⁵⁵

Fundamental resulta, en este sentido, dos aspectos en la constitucionalización del derecho civil. El primero es la fijación en el texto constitucional de la prelación normativa de los Tratados sobre la ley (en consonancia con los arts. 27 y 46 del Tratado de Viena sobre Derecho de los Tratados ratificado por dec-ley 19.865 del 03-10-1972 y posteriormente consagrado en el artículo 75 inc. 24 para los Tratados de Integración) y, en segundo lugar, con la incorporación de los Tratados sobre Derechos Humanos al texto constitucional a partir del inc. 22 del art.75. Este último resulta vital como principio hermenéutico del derecho actual. Los institutos jurídicos que integran el derecho privado son interpretados a la luz del prisma de preeminencia constitucional y convencional.

Los autores suelen señalar la existencia de diversos efectos que las normas civiles constitucionales producen sobre el ordenamiento jurídico civil de fuente legal. Arce y Flórez-Valdés apunta que la eficacia de esas normas puede distinguirse en directa, derogatoria, invalidatoria, interpretativa e informadora o directiva⁵⁶

Siguiendo a Julio C. Rivera, veremos brevemente cada uno de ellos. La eficacia directa implica que el sujeto que demanda la tutela jurisdiccional de una garantía o derecho constitucionalmente establecido, puede hacerlo invocando derechamente la norma constitucional si no hubiere norma legal que desarrolle la garantía o derecho de que se trate. La eficacia derogatoria importa tanto como afirmar que la Constitución deroga la legislación anterior que se le contraponga; ello se sostiene en dos principios relativos a la vigencia de las leyes: el de la jerarquía y el cronológico. De modo que la norma de mayor jerarquía posterior en el tiempo deroga a la norma de menor jerarquía que la precedía en su vigencia. La eficacia invalidatoria es cuando la ley contradice a la Constitución, debiendo ser declarada inconstitucional por los jueces, a pedido de parte y con efecto para ese caso bajo juzgamiento. La eficacia interpretativa se plantea en estos

⁵⁵ Cfr. Rivera, Julio César. El Derecho Privado Constitucional. Cita: RC D 970/2012. Tomo: 1994 7 Derecho Privado en la reforma constitucional. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994

⁵⁶ Arce-Florez Valdez, Joaquín. Derecho Civil Constitucional. S.L. Civitas Ediciones. Madrid, 1986, p. 125

términos. La norma constitucional dirige la interpretación de todos los textos comprendidos en la materia a que ella se refiere⁵⁷.

Un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Hay que subrayar, sin embargo, que el de constitucionalización es un concepto graduado: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado. Siguiendo a Guastini, las principales condiciones de constitucionalización son: 1) La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales. 2) La garantía jurisdiccional de la Constitución. 3) La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”). 4) La “sobreinterpretación” de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos). 5) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares. 6) La interpretación adecuadora de las leyes. 7) La influencia de la Constitución sobre el debate político.⁵⁸

Quien señala con precisión este proceso gradual es Sebastián Picasso al señalar que “si bien nunca se desconoció que el derecho privado, como cualquier otra rama jurídica, se encuentra sometido a los principios y normas constitucionales, la dogmática civilista moderna (esto es, la elaborada a partir de la codificación) prescindió en general de vincular directamente sus construcciones con el derecho constitucional: bastaba con el Código Civil”⁵⁹, o sea la Constitución tenía una relación con las instituciones del derecho privado, pero de índole mediata. Lo que el proceso de constitucionalización ha buscado es modificar este paradigma, en base a las condiciones antes expuestas.

Desde la modificación del texto constitucional podemos afirmar que del Estado legal de Derecho se pasa al Estado Constitucional de Derecho, donde la Constitución, mucho más que la ley, se convierte en el centro de todo el sistema normativo. De la centralidad del Estado y de sus prerrogativas, se da lugar a la consideración de la persona

⁵⁷ Ver Cfr. Rivera, Julio César. El Derecho Privado Constitucional. Cita: RC D 970/2012. Tomo: 1994 7 Derecho Privado en la reforma constitucional. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994

⁵⁸ Comanducci, Paolo. Constitucionalización y teoría del derecho. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconstitucionalizacionyteoriadelderecho> Consulta: 22-08-2018. Con cita de R. Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano” en R. Guastini, Estudios de teoría constitucional, IIJ-UNAM, Fontamara, México, 2001

⁵⁹Picasso, Sebastián, La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema, LL, 2008-C-562. Cita Online: AR/DOC/1466/2008 Consulta: 30-06-2018

humana y sus derechos como ejes del sistema jurídico. De la soberanía del legislador se pasa a la palabra final a cargo de los jueces⁶⁰

En línea con lo expuesto, se ha afirmado que “...se ha abandonado la figura del Estado de Derecho Legal claramente decimonónico, basado en las declaraciones de derecho posteriores a la Revolución Francesa, que en materia de Derecho Privado dio sustento al proceso de codificación. Se ha pasado al Estado de Derecho Constitucional, que implica sin duda una mirada social, pero quizá el riesgo esté en confundir sin más el constitucionalismo social con el neoconstitucionalismo; cabe acotar que este término también resulta equívoco. La paradoja radica en la modalidad de la construcción de derechos a partir de una determinada visión de la dignidad de la persona humana, podría decirse que se trata de un resguardo de conductas autorreferentes o una particular tensión entre autonomía de la voluntad y orden público.”⁶¹

La constitucionalización, en clave moderna y directamente relacionada con el paradigma de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales desde 1945/48 (en la Carta de la ONU y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos), nos conduce a la búsqueda de la posición iusfilosófica sobre la que se construye, porque en base a ella, podremos trabajar sobre los principios generales que conforman el conjunto de derechos llamados derechos personalísimos.

En tal sentido, Claudio Grosso señala (aun cuando lo hace sobre el derecho a la intimidad únicamente) que “...la visión moderna sobre estos temas es que la privacidad se deduce de la dignidad humana y que a ésta última se la define por la autonomía del sujeto de derecho. En esa línea de pensamiento, la privacidad es entendida como un derecho fundamental proveniente por deducción lógica de la dignidad interpretada modernamente. De esta manera, la privacidad quedaría determinada como el espacio físico y moral del sujeto, ajeno a la interferencia de los otros... A su vez Gozáini afirma que “la preocupación, en los términos actuales, por la intimidad es el resultado de un largo proceso histórico de transformación de la conciencia que comienza en la Contrarreforma, pasa por la desvalorización de la conciencia religiosa por los filósofos del siglo XVII (Hobbes, Locke, Descartes, Spinoza) y desemboca en la construcción de la conciencia

⁶⁰ Cfr. Santiago, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Disertación del 03-04-2008. Disponible: <https://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> Consulta: 05-09-2018

⁶¹ Limodio, G. (2016). El título preliminar del Código Civil y Comercial como núcleo de significaciones [en línea], Prudentia Iuris, 81. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/titulo-preliminar-codigo-civil-comercial.pdf>. Consulta: 29-08-2018

moral preparada por Thomasiaus y concluida por Kant”. “Sobre esta concepción del hombre [...] adquiere sentido la noción actual de intimidad como atributo necesario de su nuevo status de libertad-autonomía”⁶²

Habiendo establecido que la construcción de los principios y valores se realizó teniendo como eje a la persona y a su eminente dignidad, entiendo necesario realizar algunas consideraciones al respecto.

Persona humana

Es habitual recurrir a la célebre definición de Severino Boecio al definir a la persona. Antes de reproducirla, debemos advertir que la misma está escrita en una obra de naturaleza teológica y en el marco de las pugnas cristológicas que surgen como consecuencia de la lucha con el arrianismo (condenado por el Primer Concilio de Nicea del año 325). El eje de la obra de Boecio es sobre la persona y la naturaleza, fundado en el conflicto cristológico planteado contra Eutiques y Nestorio (incluidos en el título de la obra, ambos profundamente antiarrianos), padres del monofisismo (afirman que Cristo es un ser de naturaleza única: Dios encarnado con aspecto humano) y nestorianismo (considera a Cristo radicalmente separado en dos naturalezas, una humana y una divina, completas ambas de modo tal que conforman dos entes independientes, dos personas unidas en Cristo, que es Dios y hombre, pero formado de dos personas distintas.) respectivamente. Ambas fueron condenadas por la Iglesia en los concilios de Éfeso (431) el monofisismo y el de Calcedonia (451) el nestorianismo. Ambas doctrinas continúan existiendo con organización eclesial hasta la actualidad (las Iglesias Copta, Siríaca, Apostólica Armenia, Tewahedo son todas monofisitas; en tanto que la Iglesia Asiria de Oriente y la Iglesia Siria Malabar Nasrani son nestorianas).

Severino Boecio (est. 480-525), relativamente cercano a aquellas cuestiones cristológicas, busca desentrañar el sentido que puede tener el hecho de que Cristo sea tanto de naturaleza humana como de naturaleza divina y, sin embargo, sea solo una persona y no dos. Para ello, primero define los términos de la discusión: términos como ‘naturaleza’, ‘sustancia’ y ‘persona’ adquirirán así carta de ciudadanía en la lengua latina

⁶²Grosso, Claudio. P. (2010). Fundamento iusfilosófico de la privacidad y del derecho subjetivo de protección de datos personales [en línea], Prudentia Iuris, 68-69, 317-329. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/fundamento-iusfilosofico-privacidad-derecho-subjetivo.pdf>. Consulta:13-08-2018, con cita de Gozaíni, Osvaldo, Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Data. Protección de datos Personales. Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, pág.13.

y sus definiciones serán canónicas por muchos siglos no solo en el campo teológico y filosófico sino también en el jurídico.

Nos explican al respecto Rodolfo Vigo y Daniel Herrera: "...con los concilios de Nicea, Éfeso y Calcedonia, donde se va a conformar una noción filosófica u ontológica de persona a raíz de los dogmas cristianos de la Santísima Trinidad (tres personas y un sólo Dios) y del Verbo encarnado (una sola persona y dos naturalezas). Originalmente los términos utilizados fueron los griegos *ousía* (substancia, esencia) e *hipóstasis* (subsistencia). En el caso de la Santísima Trinidad, la fórmula fijada fue la de la consubstancialidad -una única e idéntica substancia- con tres hipóstasis. En Cristo se reconoció una sola subsistencia o *hipóstasis* (de ahí la expresión unión hipostática), esto es, una sola persona y dos naturalezas (*physis*). Como equivalente latino a la palabra *hipóstasis*, se usó el término persona, como el más adecuado. En otras palabras, el sentido filosófico u ontológico que adquiere el término persona aparece recién con el cristianismo (a propósito de las disputas trinitarias y cristológicas) y aquí persona no es equivalente al *prósopon* griego, a la máscara, sino a las palabras *ousiæ* hipóstasis que significan substancia, esencia y subsistencia. Fue en gran medida gracias a Boecio, teólogo cristiano y filósofo neoplatónico del siglo V, que el tema de la persona se traslada de la teología a la filosofía, promovida por su obra *De persona et duabus naturis* en donde encontramos la célebre definición: "*Persona est rationalis naturæ individua substantia*" (Persona es sustancia individual de naturaleza racional)."⁶³

Haremos un breve desglose de la definición de Boecio:

¿Qué significa en la definición sustancia individual?

En latín, el participio presente del verbo *esse* es *ens-entis*, o sea, ente, que es, siendo. Y esto es justamente el ente: lo que es. Todo lo que es, es ente. La nota distintiva de la sustancia, aquello que la diferencia de los demás modos fundamentales de ser, en definitiva, de los accidentes, es, pues, la subsistencia. La subsistencia se define como un determinado modo de ser, según el cual algo es ente por sí y no en otro. En definitiva, es una propiedad consistente en la inseidad, perfección o absolutidad del ser...La persona, por tanto, es un supuesto (o hipóstasis), es decir, un sujeto que, en cuanto que tal, es algo

⁶³ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis - Herrera, Daniel A. El concepto de persona humana y su dignidad. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Personas humanas, 2015. Cita on line: RC D 957/201. Consulta: 05-06-2017

completo y acabado, un todo unitario integrado por sustancia, con su ser y su esencia, y accidentes y cuyos aspectos fundamentales son la individualidad y la subsistencia.⁶⁴

¿Cuál, en fin, es el significado de naturaleza racional?

La persona es un tipo determinado de hipóstasis. Se trata de un supuesto con una determinada naturaleza, la naturaleza racional. Lo racional deriva de “ratio”, razón, que puede ser entendido en un sentido estricto (como una de las funciones del intelecto, centrada en el pensamiento), o en sentido lato o extenso (visto como el conjunto de las potencias intelectivas, no únicamente el pensamiento⁶⁵).

Boecio toma “racional” por “intelectual”, y la naturaleza intelectual se define por el entendimiento y por todas las facultades que se reducen al género intelectual. Ahora bien, las potencias intelectivas son operativamente interdependientes. El espíritu —en el sentido de mente— es la potencia superior del alma humana, lo más alto en su virtud. En tanto que, en cierto modo, las potencias son las partes del alma, la mente es su parte suprema. Ahora bien, que la mente sea la potencia principal del alma, no quiere decir que sea una potencia particular. Las partes del alma son sus potencias o, lo que es lo mismo,

⁶⁴ Martí Andrés, Gabriel. Sustancia individual de naturaleza racional: el principio personificador y la índole del alma separada. Rev. Metafísica y Persona. Filosofía, conocimiento y vida Año 1—Enero-Junio 2009—Número 1. Universidad de Málaga. Disponible en: www.revistas.uma.es/index.php/myp/article/download/2849/2648 · Archivo PDF. Consulta: 01-01-2019. Continúa el mencionado autor: “*En el ente se dan varias composiciones fundamentales: Esencia y ser: Son dos principios inseparables y constitutivos de -toda realidad, pues en toda realidad hay algo que es y el mismo ser con el que ese algo es. El ser es aquello que hace que el ente sea; la esencia es aquello que hace que el ente sea el ente que es y reciba un nombre distinto... Sustancia y accidentes: ... Ese sustrato común es la sustancia que, en este sentido, puede definirse como aquel ente a cuya esencia compete ser en sí; los aspectos secundarios que inhiere en dicho núcleo común son los accidentes, o aquellos entes a cuya esencia compete ser en otro, en la sustancia, como en su sujeto... Materia y forma: Constituyen la esencia del ente corpóreo. En la realidad observamos continuas generaciones y corrupciones, entes que dejan de ser lo que eran para ser otra cosa. El sujeto de estos cambios es la materia, y lo que cambia es la forma. La materia, por lo demás, es completamente indeterminada y, sin la forma, simplemente no es en absoluto: la forma da el ser a la materia, haciéndola ser y haciéndola ser lo que es...*”

⁶⁵“Los géneros de las potencias del alma se distinguen por sus objetos. Pues cuanto más noble es una potencia, tanto más universal es el objeto sobre el que actúa, como dijimos anteriormente (q.77 a.3 ad 4). El objeto de las operaciones del alma puede ser analizado en un triple orden. 1) Pues hay potencias del alma que tienen por objeto único el cuerpo que está unido al alma. Su género es llamado *vegetativo* en cuanto que la potencia vegetativa no actúa más que sobre el cuerpo al que está unida el alma. 2) Otro género de las potencias del alma está referido a un objeto más universal, esto es, todo cuerpo sensible, y no solamente el cuerpo que está unido al alma. 3) Hay un tercer género de potencias cuyo objeto es todavía más universal, puesto que no acaban sólo en el cuerpo sensible, sino que llegan a todo ser sin excepción. De aquí que resulte evidente que la operación de estos dos últimos géneros de potencias del alma tiene su razón de ser no sólo con respecto a lo unido al alma, sino también a lo extrínseco. Como quiera que es necesario que el sujeto que actúa, de algún modo esté unido al objeto de su acción, también es necesario que la realidad extrínseca objeto de la operación del alma, esté referida a ella de dos maneras. Una, en cuanto que es apta para unirse al alma y estar en ella por su semejanza. Con respecto a esto, hay dos géneros de potencias: 1) Las *sensitivas*, referidas al objeto menos común, esto es, el cuerpo sensible; 2) y las *intelectivas*, referidas al objeto más común, esto es, el universal. La *otra* manera, en cuanto que la misma alma tiende hacia el objeto exterior. De este modo, tenemos dos nuevos géneros de potencias del alma: Las *apetitivas*, por las que el alma tiende al objeto extrínseco como a su fin, siendo esto lo primero en el orden de la intención, y las *locomotrices*, por las que el alma tiende a un objeto exterior como al término de su operación y movimiento, ya que todo animal se mueve hacia la consecución de aquello que se propone y que desea.” – Santo Tomás de Aquino, Suma teológica - Parte Ia - Cuestión 78- Sobre las potencias del alma en especial – Disponible en: <http://hjj.com.ar/sumat/a/c78.html> Consulta: 06-01-2019

las potencias nutritivas y reproductivas —que equivalen a la parte vegetativa—, las sensitivas —que equivalen a la parte sensitiva— y las intelectivas, a saber, entendimiento (con la memoria intelectual) y voluntad —que equivalen a la parte racional. Y esta parte racional es la *mens*. En efecto, la mente no es propiamente una potencia junto a la inteligencia (con la memoria intelectual) y la voluntad, sino cierto todo potencial que comprende dichas facultades, un todo potencialmente infinito, como infinitas son las potencias particulares que lo constituyen. La interdependencia de las facultades intelectuales es activa, pues son potencias operativas. Se trata de una interdependencia operativa potencialmente infinita, como infinitas son sus facultades, que procura un crecimiento cada vez mayor en el caminar del alma hacia su fin último. No se entiende la inteligencia sin la voluntad, ni la voluntad sin la inteligencia. La inteligencia y la voluntad se implican mutuamente. No cabe un acto de entendimiento puro, sin el concurso de la voluntad, más que el conocimiento de los primeros principios, como tampoco cabe una acción completamente arbitraria. Inteligencia y voluntad son una unidad, pero una unidad que no es estática, sino dinámica, funcional, en movimiento conjunto, en continuo crecimiento hacia un fin común.⁶⁶

“En este punto hay que aclarar que la “naturaleza racional” que se predica de la persona no se debe confundir con las “manifestaciones de la racionalidad”, pues ello pertenece al plano accidental. “El ser humano es persona en virtud de su naturaleza racional, no llega a ser persona en virtud de la posesión actual de ciertas propiedades, del ejercicio efectivo de ciertas funciones, del cumplimiento verificable empíricamente de ciertas acciones (...) El ser persona pertenece al orden ontológico, por tanto, la persona o es o no es”⁶⁷

Así se expresaba Jacques Maritain: “La persona es una sustancia que tiene por forma sustancial un alma espiritual, y que vive una vida no sólo biológica e instintiva, sino intelectual y voluntaria”⁶⁸

El ingreso a la modernidad implicó, en cierta medida, un cuestionamiento a la metafísica y, por ende, los conceptos antes expresados en relación a la persona fueron

⁶⁶Martí Andrés, Gabriel. Sustancia individual de naturaleza racional: el principio personificador y la índole del alma separada. Rev. Metafísica y Persona. Filosofía, conocimiento y vida Año 1—Enero-Junio 2009—Número 1. Universidad de Málaga. Disponible en: www.revistas.uma.es/index.php/myp/article/download/2849/2648 · Archivo PDF. Consulta: 01-01-2019

⁶⁷Lafferrière, Jorge Nicolás. La persona humana en el nuevo Código Civil y Comercial. Consideraciones generales. El Derecho 262-692

⁶⁸Maritain, Jacques. *Breve tratado acerca de la existencia y de lo existente*, Club de lectores, Buenos Aires, 1982, p. 104.

relaborados en clave moderna y prescindiendo – o intentándolo hacer- de la ontología. Debemos ponderar especialmente que estamos refiriéndonos al período del cambio de método como paradigma de una ciencia “moderna”, especialmente crítica con la escolástica⁶⁹

Considerando la proyección futura que ha de tener en el mundo del derecho, no podemos prescindir de mencionar el concepto de persona en Kant, quien en gran medida es el arquitecto de los sistemas jurídicos relevantes del siglo XX, sobre todo en el área de la doctrina, cuya influencia es, a mi entender, determinante y especialmente en temas como la dignidad y los derechos humanos .

La filosofía kantiana es esencialmente una teoría de la experiencia, no del ser en toda su amplitud. Con ello no hace Kant sino seguir las exigencias del moderno principio de inmanencia. En cuanto tal, la teoría kantiana de la experiencia adopta la forma de una síntesis...La síntesis, por tanto, resuelve lo múltiple del sentido en la unidad del pensamiento y lo subjetivamente aprehendido en algo objetivo y universalmente comunicable...El sujeto de la síntesis es el entendimiento. Ahora bien, la síntesis misma no es posible más que dentro de una unidad superior al entendimiento mismo. Pues bien, a la unidad que precede a la acción unificante y objetivante del entendimiento llama Kant el *yo pienso en general* o *la unidad misma de la conciencia*...en la filosofía de Kant se superponen diversos tipos de yoes, procedentes de un movimiento de disgregación del sujeto que se realiza en cuatro niveles de yo, que se corresponden a su vez con la estructura misma de la filosofía kantiana... finalmente, aparece un yo moral, un sujeto cuya existencia es postulada por la fe (en sentido kantiano): es el yo de la razón práctica. A este yo de la razón práctica, a este sujeto moral, resultante de la transformación operada por vía de postulado práctico a partir de la idea de alma de la razón pura, es a lo que Kant

⁶⁹Cfr. De Garay, Jesús. Transformaciones de la dialéctica y de la retórica en los inicios de la Modernidad. Universidad de Sevilla. Discurso de Toma de Posesión como Académico Correspondiente de la Real Academia de Doctores de España (23 de noviembre de 2005). Disponible en: http://www.academia.edu/26342269/TRANSFORMACIONES_DE_LA_DIALÉCTICA_Y_DE_LA_RETÓRICA_EN_LOS_INICIOS_DE_LA_MODERNIDAD_Paper_2006_Captura_del_29/04/2018. Allí expresa: “con la proclamación de la llamada ciencia moderna –en pensadores tan emblemáticos como Galileo, Bacon o Descartes- significa la auténtica ruptura con el pensamiento renacentista y medieval. Esto es, con el aristotelismo. Se ha prestado mucha atención al cambio de modelo cosmológico en Copérnico y Galileo frente a la astronomía de Ptolomeo y frente a la física aristotélica. La ruptura decisiva de la Modernidad no estuvo tanto ahí como en la metodología: lo que Descartes, Galileo o Bacon proponían era un nuevo método opuesto al método anterior de la retórica y la dialéctica, método al que se objetaba que era palabrería y propaganda, pero incapaz de ciencia rigurosa. Es decir, después de dos mil años de hegemonía de la retórica y la dialéctica en la educación y la cultura, la Modernidad promete un nuevo paradigma metodológico ajeno por completo a aquellas. El nuevo método se basa en la experimentación –es decir, en las experiencias controladas- y el cálculo matemático. Se abandona, en cambio, la interpretación y discusión de textos como vía metodológica. La retórica quedó reducida a una mera preceptiva ornamental y la dialéctica se abandonó simplemente como un estorbo...”

llama en rigor persona... Kant define la persona en la primera edición de la Crítica de la razón pura, en los siguientes términos: “Aquello que es consciente de la identidad numérica de sí mismo en diferentes momentos a lo largo del tiempo es, en cuanto tal, una persona. Tres son los elementos que integran esta definición: la conciencia de sí, la identidad numérica (o individual) sobre la cual esta conciencia revierte y la duración en el tiempo de dicha conciencia. Es de observar el énfasis puesto en esta definición en la autoconciencia, que se corresponde con la ausencia de cualquier elemento que haga pensar en la constitución sustancial de la persona. En definitiva: esta fórmula identifica la persona con los actos de conciencia”⁷⁰

Para Kant, la “persona tiene un valor incondicional, absoluto; es fin en sí misma, en suma: «sujeto» trascendente. Desde entonces, la idea de persona quedó asociada a las cualidades de racionalidad y autonomía (libertad), atribuidas a este «sujeto». Esta concepción de persona habría de introducirse en la literatura jurídica: persona es un «sujeto» dotado de razón y voluntad libre...”⁷¹

En modo similar al expuesto por Kant se pronuncia John Locke al definir a la persona como un ser pensante e inteligente, provisto de razón y de reflexión, que puede considerarse a sí mismo en cuanto sí mismo, o sea la misma cosa pensante que él es, en tiempos y lugares diversos; lo cual es posible sólo mediante su conciencia, que es inseparable del pensar.⁷²

Como en Locke, también en Kant la persona es el ser que tiene conciencia de sí mismo. La capacidad del conocimiento reflexivo, específicamente humana, eleva al hombre ilimitadamente por encima de todos los demás seres que viven sobre la tierra. “Gracias a ello el hombre es una persona, y por virtud de la unidad de la conciencia en medio de todos los cambios que pueden afectarle es una y la misma persona, esto es, un ser totalmente distinto, por su rango y dignidad de las cosas, como son los animales irracionales... El conocimiento que el sujeto tiene de sí mismo –la conciencia psicológica que acabamos de referir– es el modo como el sujeto es afectado y se aprehende a sí mismo. Quiere esto decir que la conciencia psicológica es un conocimiento de sí de índole

⁷⁰Prieto López, Leopoldo José. La Persona en Kant. Disponible en:<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4098997.pdf> Consulta: 06-01-2019

⁷¹Tamayo y Salmorán, Rolando. El sujeto del derecho. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Vol. 11 El derecho y la justicia. Editorial Trotta. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 2013. Disponible en: <file:///C:/Users/emili/Downloads/el-sujeto-del-derecho-0.pdf> Consulta: 08-06-2015

⁷²Daros, W.R., El tema de la identidad personal en algunos filósofos de la modernidad. Disponible en: <https://williamdaros.files.wordpress.com/2009/08/w-r-daros-el-tema-de-la-identidad-en-la-modernidad.pdf> Consulta: 07-01-2019

fenoménica, que, en cuanto tal, no capta la verdadera naturaleza del propio sujeto. De manera que del *sustrato nouménico* del sujeto (en términos de Kant, o en términos de Locke, de la *sustancia incognoscible*) no cabe conocimiento especulativo alguno, sino sólo aquel conocimiento que por vía moral (o de postulado) nos lo presenta como persona... Como dice Kant, la persona es el ser que actúa como causa intelectual; en otros términos, persona es el sujeto que actúa por medio de una causalidad libre. La persona, por eso, es el ser racional que, en cuanto dotado de libertad, está sometido a leyes morales, pero sólo a aquellas leyes que por medio de su razón se da a sí misma. La libertad es el constitutivo de la persona. Pero, como la libertad –según Kant– es una realidad incognoscible para la razón especulativa, su concepto no puede ser demostrado, sino puesto. En otros términos, la libertad, como constitutivo de la persona y fundamento del orden moral, es un postulado de la razón práctica... La libertad, como independencia de causas ajenas, se llama *autonomía*, y es propia del agente que, como la persona, pertenece al mundo inteligible, por lo que está sometido a leyes independientes de la naturaleza, no empíricas, que se fundan simplemente en la razón. En sentido contrario, un agente que pertenece al mundo sensible (inerte o vivo, pero no racional) se halla sometido exclusivamente a leyes naturales, físicas o biológicas, jurisdicción ésta que en Kant recibe el nombre de *heteronomía*. Así pues, “con la idea de libertad está indisociablemente unido el concepto de autonomía, pero con éste se asocia ese principio universal de la moralidad que sustenta en aquella idea todas las acciones de seres racionales, tal como la ley de la naturaleza sustenta todos los fenómenos...”⁷³

El hombre en tanto libre es autónomo. “El hombre como ser natural dotado de razón (*homo phaenomenon*) es causa de acciones en el mundo sensible, aunque con ellas no penetra en el campo de lo moral. Pero el mismo hombre, pensado como persona (*homo noumenon*) es un ser capaz de obligación, porque es un ser libre”⁷⁴

Dejando de lado el aspecto filosófico de la cuestión y centrándonos en nuestro sistema legal en relación al concepto de persona, debemos referir que Vélez Sarsfield fija el concepto persona (en general) en el artículo 30 al decir: “*Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones.*”, destacándose de la misma la consideración como “ente” y que además tenga capacidad para adquirir derechos y

⁷³Prieto López, Leopoldo José. La Persona en Kant. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4098997.pdf> Consulta: 06-01-2019

⁷⁴Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. 4ª Edición. Ed. Tecnos, Madrid, 2005, 418

contraer obligaciones. Dicha conceptualización genérica era completada en el artículo 51 al expresar: *“Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.”*, referenciándose de acuerdo con la nota del citado artículo- en Teixeira de Freitas (art. 35), Florencio García Goyena (art. 107), las Partidas (L. 8, tít. 33, Part. 7ª) y el Digesto (LL. 12 y 14, tít. 5, lib. 1).

Comenta al respecto Julio Conte-Grand: *“La norma subvertía el orden de los conceptos y determinaba impropriamente que el ente sería persona cuando tuviese esa aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones, siendo que, estrictamente, es a la inversa, ya que el ente es persona por imposición de la naturaleza de las cosas, y por serlo tiene dicha aptitud. En otras palabras, porque es persona el ordenamiento positivo debe reconocerle o adjudicarle prerrogativas. La capacidad es capacidad de un "ente" y la determinación de lo que es "ente" es una cuestión ajena al derecho, viene impuesta sapiencialmente por la metafísica, que habrá de indicarnos que se trata de "todo lo que es".*⁷⁵

La opinión antes expuesta, dista de ser unánime, al punto tal que, durante la vigencia del Código Civil de Vélez, existía calificada doctrina que no entendía que el concepto de “persona” fuera una obra de la naturaleza sino del derecho. Así Orgaz afirmaba que *“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. (...). El hombre existe en la naturaleza, la persona solamente en el derecho”*⁷⁶

Desde esa perspectiva, cuando la ley dice que cierto ente es una "persona" no está diciendo que realmente que se trate de un ser humano, o de un sujeto con ciertas características naturales, sino que se limita a caracterizar un centro de imputación de normas, un "concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes"⁷⁷. Continúa explicando el Dr. Picasso: *“Con eso, como acabamos de decirlo, no se estaría describiendo ninguna "realidad ontológica" —si tal cosa existiera-, sino que simplemente se estaría empleando una técnica jurídica que permite facilitar el análisis de las muy*

⁷⁵Conte-Grand, Julio. *La persona* en Sánchez Herrero, Andrés (dir.). Tratado de Derecho Civil y Comercial, tomo I, pto.3.2. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016

⁷⁶Orgaz, Alfredo. *Personas individuales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 7.

⁷⁷Picasso, Sebastián. Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda, en LL 2015-B-950.

complejas relaciones que involucran el funcionamiento de los derechos subjetivos, mediante la instauración de una categoría a la que se asigna la titularidad de ciertos derechos y deberes”⁷⁸

Durante la vigencia del Código Civil, resultaba harto difícil conceder el “status” de persona a otros entes que no fueran los mencionados en los artículos 30, 31 y 51 y en el caso de las personas físicas, debían presentar – como vimos- signos característicos de humanidad, por lo que en la estructura pensada por Vélez sólo había personas de existencia ideal y personas de existencia visible, lo cual no fue modificado (mas allá de la terminología) por el Código Civil y Comercial vigente (arts. 19 y 141 llamándolas actualmente “personas humanas” y “personas jurídicas”).

El actual Código no define – a diferencia del anterior – a las personas humanas (o de existencia visible en su terminología). En ello sigue el criterio del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, en cuyos fundamentos respecto de esta cuestión expresa: *Se adopta la terminología personas humanas a lo largo de todo el Código. Pese a que en este Proyecto se han insertado definiciones en todos los casos en que se consideró necesario, no se conserva la que el Código Civil vigente trae en su artículo 30; se abandonó incluso la idea de sustituirla por otra más apropiada. Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin. Es la noción de persona que alberga la Constitución Nacional desde su misma sanción en 1853, la que proviene de sus fuentes desde la asamblea de 1813, y la que fue ratificada con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de las convenciones y tratados de derechos humanos en el texto que rige a partir de la reforma de 1994.⁷⁹*

Si vemos los Fundamentos del proyecto que resultó aprobado como Código Civil y Comercial, expresamente se referencia en el Proyecto de 1998. Ello, en los siguientes

⁷⁸Vid. Nino, Carlos S., Introducción al análisis del derecho, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 231/235 citado en trabajo del Dr. Sebastián Picasso, citado en nota anterior.

⁷⁹Fundamentos del Proyecto de Código Civil, Anexo 1, Libro Segundo. De la parte general. Título I. De las personas humanas. Punto 2, Disponible en: <http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/fundam.htm> Consulta: 08-01-2019

términos: “El Libro Primero se abre con la regulación de la persona humana; ella es, conforme a la doctrina judicial de la Corte Federal, la figura central del derecho. En seguimiento del Proyecto de 1998, que tanta influencia tiene en este Anteproyecto, se utiliza la denominación “persona humana” y se elimina la definición del artículo 30 del Código Civil vigente...”⁸⁰

De ello podemos concluir que, en nuestro sistema jurídico, no se han adoptado las posiciones doctrinarias expuestas por Alfredo Orgaz, Sebastián Picasso y otros. En todo caso, resulta claro que entiende que el concepto legal de persona humana es pre-jurídico y proveniente de la naturaleza. La posición adoptada por el Código Civil y Comercial nos exime de considerar la cuestión de la dignidad de la persona humana si fuera considerado concepto jurídico – no natural – o como un centro de imputación normativa y considerar, simplemente, el concepto de persona humana como un hecho de la naturaleza.

Tanto desde el punto de vista clásico como desde la visión moderna, la persona puede ser vista desde su ser, en tanto ser (ente) o prescindiendo de consideraciones ontológicas o metafísicas, en el sentido kantiano, como autónomo y libre. Mas allá de las sustanciales diferencias existentes, lo cierto es que ambos (por distintas vías) le reconocen a la persona una característica inherente, la dignidad. A ello nos abocaremos en el acápite siguiente, dado ser ésta, a criterio de la mayoría de los autores, el presupuesto y sostén de los derechos personalísimos.

Dignidad

Tal como expresáramos en el punto anterior, dos grandes corrientes han planteado la cuestión de la dignidad de la persona humana. Una, anclada en el pensamiento clásico - de matriz aristotélico-tomista – y la otra, sostenida en la obra de Kant.

La matriz judeocristiana entiende que el concepto de dignidad de la persona emerge de su relación creatural con Dios. Por su creación, a imagen y semejanza de Dios, es que la persona posee dignidad⁸¹.

⁸⁰ Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial. Punto IV) Libro Primero. Parte General. Título I: “Persona Humana”. Capítulo 1. Comienzo de la existencia. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consulta: 08-01-2019.

⁸¹ Maritain, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural: Cristianismo y Democracia*. Ed. Biblioteca Palabra, Madrid, 2002.p. 15. Disponible en: <https://www.palabra.es/los-derechos-del-hombre-0998.html?buscar=maritain.html> Consulta: 11-01-2019. Allí expresa:” "...decir que el hombre es una persona, es decir que en el fondo de su ser es un todo, más que una parte. Este misterio de nuestra naturaleza es el que el pensamiento religioso designa diciendo que la persona humana es la imagen de Dios. El valor de la persona, su libertad, sus derechos, surgen del orden de las cosas

En la visión kantiana, el hombre es digno porque es libre o autónomo, siendo un fin en sí mismo⁸².

Sin duda, en las enumeraciones básicas de los derechos humanos construidas desde la dignidad hubo consenso para la elaboración de instrumentos internacionales, en la medida que no se indagara su porqué. Desde dos perspectivas claramente diferentes, señalaban en tal sentido Norberto Bobbio y Jacques Maritain. El primero decía que *“el problema grave de nuestro tiempo, en materia de derechos humanos, es no el de fundamentarlos sino el de protegerlos. El problema al que nos enfrentamos, en efecto, no es filosófico sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que pese a las declaraciones solemnes resulten continuamente violados”*⁸³, en tanto que el pensador francés afirmaba: *“...la solución al problema de los derechos reside en hacerlos reposar sobre un acuerdo práctico, capaz de superar las divergencias teóricas ...”* En última instancia, dirá citando las discusiones que suscitara la declaración en las reuniones de la Comisión Nacional francesa de la UNESCO: *“estamos de acuerdo sobre los derechos con tal de que no se nos pregunte el porqué. Porque con el “porqué” comienza la disputa”*⁸⁴.

Hay concordancia, en general, que el sistema internacional de los Derechos Humanos se ha edificado, en el siglo XX, sobre el concepto de la dignidad de la persona humana.

Jürgen Habermas se plantea que *“... si nos enfrentamos a la pregunta de si la “dignidad humana” es un concepto normativo fundamental y sustantivo, a partir del cual los derechos humanos pueden ser deducidos mediante la especificación de las condiciones en que son vulnerados, o si, por el contrario, se trata de una expresión que simplemente provee una fórmula vacía que resume un catálogo de derechos humanos individuales no relacionados entre sí-...”* En tal sentido afirma que la dignidad constituye la *“fuente”* moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento; que éste posee una función catalizadora en la construcción de los derechos humanos, en términos de una

naturalmente sagradas que llevan la señal del Padre de los seres. La persona tiene una dignidad absoluta porque está en relación directa con lo absoluto...”.

⁸²Ver: Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. 4º Edición. Ed. Tecnos, Madrid, 2005, 418

⁸³Bobbio, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Ed. Gedisa. Barcelona, 1982, pág. 130.

⁸⁴Maritain, Jacques. *El hombre y el Estado*. Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1952, pág. 98.

historia conceptual y a partir de la moral racional; y, por otro, en la forma de derechos subjetivos; y, finalmente, como fuerza explosiva de la utopía que defiende versus los negadores radicales de los derechos humanos, citando a Carl Schmitt en tal sentido, como aquellos que pretenden quitarle consistencia a los mismos.⁸⁵

Lo cierto es que el concepto dignidad plasmado en diversos instrumentos internacionales ha generado (y lo sigue haciendo) diversas cuestiones respecto del alcance e interpretación de los derechos humanos, cuando no es cuestionado el concepto mismo de dignidad. En tal sentido, Mary Ann Glendon expresa: *“Hoy en día es patente que basarse en una dignidad concebida como “un término genérico alusivo a lo que sea que hace al hombre capaz de derechos y libertades humanas básicas” encierra una serie de dificultades filosóficas. ... Una serie de intentos por proporcionar un fundamento moral al concepto de la dignidad de la vida humana utilizaron un método kantiano, partiendo de la premisa de que los seres humanos tienen dignidad en cuanto seres autónomos capaces de tomar decisiones racionales. Otros, siguiendo a Rousseau, fundamentan la dignidad en el sentimiento de empatía que la mayor parte de los seres humanos tiene hacia las demás criaturas dotadas de sensibilidad... cristianos y judíos generalmente afirman que la dignidad de la vida humana se fundamenta en el hecho de que los seres humanos están hechos a imagen y semejanza de Dios. Pero esa afirmación difícilmente puede satisfacer a un no creyente.”*⁸⁶

Que afirmemos que los derechos humanos son derivados de la dignidad de la persona implica asumir que el concepto derecho es visto desde el hombre – la persona – hacia otros, como relación, que expresa en general un “derecho”. Y muchos autores afirman que ello es una visión moderna, inexistente en el derecho romano o medioeval, producto de una profunda transformación respecto de la noción clásica de derecho (ius en su expresión latina) que habría pasado de significar lo debido a otro en una relación de

⁸⁵Habermas, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. Disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~ojsdianoia/index.php/dianoia/article/view/218> Consulta: 07-01-2019

⁸⁶ Glendon, Mary Ann. La soportable levedad de la dignidad. Persona y Derecho, Universidad de Navarra, vol.67, 2012/2, p. 259. Disponible en: <file:///C:/Users/emili/Downloads/3122-12193-1-PB.pdf> Consulta: 09-01-2019

justicia, a tener un sentido subjetivo, designando no algo debido, sino una facultad, una licencia o una libertad^{87 88}.

En línea con lo expuesto, autores como Leo Strauss⁸⁹ o Michel Villey⁹⁰ entienden que el concepto de derecho subjetivo, como libertad o potestad es tributario del pensamiento de Hobbes donde el derecho deja de ser un deber sostenido en una relación de justicia sino un derecho básico y originario a la autopreservación⁹¹. Ambos autores, a su vez, entienden a Kant como determinante en la concepción moderna de derecho.

En tal sentido, Eduardo Quintana expresa: “*Según el planteamiento kantiano, más que existir un fundamento de la dignidad humana, lo que hay es una explicación o aclaración, pues una fundamentación habría de ser metafísica y eso resulta inaceptable para Kant. Lo único que cabe es rendirse ante un hecho que se impone a la razón práctica: el imperativo moral, que ordena en cualquier caso respetar a la persona como un fin en sí mismo, pero dejando a salvo que tal imperativo no presupone ningún conocimiento de lo que es la persona en sí. De ahí que sólo cabe aclarar el concepto de dignidad humana que viene dada por su conexión con el de libertad... Cabe tener en cuenta que la libertad es la clave que le permite afirmar que la persona no tiene precio sino dignidad ...*”⁹²

⁸⁷MacIntyre, Alasdair. *Tras la virtud*, Editorial Crítica, Barcelona, 1987, pág. 95. Allí afirma que la noción de derecho es esencialmente moderna, al decir: “no existe ninguna expresión en ninguna lengua antigua o medieval que pueda traducir correctamente nuestra expresión derechos hasta el final de la Edad Media: el concepto no encuentra expresión en el hebreo, el griego, el latín o el árabe, clásicos o medievales, antes del 1400 aproximadamente, como tampoco en inglés antiguo, ni en el japonés hasta mediados del siglo XIX por lo menos. Naturalmente de esto no se sigue que no haya derechos humanos o naturales; sólo que hubo una época en que nadie sabía que los hubiera. Y como poco, ello plantea algunas preguntas. Pero no necesitamos entretenernos en responder a ellas, porque la verdad es sencilla: no existen tales derechos y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios”

⁸⁸Migliore, Joaquín. Derechos Humanos y Doctrina Social de la Iglesia. Disponible en: http://wadmin.uca.edu.ar/public/20180522/1527006107_Migliore.pdf Consulta: 08-01-2019

⁸⁹Strauss, Leo. *Derecho Natural e Historia*. Prometeo Libros, Buenos Aires, 2013, p. 221 donde dice:” Dado que el hecho moral fundamental y absoluto es un derecho y no un deber, tanto la función como los límites de la sociedad civil deben definirse en términos de derecho natural del hombre y no en términos de su deber natural...”

⁹⁰Villey, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho, Definiciones y fines del Derecho.*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1979, pág. 162.

⁹¹Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 106. Allí expresa: “El derecho de naturaleza, lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; (...). Por libertad se entiende, de acuerdo con el significado propio de la palabra, la ausencia de impedimentos externos (...). Aunque quienes se ocupan de estas cuestiones acostumbran a confundir *jus* y *lex*, derecho y ley, precisa distinguir esos términos, porque el derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de esas dos cosas. Así, la ley y el derecho difieren tanto como obligación y libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia”

⁹²Quintana, Eduardo Martín. Dignidad y Deberes Humanos. En *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho de la Univ. Católica Argentina, n°83, 2017, p.80

La dignidad corresponde, para Kant, al hombre porque es ser capaz de moralidad, capaz de pertenecer al reino de los fines como legislador autónomo, gracias a la libertad que se le presupone a la voluntad de todo ser racional.

Habermas entiende que la concepción universalista e individualista de la dignidad humana que se encuentra en Kant forma el contenido moral del cual derivaría los derechos humanos⁹³

Esta cuestión, presente en el debate filosófico estuvo, sin embargo, fuera de los principales textos legales del período. En efecto, en la modernidad – con la importancia que tuvo en el período el derecho del individuo entendido como potestad o libertad (Grocio, Hobbes, F. Suárez, Kant, etc.) - no hay referencias políticas a la “dignidad humana”. No se encuentra ni en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776, ni en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Asimismo, tampoco en el siglo siguiente se hace mención de ella y no aparece en los textos constitucionales de la primera mitad del siglo XX, ni en los diversos Tratados o Convenciones sobre Derechos Humanos de esa época⁹⁴.

En línea con ello, Habermas expresa: *“Vale la pena resaltar el hecho de que la dignidad humana, como concepto filosófico que ya existía en la Antigüedad y que adquirió su expresión canónica actual con Kant, sólo alcanzó a materializarse en textos de derecho internacional y en las constituciones nacionales recientes hasta después de la Segunda Guerra Mundial... la noción de dignidad humana no apareció como concepto legal ni en las declaraciones clásicas de los derechos humanos del siglo XVIII, ni en las codificaciones del siglo XIX... Existe solamente una excepción a mediados del siglo XIX: en la justificación de la abolición de la pena de muerte y del castigo corporal del § 139 de la Constitución alemana de marzo de 1849, donde se encuentra la siguiente afirmación: “Un pueblo libre debe respetar la dignidad humana incluso en el caso de un criminal.”*⁹⁵

Veamos, pues, algunos de los textos internacionales que tratan la temática.

⁹³Habermas, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. Disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~ojsdianoia/index.php/dianoia/article/view/218> Consulta: 07-01-2019

⁹⁴Quintana, Eduardo Martín. Dignidad y deberes humanos. Prudentia Iuris n°83, año 2017, p. 75

⁹⁵Habermas, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. Disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~ojsdianoia/index.php/dianoia/article/view/218> Consulta: 07-01-2019

Debemos comenzar con la Carta de San Francisco del 25 de julio de 1945, relativa a la creación y organización de las Naciones Unidas. En el segundo párrafo de su Preámbulo los estados expresan su *“fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”*⁹⁶.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, en cuyo Preámbulo, en su primer párrafo expresa: *“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...”* para reiterarlo en su quinto párrafo, en estos términos: *“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...”*. Al pasar al articulado, comienza en su artículo 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.”*; Artículo 6º: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”*⁹⁷.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá en 1948, se expresa en el Preámbulo: *“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros...”*, luego en su articulado expresa: Artículo XIV. *“Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas...”*; Artículo XVII. *“Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.”*; Artículo XXIII. *“Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.”*⁹⁸

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI),

⁹⁶Ver: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/>

⁹⁷Ver: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

⁹⁸ Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

de 16 de diciembre de 1966 y vigente desde el 23 de marzo de 1976 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en la misma fecha y en vigor desde el 3 de enero de 1976, en ambos instrumentos comienzan en el Preámbulo en los siguientes términos: “*Los Estados Partes en el presente Pacto. Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...*”⁹⁹, para luego en su articulado fijar los diversos derechos humanos reconocidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁰ (a la vida, libertad, pensamiento, asociación, acceso a la justicia, personalidad jurídica, igualdad, etc.) y en el relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagran otros derechos humanos relativos a la temática específica del instrumento (derecho al trabajo digno, afiliación sindical, seguridad social, protección familiar y de los niños en especial; acceso a la salud física y mental, etc.).

En la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada “Pacto de San José de Costa Rica”, que en su Preámbulo declara en su tercer párrafo expresa: “*Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*”. Luego en su articulado expresa: Artículo 3. “Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica: *Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.*”; artículo 5º: “*Derecho a la Integridad Personal...2 ...Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*”; artículo 11º: “*Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad...*”¹⁰¹.

Los textos y reconocimientos internacionales a través de los tratados adquieren especial relevancia en el sistema jurídico argentino, dado por dos factores sustanciales: a)

⁹⁹Ver: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

¹⁰⁰ Ver: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

¹⁰¹Ver: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

la incorporación a la Constitución Nacional del sistema de tratados internacionales sobre derechos humanos, y, b) la constitucionalización del derecho privado.

Siendo ajeno al estado de la cuestión, solo haré esta breve referencia respecto del cambio de paradigma que implicó, con la reforma constitucional de 1994, el sistema de derechos humanos y el impacto generado por éste en todo el derecho privado. No explica Alfonso Santiago al respecto: “...desde la modificación del texto constitucional podemos afirmar que del Estado legal de Derecho se pasa al Estado Constitucional de Derecho, donde la Constitución, mucho más que la ley, se convierte en el centro de todo el sistema normativo. De la centralidad del Estado y de sus prerrogativas, se da lugar a la consideración de la persona humana y sus derechos como ejes del sistema jurídico. De la soberanía del legislador se pasa a la palabra final a cargo de los jueces...”¹⁰²

Dado, por ende, que los textos del sistema internacional de Derechos Humanos integran el texto constitucional, todas las normas legales que se dicten, se deben subordinar – en el orden constitucionalmente previsto – a los textos antes citados, especialmente el Código Civil y Comercial que regula la materia. En línea con lo expuesto, el Código Civil y Comercial ha consagrado en su Libro Primero – Parte General -, Título I -Persona Humana-, Capítulo 3 – Derechos y actos personalísimos- una regla general en sus artículos 51 y 52 relativo a la dignidad de la persona humana, para luego en el mencionado capítulo regular alguno de los derechos personalísimos que allí menciona, sin agotarlos (cfr. Art.52)

Siguiendo la línea de pensamiento expuesta por Armando Andruet (h) en cuanto al articulado del Código Civil en esta temática, “...animamos a propiciar otro criterio de reflexión sistemático de dicho Capítulo 3, a partir de visualizar que en el nombrado subsistema normativo se pueden encontrar artículos que bien pueden ser nombrados de (a) una 'indiscutida centralidad', otros que tienen la característica de ser de alguna forma —quizás laxa— que considerados como (b) de una 'realización derivada' de los centrales y por último, los que consideramos solo como (c) de 'naturaleza periférica'... consideramos en consecuencia que el art. 51 —Inviolabilidad de la Persona Humana—, y el art. 58 —Investigaciones en Seres Humanos— poseen una incuestionable centralidad. Por su parte el art. 52 —Afectaciones a la Dignidad—, el art. 55 —

¹⁰²Cfr. Santiago, Alfonso. Neoconstitucionalismo. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Disertación del 03-04-2008. Disponible: <https://ancmvp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> Consulta: 05-09-2018

Disposición de Derechos Personalísimos—, de igual manera que el art. 56 —Actos de Disposición sobre el Propio Cuerpo— y finalmente el art. 57 —Prácticas Prohibidas— habrán de ser considerados derivados toda vez, que tienen una relación de subalternancia con los anteriores. Por último los que hemos nominado periféricos, porque si bien son igualmente muy importantes y tal como diremos ya tienen en algunos casos una entidad normativa por fuera del Código Civil y Comercial como lo advertimos en el art. 59 —Consentimiento Informado para Actos Médicos e Investigaciones en Salud— y el art. 60 —Directivas Médicas Anticipadas—; existen otros, y volviendo a la figura retórica del heliocentrismo judicial, que bien diríamos que son los planetas más alejados del sol, por caso el art. 53 —Derecho a la Imagen—, art. 54 —Actos Peligrosos— y art. 61 —Exequias—.”¹⁰³

Dado este panorama genérico sobre la idea de la dignidad de la persona humana y su consagración legislativa, cuadra ahora analizar un tipo especial de derechos subjetivos (aunque ello es doctrinariamente controversial, como veremos) que se consideran inherentes a la persona humana, y que doctrinariamente se lo conoce como derechos personalísimos.

Derechos subjetivos

Si partimos de las corrientes clásicas, respecto de este tema, parecería importante mencionar algunas visiones sobre el derecho visto como *potestas* desde aquellos que conciben a la persona con un sustento ontológico.

En tal sentido, Julio Lalanne nos reenvía a Francisco Suárez cuando éste brinda la definición de derecho entendido como un poder o una facultad. “*Francisco Suárez (1548-1617), el más grande de los teólogos juristas españoles de la llamada Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes, trata el concepto de derecho en su monumental De Legibus ac Deo Legislatore –Tratado de las Leyes y de Dios Legislador–, editada por primera vez en Coimbra en 1612. En sus primeras páginas, Suárez analiza el significado del término derecho y estudia los diversos analogados de la palabra. El teólogo jesuita, siguiendo a Santo Tomás de Aquino, acepta las acepciones tradicionales de derecho: como objeto de la virtud de la justicia y como norma jurídica. Empero, cuando aborda el tercer analogado del término, Suárez hace una contribución en cierto modo original a*

¹⁰³Andruet, Armando S (h.). Derechos y actos personalísimos. Comentarios al Código Civil y Comercial de la Nación. DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, 153. Cita Online: AR/DOC/3894/2014

*la Filosofía del Derecho, a saber: formula una definición verdaderamente sistemática del derecho subjetivo: “Según el último y más estricto significado de derecho (ius) suele darse con toda propiedad este nombre a cierta facultad moral que cada uno tiene sobre la cosa suya o sobre una cosa que se le debe. En este sentido decimos que el dueño de una cosa tiene derecho sobre la cosa y que el trabajador tiene derecho al salario, y por ello afirmamos que es merecedor de su paga”*¹⁰⁴

Los tiempos modernos, nos explica Carlos Raúl Sanz, han llevado a una expresión más avanzada la prioridad del derecho en su aceptación normativa. También han lanzado a la palestra científica una categoría que, según algunos investigadores, como vimos, no era considerada por los clásicos: el derecho potestad, o más simplemente lo que llamamos "derecho subjetivo"¹⁰⁵.

Con una visión distinta dentro de las corrientes iusnaturalistas, John Finnis afirma que deberes y derechos (sean éstos concebidos como derecho a exigir o como libertad), son, en última instancia, dos caras de una misma moneda, pudiendo una relación de justicia ser definida, indiferentemente, tanto en términos de derechos cuanto desde la noción de deber. El lenguaje de los derechos no supondría, pues, un cambio de perspectiva, sino que, simplemente, permitiría “afirmar las exigencias u otras implicaciones de una relación de justicia desde el punto de vista de la persona que se beneficia de esa relación. Proporciona una manera de hablar sobre ‘lo que es justo’ desde un ángulo especial: el punto de vista del ‘otro’ o de los ‘otros’ a quienes algo les es debido o adeudado...”¹⁰⁶.

Cuando lo expresamos como derecho subjetivo, no es una cuestión meramente nominal, sino sustancial. La formulación de un derecho subjetivo como tal, para ser efectivamente una *potestas* y, en tal sentido, derecho, debe remitirse en su contenido al analogado principal, es decir, ser justa, aun cuando el *test* de razonabilidad que permite identificar un derecho subjetivo con contenido justo, y, por tal razón, derecho propiamente, no siempre es sencillo¹⁰⁷.

¹⁰⁴Lalanne, Julio E. Derechos subjetivos y persona humana. En Prudentia Iuris, Facultad de Derecho de la Univ. Católica Argentina, n°74, 2012, pp.100-101

¹⁰⁵Sanz, Carlos Raúl. Sobre el derecho y el proceso, La Ley 1983-B, 875, Cita Online: AR/DOC/961/2001. Consulta: 04-01-2019

¹⁰⁶Cfr. Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág.234.

¹⁰⁷Conte-Grand, Julio. *Derecho y Ley* en Sánchez Herrero, Andrés (dir.). Tratado de Derecho Civil y Comercial, tomo I, pto.3.4. 2. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016.

Apartándonos de las corrientes antes mencionadas, pero aun desde una óptica del derecho natural - pero inmanentista - podemos decir que quien señaló al derecho como facultad o potestad del sujeto fue Hugo Grocio en su obra *De iure belli ac Pacis*. Indudablemente, Grocio ha jugado un papel importante en el desarrollo de la teoría de la propiedad, partiendo de lo que ahora se denomina derecho subjetivo. Michel Villey ha demostrado con gran fundamento, que la idea de un derecho subjetivo está en la base de su célebre fórmula de que "... la esencia de la justicia y primera regla del Derecho, en sentido estricto . . ., es abstenerse religiosamente de lo que pertenece a otro"¹⁰⁸

Desde un punto de vista filosófico ejerció gran influencia el pensamiento de René Descartes en el concepto subjetivista del derecho. En efecto, "...la revolución de la subjetividad, promovida por Descartes, permite la construcción de un nuevo horizonte para la configuración de los problemas morales y jurídicos: a partir de allí, el mundo objetivo y rígido del sentido dado de antemano por estructuras externas al ser humano (naturaleza o Dios) comienza a desmoronarse y el ser humano, por medio de su consciencia, pasa a ser el «constructo del sentido.» ... El yo es aquello que no puede ser puesto en duda. De ese modo, antes de la teoría del mundo (ese sí, objeto de duda), debe situarse la teoría del sujeto. De aquí en adelante, la teoría del conocimiento es el fundamento de la filosofía que la hace moderna, diferenciándola de la medieval..."¹⁰⁹ Y desde allí se proyectará al mundo jurídico que ya venía desarrollando una concepción del derecho como atributo del sujeto, tal como hemos expuesto anteriormente.

Posteriormente, pero siguiendo el derrotero trazado, podemos decir que "...Kant distingue entre legalidad (Legalität) y Moralidad (Moralität). Su diferencia radica en que, mientras que la legislación jurídica se dirige al comportamiento externo, por su parte, la legislación ética rige el comportamiento interno. De acuerdo con esta distinción entre un *forum externum* y un *forum internum*, Kant afirma que para el cumplimiento de los deberes jurídicos basta la «legalidad» del actuar, obrar conforme al deber, esto es, la obediencia externa del mandato, aunque se disienta interiormente; mientras que el cumplimiento de los deberes de la virtud requiere la «moralidad» de la convicción, esto

¹⁰⁸Feenstra, Robert, *Grocio y el derecho privado europeo*. Anuario de Historia del Derecho Español. Año 1975, p. 618. Editado por Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 1975. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1251629.pdf> Consulta: 11-01-2019

¹⁰⁹Streck, Lenio Luiz. *Las transformaciones del derecho: clasicismo y contemporaneidad*. Anuario de Filosofía del Derecho, 2016. Editado por Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2016. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2016-10003700052 Consulta: 13-01-2019.

es, obrar por estímulo del deber mismo o, lo que es lo mismo, el respeto a la ley. Así lo expresa Kant en sus Principios Metafísicos del Derecho: «La conformidad o la no conformidad pura y simple de una acción con la ley, sin tener en cuenta sus motivos, se llama legalidad o ilegalidad. Pero esta conformidad, en la cual la idea del deber deducida de la ley es al mismo tiempo un móvil de acción, es la moralidad de la acción» (Kant, 1873: 25). La tesis de la distinción del Derecho y la Moral que da predominio a la esfera de lo inmanente obtuvo una sólida fundamentación legal, que hoy en día conserva la validez y poder de convicción, sobre todo, la tesis de que el poder público no sólo está sujeto al derecho natural ... «el derecho –dice Kant– no tiene absolutamente por objeto más que lo que concierne a los actos exteriores, el derecho estricto, aquel en que no se mezcla nada propio de la moral, es el que no exige más que principios exteriores de determinación para el arbitrio; porque en este caso es puro y sin mezcla de precepto alguno moral. Solamente, pues, el derecho puramente exterior puede llamarse derecho estricto. Este derecho se funda, a la verdad, en la conciencia de la obligación de todos según la ley; pero, para determinar el arbitrio en consecuencia de esta obligación, el derecho estricto puro no puede ni debe referirse a esta conciencia como móvil; por el contrario, debe apoyarse en el principio de la posibilidad de una fuerza exterior conciliable con la libertad de todos según leyes generales...El derecho y la facultad de obligar son, pues, una misma cosa»¹¹⁰

En el desarrollo de las visiones modernas del estado y del derecho, señala Antonio Posada al respecto: “Esta concepción, basada en atribuir al Estado un fin estrictamente jurídico, constituye un rasgo característico del mundo moderno: «La concepción elaborase a partir esencialmente de Grocio, bajo el influjo: 1.º, de la idea abstracta, formalista y material del derecho; 2.º, de la exaltación del individuo frente a los poderes políticos personales; 3.º, de la hipótesis del Estado de naturaleza, y 4.º, de la doctrina del pacto social. Un estudio del proceso de esta concepción encontrará antecedentes capitales en Rousseau, y desarrollos capitales en Kant»¹¹¹

¹¹⁰Manzanero, Delia. *El concepto kantiano del derecho: una revisión krausista*. Anuario de Filosofía del Derecho, 2017. Editado por Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2017(XXXVII), p. 127/131. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2017-10012500145 Consulta: 13-01-2019

¹¹¹Posada, Adolfo. *Tratado de Derecho político*. Tomo 1º, Introducción y teoría del Estado. Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1923, pp. 138-145. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/203774431/Adolfo-Posada-Tratado-de-Derecho-Politico-EL-ESTADO-1> Consulta: 05-09-2018

Sin perjuicio de señalar que autores muy respetados han puesto en duda la existencia misma del concepto derecho subjetivo -entre los que podemos señalar a León Duguit, Hans Kelsen, Karl Olivekrona y Alf Ross – al vincularlo con cuestiones metafísicas y por ende, ajenas al derecho, existe consenso en general en la doctrina sobre la existencia de tal concepto, aun cuando se debata sobre el origen y fundamento del mismo.

Sintetizando podemos afirmar la existencia de varias corrientes doctrinarias que postulan la existencia del derecho subjetivo. Veremos, brevemente, dichas corrientes.

El derecho subjetivo como voluntad: Esta corriente considera a la voluntad del individuo como elemento central del derecho subjetivo, en línea con el espíritu individualista y racionalista de la época. El primero en sostener una concepción voluntarista del derecho subjetivo fue Friedrich Carl von Savigny, quien entendía que el derecho subjetivo era un poder de la voluntad individual, en cuyos límites el individuo reinaba con consentimiento de todos, en una suerte de interpretación afinada del espacio de autonomía o libertad kantiano. Continuador de esa línea de pensamiento, Bernhard Windscheid elaboró el siguiente la idea que el derecho subjetivo no era otra cosa que un poder o señorío de la voluntad concedido por el ordenamiento jurídico al individuo¹¹².

El derecho subjetivo como interés: elaborada por Rudolf von Ihering quien consideró que el elemento central del derecho subjetivo era, no la voluntad del individuo, sino más bien su interés. Para formular su teoría, Ihering partió de la comprobación de que la voluntad no podía constituir el elemento esencial del derecho subjetivo al existir supuestos en los cuales sujetos sin voluntad, como los niños o los enfermos mentales, eran titulares de derechos subjetivos. De ahí consideró que la verdadera esencia del derecho subjetivo no era el querer sino más bien el aprovechar. En efecto, según Ihering, el derecho subjetivo no existía para realizar una voluntad "abstracta" o vacía, sino para procurar al individuo un servicio, utilidad o ventaja; en suma, un bien. Por ello, la sustancia de aquél no podía ser la voluntad - subjetiva-, que era tan solamente la fuerza motriz del Derecho, sino más bien el interés... La definición así esbozada fue, empero, objeto de una ulterior precisión... el derecho subjetivo consistía, más exactamente, en un

¹¹²Ver en tal sentido: Windscheid, Bernhard. *Tratado de Derecho Civil Alemán*. Tomo I. Vol.1 Traducido por Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987. p. 135.

interés que jurídicamente se protegía a sí mismo; o en otras palabras, en un interés cuya tutela era realizada mediante una acción concedida al derechohabiente¹¹³

Comentando a Ihering, Cifuentes sostiene que el autor "*Considera que el derecho privado existe para asegurar al hombre un bien cualquiera, socorrerlo en sus necesidades, defender sus intereses y concurrir al cumplimiento de los fines de la vida. Dijo, finalmente: "Los derechos son intereses jurídicamente protegidos" y, "el interés es el valor en su relación particular con el sujeto y sus fines"*¹¹⁴

Teoría de la protección: Buscando otorgar mayor precisión al concepto de Ihering, August Thon consideró que el elemento esencial del derecho subjetivo no era el interés protegido sino más bien la protección del interés. Así postulaba que el derecho subjetivo, no era el interés que se protegía sino más bien el medio de protección de dicho interés, siendo esencial que el individuo investido con el mismo tuviese la facultad de utilizar dicha protección o, lo que es igual, que tuviese el poder de poner en marcha los imperativos que ordenaban a los órganos estatales la concesión de asistencia jurídica ante la violación de un precepto.

Contemporánea con la posición antes expuesta, George Jellineck esboza la llamada Teoría ecléctica. Para él, el derecho subjetivo era un bien o un interés protegido por el poder de la voluntad perteneciente al individuo. Sobre la base de esta definición, Michoud ensayó una otra muy parecida, aunque con la ventaja de enfrentar el problema de los casos de ausencia de voluntad en el sujeto titular del derecho. En efecto, para este último autor el derecho subjetivo era un interés jurídicamente protegido por la potestad reconocida a la voluntad para su representación y defensa. Si la voluntad faltaba en el sujeto portador del interés o, en otros términos, si éste no tenía ni la capacidad de representar dicho interés ni la de defenderlo, la voluntad operante de su derecho venía actuada por la de su representante legal.¹¹⁵

Otros autores, entre los que se destaca Francesco Ferrara entendieron que las concepciones de Jellineck y Michoud subordinaban en exceso a la voluntad al resaltar en

¹¹³Escobar Rozas, Freddy. *El derecho subjetivo Consideraciones en torno a su esencia y estructura*. Rev. Ius et Veritas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n°16-1998; Lima, 1998, p. 282. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15781/16214> Consulta: 20-11-2018

¹¹⁴Cifuentes, Santos E. *Los derechos personalísimos. Teoría general*. Revista del Notariado 730, 01/01/1973, p. 1299 Cita Online: AR/DOC/6433/2011 Consulta: 05-01-2019

¹¹⁵Escobar Rozas, Freddy. *El derecho subjetivo Consideraciones en torno a su esencia y estructura*. Rev. Ius et Veritas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n°16-1998; Lima, 1998, p. 283. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15781/16214> Consulta: 20-11-2018

demasiado el interés. El jurista italiano entendía que el interés era únicamente el fin hacia donde apuntaba el derecho subjetivo y que éste debía apoyarse en realidad en la fuerza jurídica que estaba al servicio del interés. Así sostenía que el derecho subjetivo no era sino el poder de la voluntad dirigido a satisfacer un interés protegido por la ley. “Siguiendo a Thon, Ferrara concebiría el derecho subjetivo como un efecto del Derecho objetivo. Así pues, la norma jurídica impondría deberes, y mientras que en ocasiones lo haría para conseguir fines generales, donde sólo el Estado puede obligar su cumplimiento, en otros casos perseguiría intereses particulares, siendo entonces cuando deja su cumplimiento a disposición del individuo otorgándole un derecho subjetivo. Ferrara definiría el derecho subjetivo como “un poder jurídico que tiene por fuente el Derecho objetivo, que se dirige contra los otros hombres para obtener el cumplimiento de los deberes impuestos por las normas jurídicas con el fin de alcanzar la satisfacción de intereses humanos”. La propia existencia del derecho subjetivo se revelaría por la existencia de acción a favor del sujeto del derecho...”¹¹⁶

A modo de síntesis, podemos describir al derecho subjetivo en base a las siguientes consideraciones:

1. El derecho subjetivo es la facultad de obrar que se tiene para satisfacer un interés propio. Dicha facultad puede traducirse en un "poder" (entendido este término en un sentido muy lato) o en una pretensión. Lo primero ocurre cuando el titular del derecho subjetivo tiene la posibilidad de realizar su interés mediante un comportamiento propio. Lo segundo ocurre cuando tal titular tiene que recurrir a un tercero para lograr dicha realización.

2. El derecho subjetivo requiere de tres entidades que resultan imprescindibles para su existencia. Ellas son:

(i) el objeto del derecho subjetivo es aquella entidad (material o inmaterial) sobre la cual "recae" la facultad de obrar. Dependiendo del contenido de la dicha facultad, el objeto será una cosa (incluso ideal) o una conducta.

(ii) la garantía del derecho subjetivo es una situación jurídica subjetiva opuesta a él, que tiene la función de permitir

¹¹⁶Agudo González, Jorge. *Evolución y negación del derecho subjetivo*. Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 5, primer semestre/2011. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2952> Consulta: 13-01-2019.

- (a) su existencia
- (b) la realización del interés presupuesto en el mismo.

El deber jurídico general que "obliga" a todo tercero a no interferir en la efectiva satisfacción de los intereses ajenos, constituye una situación necesaria para la existencia de cualquier derecho subjetivo. El deber jurídico particular que obliga a un sujeto a efectuar cierta conducta o que "somete" a un individuo a la voluntad de otro, constituyen situaciones necesarias para la realización de ciertos derechos subjetivos.

(iii) la tutela del derecho subjetivo es una situación jurídica subjetiva de ventaja que nace a modo de reacción del ordenamiento jurídico ante la lesión (o el peligro de lesión) de un interés.

Dicha situación tiene como finalidad

- (a) eliminar el obstáculo que impide la satisfacción de un interés o
- (b) lograr la satisfacción de uno nuevo cuando el original hubiera desaparecido.¹¹⁷

Derechos personalísimos

Con carácter previo a ingresar en el análisis de los derechos personalísimos, entiendo necesario formular una serie de precisiones respecto de los derechos emergentes de la dignidad de la persona humana. Me estoy refiriendo a diversos derechos que resultan de la condición de la persona humana pero que no significan, estrictamente, lo mismo. Ellos son los derechos humanos, los derechos fundamentales y los derechos personalísimos.

La Corte Interamericana de DDHH expresa al respecto: *“Derechos Humanos o Derechos del Hombre en el contexto histórico-espiritual, que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados. Esta justificación racional implica la consideración de los Derechos*

¹¹⁷Escobar Rozas, Freddy. *El derecho subjetivo Consideraciones en torno a su esencia y estructura*. Rev. Ius et Veritas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n°16-1998; Lima, 1998, p. 298. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15781/16214> Consulta: 20-11-2018

Humanos como derechos naturales, a este fundamento lo denominan iusnaturalista racionalista”¹¹⁸

La definición antes expuesta, como vemos, bien puede extenderse a los derechos personalísimos si no efectuamos una serie de precisiones que nos permitan delimitar los campos de acción de unos y otros. Afirmar que son derechos que el hombre posee porque es hombre, por su naturaleza y dignidad, que le son inherentes y que son reconocidos por la sociedad política son predicados atribuibles tanto a los derechos humanos como a los derechos personalísimos. Por ello debemos avanzar en la búsqueda de elementos que diferencien ambos tipos de derechos

Las Naciones Unidas, en su página web, sostiene que “Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna.”¹¹⁹

En este caso hay una particularización de los derechos que deben ser considerados como derechos humanos, ya que la condición de inherentes a los seres humanos, en igualdad de goce sin distinciones no parecería suficiente para establecer la diferencia.

El jurista venezolano Pedro Nikken Bellshaw¹²⁰ agrega una nota que resulta distintiva entre los derechos humanos y los derechos personalísimos. Entiende, en tal sentido, que la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. En tal sentido expresa: “*La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el*

¹¹⁸CIDH. ¿Qué son los Derechos Humanos? Evolución Histórica. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/15872r.pdf> Consulta: 14-01-2019. En igual sentido: Truyol y Serra, Antonio. Los Derechos Humanos. Editorial Tecnos. Madrid, 1979, p. 6

¹¹⁹ONU. Derechos Humanos. En: <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html> Consulta: 14-01-2019

¹²⁰exmiembro – 1979/1989- y expresidente – 1983/1985- de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos”¹²¹

¿Es, entonces, válido decir que los derechos humanos tutelan a la persona frente a los poderes públicos, en tanto que los derechos personalísimos nacen de relaciones de derecho privado?

No parece que la cuestión resulte tan clara porque pueden darse situaciones de violaciones de DDHH por parte de organizaciones no estatales¹²² y, a la inversa, el estado puede vulnerar derechos personalísimos¹²³, por lo que la distinción no resulta, a mi entender, satisfactoria.

Debe ponderarse, a fin de responder tal interrogante, que el problema de deslinde entre derechos humanos o derechos fundamentales¹²⁴ y derechos de la personalidad radica en la propia historia de formación del concepto. Mientras que los primeros nacen fundamentalmente en la órbita del derecho constitucional (p. ej. Nuevas constituciones post segunda guerra mundial), del derecho penal (ej. Estatuto Penal Internacional o Estatuto de Roma de 1998) y del derecho internacional (ej. Declaración Universal de los DDHH), los derechos de la personalidad o personalísimos fueron identificados y desarrollados por la doctrina civilista desde finales del siglo XIX y eran un útil mecanismo de impulso y protección de la personalidad humana. Con el doble intento de superar el tratamiento meramente formal de la persona y dotar de un mínimo contenido al resguardo de valores inherentes a ella, en el ámbito del derecho privado se crea una

¹²¹Nikken Bellshaw, Pedro Antonio. *El concepto de Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf> Consulta: 14-01-2019

¹²²Sean estas paraestatales – p. ejemplo la Triple A en Argentina o el Interahamwe en el genocidio de Ruanda de 1994 o en conflicto con el estado -vgr. organizaciones terroristas como las Farc en Colombia-

¹²³TEDH, asunto *Peck vs. United Kingdom*. Ver nota 225.

¹²⁴ Vale aclarar, coincidiendo con la Dra. Plovianich que por “derechos fundamentales, estamos señalando que algunos derechos humanos han sido positivizados, esto es, incorporados en las Constituciones y han sido dotados por ellas de medidas especiales de garantía frente al Estado, especialmente de garantías jurisdiccionales. No parece ser otra la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales: se trata en el fondo, de limitar las facultades de los poderes legislativo y ejecutivo mediante la imposición del respeto a ciertas libertades individuales que tales poderes no pueden menoscabar o solo pueden hacerlo en forma tasada, limitada y transitoria. Es decir, derechos fundamentales serían un núcleo o círculo más restringido de derechos humanos especialmente protegido por la Constitución a través de especiales mecanismos de garantía que, en general pero no exclusivamente, contemplan la defensa frente a la invasión o menosprecio por parte de los poderes públicos” en Plovianich, María Cristina. *Enfoque constitucional de los derechos de la personalidad*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/enfoque-constitucional-de-los-derechos-de-la> Consulta: 20-12-2018.

específica categoría de derechos subjetivos que se adaptara mejor al objeto sobre el que recae¹²⁵.

Indudablemente existen protecciones o salvaguardas que se superponen, algunas son protegidas por los derechos humanos y otras por los derechos personalísimos y es por ello que actualmente es habitual encontrar que existen protecciones de naturaleza constitucional en relación a derechos históricamente protegidos por el derecho privado. Este fenómeno se ha dado en llamar “constitucionalización del derecho privado”¹²⁶. En nuestro país, se ha dado con fuerza en el orden constitucional provincial en relación con los derechos personalísimos, así los derechos a la privacidad, al honor y a la imagen fueron incorporados en las tutelas y garantías constitucionales (Chaco, Chubut, Córdoba, Jujuy, Salta, Santiago del Estero, Tierra del Fuego)¹²⁷

“...en este camino de construcción de protecciones, las Constituciones han ido trascendiendo las libertades públicas, incorporando derechos inherentes a la condición de persona y creando mecanismos de garantía. Esto permite pensar que es más claro, entender que la categoría de los derechos de la personalidad forma un círculo concéntrico

¹²⁵Plovovich, María Cristina. *Enfoque constitucional de los derechos de la personalidad*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/enfoque-constitucional-de-los-derechos-de-la> Consulta: 20-12-2018

¹²⁶Julio César Rivera señala, en general, las siguientes cuestiones propias del derecho privado que fueron incorporadas al texto constitucional: “... una regla sobre reparación del daño ambiental, incorporada al artículo 41, primer párrafo, in fine, que dice: El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley; el artículo 42 se dirige íntegramente a la protección del consumidor y usuario de bienes y servicios, a quienes reconoce derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno (primer párrafo); el artículo 43, tercer párrafo, autoriza el ejercicio de la acción de amparo para que la persona concernida pueda tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. Por otro lado, el artículo 75 (ex art. 67) incluye un inciso 22 que en su primer párrafo incorpora una regla fundamental en materia de fuentes del Derecho al establecer que Los tratados y concordatos tienen una jerarquía superior a las leyes. Con lo cual incorpora a la Constitución el criterio que doctrinariamente tenía vasta aceptación, pero que la Corte Suprema sólo legitimó a partir del *leading case* “Ekmekdjian c/Sofovich”(Fallos 315:1492)” en Rivera, Julio César. *El Derecho Privado Constitucional*. Cita: RC D 970/2012. Tomo: 1994 7 Derecho Privado en la reforma constitucional. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994

¹²⁷**Chaco:** art.15: La Provincia, dentro de la esfera de sus atribuciones, garantiza a todas las personas el goce de los siguientes derechos: 2) Al honor, a la intimidad y a la propia imagen., **Chubut:** Artículo 18. Todos los habitantes de la Provincia gozan de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y la presente, con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio. En especial, gozan de los siguientes derechos: ... 3. Al honor, a la intimidad y a la propia imagen, **Córdoba:** Artículo 19.- Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: ... 2. Al honor, a la intimidad y a la propia imagen. **Jujuy:** Artículo 24: PROTECCION DE OTROS DERECHOS PERSONALISIMOS. Los derechos al nombre, a la imagen y otros derechos personalísimos están reconocidos y protegidos por esta Constitución y la ley. **Salta:** Artículo 17: DERECHOS FUNDAMENTALES. Todos los habitantes de la Provincia son, por naturaleza, libres y tienen derecho a defenderse y ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad, actividad, prosperidad, intimidad personal y familiar, así como en su propia imagen. Ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o sentencia fundada en ley. **Santiago del Estero:** Artículo 16.- Derechos individuales. Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: ... 3. Al honor, a la intimidad, al nombre y a la propia imagen. **Tierra del Fuego:** Artículo 14.- Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: ... 3 - Al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

dentro del más general de los derechos fundamentales, que se caracteriza por un específico mecanismo de tutela que se superpone al sistema de protección establecido en la Constitución y sus normas de desarrollo, de modo que potenciar su autonomía sería inútil e induciría a confusión. Es más claro, un entendimiento de los derechos de la personalidad como un círculo de derechos inserto en el ámbito general de los derechos fundamentales; algunos lo están de modo explícito, otros se pueden derivar o entender que están implícitos, art. 31 y 33 de la Constitución Nacional¹²⁸. De los derechos humanos se ha pasado, a través de su consagración en los textos constitucionales a los derechos fundamentales, dentro de éstos se señala la presencia de unos específicos derechos fundamentales: los derechos de la personalidad. Todos los derechos de la personalidad, desde esta perspectiva, son derechos fundamentales; pero no a la inversa”¹²⁹

Esta cuestión resulta especialmente relevante en cuanto se pueden presentar conflictos entre los derechos reconocidos y consagrados constitucional y convencionalmente y corresponde al juzgador resolver, en caso, cuál de los derechos prima por sobre el otro. No es infrecuente, en tal caso, la existencia de conflictos entre derechos constitucionales (vgr. libertad de expresión) frente a derechos personalísimos (derecho a la intimidad, honor o imagen), siendo que todos ellos gozan de tutela constitucional y convencional.

Axiológicamente, la cuestión plantea una controversia iusfilosófica, según la cual el posicionamiento que se tenga en relación con la entidad de los derechos en juego - reiteramos, siempre con resguardo constitucional-convencional y por ende, de difícil jerarquización-, y con ello de los valores jurídicos comprometidos en el conflicto, determinará la respuesta que se brinde en cada caso. Un primer interrogante es si cabe aceptar que, dentro del elenco pensable de derechos y garantías con tutela constitucional, es procedente formular nóminas de precedencia. En la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente se ha consignado que cuando la cuestión a resolver enfrenta derechos o garantías de rango constitucional, debe propenderse a su conciliación. Doctrinariamente se ha sostenido al respecto por Barcesat que la mención a "todos" y

¹²⁸Conf. Salvadores de Arzuaga, Carlos I. Dignidad, intimidad e imagen: la cuestión constitucional. LL 1998-D-43. Cita -Online: AR/DOC/17376/2001. Consulta: 17-01-2019. Allí expresa: "Por último, el derecho a la imagen que no se encuentra -expresamente enunciado en la Constitución, pero que conforme lo que venimos desarrollando tiene la protección del art. 33 y deriva de la dignidad humana".

¹²⁹Montés Penadés, V.L., *Derecho Civil- Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p.251 y sgtes, citado por Plovovich, María Cristina. *Enfoque constitucional de los derechos de la personalidad*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/enfoque-constitucional-de-los-derechos-de-la> Consulta: 20-12-2018.

"para todos" que la Constitución Nacional propone en los arts. 14, 18 y 116 expresa una doble igualdad: la de los sujetos y la de los derechos enunciados por ella."¹³⁰

En ese contexto debe considerarse el carácter relativo de los derechos garantizados constitucionalmente, a tenor de lo dispuesto en los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional¹³¹

En tal sentido, expresa Daniel Ramón Pizarro que "las diferentes limitaciones que pueden experimentar los derechos constitucionales constituyen un componente indispensable de la libertad y forman parte de su propia esencia. Algunas de esas limitaciones son intrínsecas, esto es, derivadas del propio objeto del derecho. De allí la necesidad de analizar con detenimiento sus alcances cualitativos y cuantitativos. Los denominados límites internos o intrínsecos representan una cuestión de delimitación más que de limitación... Otras, en cambio son extrínsecas, es decir derivadas de la coexistencia con otros derechos o impuestas por exigencias del bien general. Conviene señalar que, así como los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, por lógica consecuencia tampoco asumen tal carácter sus límites. De allí la necesidad de armonizarlos cuando entren en conflicto...Es justamente la determinación de esas limitaciones extrínsecas e intrínsecas la que permitirá formular el juicio de antijuridicidad cuando se operen transgresiones"¹³². Por ello, "...no resulta posible considerar al derecho a la información como absoluto, debiendo ser necesariamente armonizado en el caso con las garantías constitucionales que imponen el cumplimiento de los deberes de veracidad informativa (art. 42 CN) y salvaguarda de los derechos personalísimos (art. 75 inc. 2 de la CN)"¹³³

Señalan Luis Moisset de Espanés y María del Pilar Hiruela de Fernández que la teoría de los derechos personalísimos es, en su formulación sistemática y método, una

¹³⁰Saux, Edgardo I. Conflicto entre derechos fundamentales. LA LEY2004-B, 1071 Cita Online: AR/DOC/11715/2003 Consulta: 12-05-2018. Con cita de CSJN, Fallos 255:293; 258:267; 302:640; etc. Sin embargo, ha habido también supuestos en los cuales el Tribunal Federal se ha expedido priorizando algún derecho fundamental por sobre otro, como aconteciera en el conocido caso "Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida" (La Ley, 1985-B, 120; ED 112-2421), en el cual se reconociera el derecho a la intimidad familiar de la accionante, viuda del viejo líder radical, por sobre el derecho de información del medio gráfico demandado y de Barcesat, Eduardo S., "A propósito del orden jerárquico de los derechos", ED 116-802.

¹³¹Meza, Jorge A. La responsabilidad civil de los sistemas buscadores de internet. RCyS2018-IX, 5 Cita Online: AR/DOC/1566/2018. Consulta: 24-01-2019

¹³²Pizarro, Daniel Ramón. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por información inexacta o agravante*, Ed. Hammurabi, 1999, p.153/154.

¹³³Galdós, Jorge, La libertad de prensa, la intimidad y la tutela inhibitoria de expresión. LA LEY 30/11/2017, 1. LA LEY 2017-F, 824. RCyS 2018-IV , 17. Cita Online: AR/DOC/2829/2017. Consulta: 28-01-2019.

obra del siglo XX, reconociendo que existen desarrollos anteriores, asistemáticos, que no resultan – a entender de los mismos – relevantes para su estudio y análisis.¹³⁴

Pese lo expuesto, Santos E. Cifuentes(h) cita como antecedentes remotos a los doctrinarios Baltasar Gómes de Amescua (*Tractatus de potestate in seipsum* del año 1609) y Samuel Stryck (*Ius hominis in se ipsum* de 1675)¹³⁵

Continuando con la referencia de Gómes de Amescua, éste sostenía que el derecho romano acordaba al hombre una indefinida potestas *in se ipsum* y que fue, precisamente, la propagación de las ideas del cristianismo lo que produjo un freno, al poner límites a la libre disponibilidad del propio cuerpo. Así, consideraba que era permitido suicidarse y encruelcerse, o sea, tratarse a sí mismo cruelmente, aunque aceptó que muchos decían lo contrario... Sin embargo, reconoce lo controversial del asunto, dada la máxima de Ulpiano al respecto: *dominus membrorum suorum nemo videtur*, (ninguna persona puede considerarse dueña de sus miembros) (I, 13, D. Ad. leg. Aquil., IX, 2), por lo que se contradecía el argumento y demostraba que el concepto de propiedad sobre el cuerpo humano no fue establecido. Nunca en el derecho romano el cuerpo fue una *res*...(Amescua) "...después de exponer la opinión común de que el hombre carece de toda potestad sobre sí mismo, sostuvo lo contrario: "ya por ley de la naturaleza, o por los preceptos de los derechos civil, canónico y regio, todo hombre tiene una potestas *in se ipsum*, en los límites establecidos por la ley". O sea, el derecho de hacer de sí mismo lo que quiera, salvo lo prohibido por aquélla. Era el *jus hominis in se ipsum*. La obra gira sobre dicha premisa y, en particular, se detiene en los límites de la potestad sobre la vida, cuerpo y fama, y las consecuencias que derivan de dicha potestad.¹³⁶

Samuel Styck, por su parte, nos continúa explicando Santos Cifuentes, que la idea directriz en el autor germano era que el *ius in se ipsum* se asienta, como se ha visto, en la libertad, la cual se aplica principalmente a la facultad de obligarse, limitándose a sí misma, pero no queda anulada. El alma, el cuerpo, la vida pertenecen a Dios o a los poderes que de él derivan: La Iglesia y el Estado (El Príncipe). El hombre no tiene ningún

¹³⁴ Moisset de Espanés, Luis y Hiruela de Fernández, María del Pilar. *Derechos de la personalidad*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en:

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artderechodelapersonalidad> Consulta:20-12-2018

¹³⁵Cifuentes (h.), Santos E. *Los derechos personalísimos. Orígenes, historiografía y derecho comparado. Segunda parte*. Revista del Notariado 729, 01/01/1973, 925. Cita Online: AR/DOC/6427/2011

¹³⁶Cifuentes (h.), Santos E. *Los derechos personalísimos. Orígenes, historiografía y derecho comparado. Primera parte*. Revista del Notariado 728, 01/01/1973, 593. Cita Online: AR/DOC/175/2012.

derecho; sólo en el interés de conservar íntegro el todo puede disponer limitadamente de las partes¹³⁷

Claramente las visiones filosóficas y jurídicas de construcción subjetiva (Descartes en adelante, con un claro eje en Kant, Locke y Hobbes) llevaron la idea de la existencia de determinados derechos, entendidos como manifestaciones de autonomía y libertad que impulsaron la posibilidad de protección de una serie de derechos del hombre sobre sí mismo-aun cuando de modo embrionario -, dado que el eje central de esas ideas estuvo dominado por la defensa del hombre y de su libertad (o de “sus” derechos) frente a la acción estatal. En esa línea se construyeron las protecciones y garantías constitucionales desde finales del siglo XVIII hasta la mitad del siglo XX, o sea los derechos fundamentales como salvaguarda de la intromisión estatal y como límite de su acción. Su insuficiencia, evidenciada con las flagrantes violaciones de los derechos humanos desde principios del siglo hasta nuestros días (Armenia, Holodomor ucraniano, Shoah, Ex Yugoslavia, Ruanda, etc.) generaron la necesidad de articular un sistema internacional y reforzar, en su caso, el nacional de protección de los DDHH que mejorara o hiciera eficaz el sistema de garantías (preocupación central en Norberto Bobbio). De este eje resultará el sistema internacional de los derechos humanos, con un eje conceptual distinto a los derechos personalísimos, aun cuando en el ámbito de algunos estados, estos últimos fueron incorporándose a su propio orden constitucional (vgr. art. 18.1. Constitución Española de 1978).

Tal como he expresado precedentemente, no se halla la dignidad de la persona ni los derechos que emergen de esta (honor, intimidad, imagen, sobre el propio cuerpo, etc.) en el Acta de la Declaración de Independencia de América del 4 de julio de 1776¹³⁸ ni en la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano aprobada por la Asamblea Constituyente del 26 de agosto de 1789¹³⁹ ni la ampliación votada por la

¹³⁷ Cifuentes (h.), Santos E. *Los derechos personalísimos. Orígenes, historiografía y derecho comparado. Primera parte*. Revista del Notariado 728, 01/01/1973, 593. Cita Online: AR/DOC/175/2012

¹³⁸En su segundo párrafo expresa: “Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla, o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad...” Ver: <http://hmc.uchbud.es/Materiales/DeclararUSA.pdf> Consulta: 24-10-2018

¹³⁹Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo

Convención Nacional el 23 de junio de 1793, e incorporada como preámbulo a la Constitución de 24 de junio de 1793.

Ningún texto político del período incorpora los derechos inherentes a la persona o de la personalidad como garantizados constitucionalmente. Inclusive el primer texto legal donde aparecen alguno de estos derechos es el Código Civil Austríaco (ABGB) de 1811 que en su artículo 16 declara que "Todo hombre tiene derechos innatos, evidentes por la propia razón, y por ello tiene que ser considerado como persona"

“En una línea similar, aunque más desarrollada, el Código Civil portugués de 1867 dedicaba varias de sus normas a los por él llamados "Derechos originarios" prescribiendo que los mismos son los que "resultan de la propia naturaleza del hombre y que la ley reconoce y protege como fuente y origen de todos los demás". Se regulaban por separado los derechos a la existencia, a la libertad, a la asociación, a la apropiación y a la defensa, y con carácter general se establecía que tales derechos eran inalienables y sólo limitables por ley expresa.

El nuevo código civil portugués de 1966 presenta una completa regulación sobre el tema en sus artículos 70 a 81. La consagración y tutela de los derechos personalísimos en Alemania se lleva a cabo parcialmente en el BGB. En dicho código se protege por un lado el derecho al nombre (art. 12) y por otro, en su artículo 823 responsabiliza civilmente a quien lesione lo que llama "bienes vitales": la vida, el cuerpo, la salud y la libertad (expresamente mencionados). En Suiza el Código, en sus artículos 28 y 29, y el Código de las obligaciones en el artículo 48, establecen una protección a lo que denominan "relaciones personales"... La regulación sobre la materia del Código Civil italiano de 1942 es incompleta y sólo contempla la prohibición de disponer del propio cuerpo, el derecho al nombre y a la propia imagen en sus artículos 5 a 10. El Código Civil francés, paradójicamente en contraposición con su estandarte revolucionario de libertad e igualdad, carece de una regulación específica de los derechos de la personalidad. En el

social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes;... la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios, los siguientes derechos del Hombre y del Ciudadano: Artículo 1º Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común. Artículo 2º – La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión... Artículo 4º - La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley... Artículo 5º - La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene..." Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf Consulta: 24-10-2018

curso del siglo XX dos leyes modificatorias han incorporado al derecho francés la protección a la vida privada (Ley 17.7.1970) y a la integridad física (Ley 29.7.1994).¹⁴⁰

En un esbozo general, finalmente, la mayoría de las Constituciones Nacionales, principalmente las posteriores a la Segunda Guerra Mundial, han consagrado de manera explícita y plena esta categoría de derechos subjetivos, así como en las legislaciones civiles (España; art.162.1 Cód. Civil texto reformado en 1981; Ley 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Bolivia; Código Civil de 1975, arts. 6 a 23. Perú; Código Civil de 1984, arts. 3 a 46. Brasil; Código Civil de 2003, arts. 11 a 21)

En la República Argentina, desde el punto de vista legislativo y analizando los precedentes, podemos destacar que no existió una regulación sistemática de los derechos de la personalidad hasta la sanción del Código Civil y Comercial del año 2015, aun cuando debemos mencionar regulaciones parciales que pueden ser considerados antecedentes y especialmente considerados en diversos proyectos de reforma. En cuanto a las regulaciones parciales, cabe mencionar la legislación sobre propiedad intelectual n°11.723 que en su artículo 31 regulaba sobre el “retrato” (hoy llamado “imagen”). También la Ley 18.248 que establece la regulación del derecho al nombre; la incorporación del artículo 1071bis introducido al Código Civil en el año 1975 por la ley 21.173 de protección a la intimidad, en los siguientes términos: *“El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”*. Dicho artículo fue derogado y sustancialmente reproducido en el artículo 1770 del Código Civil y Comercial. También debemos mencionar la Ley 23.592, modificada por la Ley 24.782 que tutela el derecho a la igualdad, prohibiendo y penalizando los actos discriminatorios (art. 16 de la Const. Nac.); la Ley 24.417 de protección contra la violencia familiar que

¹⁴⁰Avalos Rodríguez, Gabriel E. *Derechos de la personalidad*. La Ley Online: AR/DOC/3603/2010. En igual sentido: Moisset de Espanés, Luis y Hiruela de Fernández, María del Pilar. *Derechos de la personalidad*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artderechodelapersonalidad> Consulta:20-12-2018.

tutela la integridad física y psíquica de las personas frente a eventuales lesiones o maltratos en el seno familiar y la Ley 24.192 de trasplantes de órganos y materiales anatómicos.

En cuanto a los proyectos de reforma, cabe mencionar el anteproyecto Bibiloni y el anteproyecto de 1954, ya que ambos se ocuparon de algunos de los derechos personalísimos, específicamente el caso del nombre, pero obviamente no tuvieron una regulación integral en la materia.

En general se considera que el primer autor que trató el tema de un modo sistemático en el derecho argentino fue Alfredo Orgaz en su obra “Personas individuales” cuya primera edición data del año 1946. Allí destaca de modo elogioso la revaloración del concepto de persona, como centro de atribución de derechos y obligaciones y equiparando, en una igualdad jurídica, el concepto de “hombre” y “persona”. Para este autor, la personalidad es, en consecuencia, un procedimiento técnico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro”¹⁴¹

Orgaz no acepta que se trate de derechos subjetivos, sino que son para él "presupuestos jurídicos de la persona individual" protegidos por la ley. Apoya, pues, la tesis negativa. Con el título: "bienes personales protegidos", examina luego cada caso particular incluyendo la vida, integridad corporal, libertad e integridad moral. El nombre, en cambio, figura bajo la 36 sección, intitulada: "Atributos jurídicos de la persona" porque a su criterio en modo alguno configura un bien jurídico protegido, lo denomina simplemente “institución de la policía civil” para distinguir a las personas entre sí.¹⁴²

Otros autores, como Isidro Satanowsky, al estudiar la obra intelectual analizó en particular el problema de la imagen retratada, y aceptó que corresponde a una derivación del derecho a la personalidad.¹⁴³; Werner Goldschmidt apoya la teoría y reclama la organización de las defensas sobre la esfera íntima de la persona.¹⁴⁴

En su Tratado, Raymundo Salvat, mencionó y admite los derechos de la personalidad. Así, al hacer la clasificación general de los derechos los colocó como un conjuntó destinado a proteger el reconocimiento, la integridad y el libre desenvolvimiento

¹⁴¹Orgaz, Alfredo. *Persona Individual*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1946, 1°ed., p. 12

¹⁴²Cifuentes Santos E (h.). *Los derechos personalísimos. Orígenes, historiografía y derecho comparado. Segunda parte*. Revista del Notariado 729, 01/01/1973, 925 Cita Online: AR/DOC/6427/2011

¹⁴³ Satanowsky, Isidoro. *Derecho intelectual*, Tipográfica Editora Argentina (TEA) Bs. As., 1954, t. II, págs. 65 a 72,

¹⁴⁴ Goldschmidt, Werner. *La ciencia de la justicia (Dikeología)*, Ed. Aguilar, Madrid, 1958, págs. 194 y ss.

de la personalidad humana, tanto en el aspecto físico cómo en el moral e intelectual. Luego, al tratar la composición del patrimonio, excluyó al derecho a la vida, al honor, a la libertad, etc., cuyo estudio consideró atinente a la rama constitucional¹⁴⁵.

Guillermo A. Borda¹⁴⁶ y Jorge Joaquín Llambías¹⁴⁷ adscriben a quienes reconocen su existencia, considerándolos derechos subjetivos, aun cuando ninguno de los mencionados tratadistas le dispensa una atención especial.

Mención especial merece el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Córdoba en 1969. Uno de cuyos temas fue; “Los Derechos de la Personalidad y su Protección Legal. Antecedentes. Despachos. Consideración”

Santos Cifuentes considera que esta cuestión cambió, en cuanto al interés doctrinario, legal y jurisprudencial, luego de la realización del Congreso mencionado¹⁴⁸. Por ello, parece especialmente interesante destacar algunos aspectos allí tratados.

Así la comisión correspondiente acordó: “...*DESPACHO EN MAYORÍA La Comisión Encargada del estudio del Tema N° 2, después del análisis de las ponencias presentadas y las observaciones formuladas, por las razones que en vuestro seno dará el Miembro informante, aconseja aprobar el siguiente despacho: El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, RECOMIENDA: 1 °) Que en una futura revisión del Código Civil se incorpore una legislación orgánica sobre los derechos de la personalidad, en cuanto derechos subjetivos de carácter especial. 2 °) La reglamentación comprenderá los siguientes tópicos: A) Protección de la vida y de la integridad corporal. Regulación jurídica de los actos de disposición del propio cuerpo. B) Protección de la integridad moral. Derecho a la propia imagen. Derecho a la intimidad de la vida privada. C) Derecho al reconocimiento de la propia individualidad. Derecho al nombre y al seudónimo. José A. Buteler - Lisandro O. de la Torre - Jorge A. Carranza - Luis Moisset de Espanés - María Antonia Leonfanti -Alberto R. Bonadero - Jorge Fraga - Rafael A. Sassot - Patricio J. Raffo Benegas - Alberto J. Pardo - Salvador Hermes Martínez - Ángel González del Cerro - Jorge S. Antoni -Luis Rodolfo Arguello - Hernán Racciatti - Ketty*

¹⁴⁵Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*. Tipográfica Editora Argentina (TEA) Bs. As., 1960, tomo I, p. 37 y ss

¹⁴⁶Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, t. I, págs. 259 a 268, Ed. Perrot, Bs. As., 1959, 3ª ed, págs. 259 a 268.

¹⁴⁷Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil. Parte general*, Ed. Abeledo-Perrot - La Ley Bs. As., 2013, t. I, págs. 261 a 271

¹⁴⁸Cifuentes Santos E (h.). *Los derechos personalísimos. Orígenes, historiografía y derecho comparado. Segunda parte*. Revista del Notariado 729, 01/01/1973, 925 Cita Online: AR/DOC/6427/2011.

*Ruth Beascochea - Alejandro Ossola. DESPACHO EN MINORÍA ... teniendo en cuenta que aun cuando los derechos de la personalidad tienen en la Constitución Nacional reconocimiento genérico expreso e implícito, es aconsejable que algunas de sus consecuencias sean concretamente reguladas. Por consiguiente, propicia la aprobación del siguiente despacho: El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, RECOMIENDA: Se incluyan en el Código Civil o en leyes especiales, preceptos que regulen las consecuencias civiles del principio constitucional del respeto a la personalidad humana, como pueden ser, entre otros, los relativos a los derechos a la intimidad, a la imagen y a las disposiciones del propio cuerpo. José María López Olaciregui - José María Puccio - Luis F. Bouzat - Iván Díaz Molina - Lisardo Novillo Saravia - Ernesto Nieto Blanc - Humberto Guillermo Carranza... ”*¹⁴⁹

Volviendo a los proyectos de reforma, cabe mencionar especialmente el Proyecto de Reforma al Código Civil del año 1998, que en los Fundamentos, en el numeral 15 del Título I – De la persona humana- expresa: “Se incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad, largamente reclamado por la doctrina argentina; también se ha tomado en consideración la incorporación a la Constitución del derecho supranacional de derechos humanos, que requiere una reglamentación infraconstitucional cuyo lugar es el Código Civil. Se reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, al honor, a la imagen y a la identidad. Se regula el derecho a la disposición del propio cuerpo, sobre la base de que el consentimiento del sujeto tiene límites en la ley, la moral y las buenas costumbres, así como que no es admisible consentir actos que importen la pérdida de la vida o una disminución permanente y grave de la integridad física. Se prohíben las prácticas eugenésicas, salvo que estén dirigidas a evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas; en este punto se han seguido las directivas que provienen de las más modernas legislaciones sobre la materia, así como recomendaciones provenientes de congresos, jornadas y de comités que han sido formados en otros países para estudiar expresamente la ética de ciertas prácticas biogenéticas. Se establecen derechos del paciente, y se consagra el *consentimiento informado*, materia largamente tratada en la doctrina argentina. Finalmente se establece un régimen sobre la disposición del cadáver,

¹⁴⁹IV Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba 22-27 de setiembre de 1969. Ed. Universidad Nacional de Córdoba. Tomo I, p. 95 y ss. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/actascuartocongresotomouno2.pdf/view> Consulta: 05-01-2019

lo que se ha hecho siguiendo las bases de los criterios de la jurisprudencia existente sobre el punto.”¹⁵⁰

A partir de allí se incorporarán en todos los proyectos que le siguieron la tutela de los derechos personalísimos hasta el Código Civil y Comercial de 2015.

Moisset de Espanés e Hiruela de Fernández los definen en estos términos: “*los derechos de la personalidad –también denominados derechos personalísimos– son aquellos que “corresponden innatamente a toda persona, desde antes de su nacimiento y hasta su muerte, y que le garantizan el íntegro ejercicio y desenvolvimiento de sus atributos esenciales para así poder desarrollarse plenamente en su humanidad”*”¹⁵¹. En idénticos términos lo hace Gabriel Ávalos Rodríguez¹⁵²

Santos Cifuentes expresa que los derechos personalísimos son: “*derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical*”¹⁵³.

Jorge H. Alterini incorpora en su obra la definición de Julio Cesar Rivera y expresa que los derechos personalísimos reconocen y garantizan a la persona humana el goce de su propia entidad e interioridad en todas sus manifestaciones físicas y espirituales. Son derechos subjetivos que le pertenecen por su condición humana y que “se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral”¹⁵⁴

Los derechos personalísimos son una emanación necesaria del concepto de dignidad de la persona humana¹⁵⁵, idea central que emana del sistema internacional de los

¹⁵⁰Leiva Fernández, Luis P., Proyecto del Código Civil de 1998. Disponible en:

http://www.leivafernandez.com.ar/?page_id=29 Consulta: 15-01-2019

¹⁵¹Moisset de Espanés, Luis y Hiruela de Fernández, María del Pilar. *Derechos de la personalidad*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en:

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artderechodelapersonalidad> Consulta:20-12-2018

¹⁵²Avalos Rodríguez, Gabriel E. *Derechos de la personalidad*. Publicado en: La Ley Online: AR/DOC/3603/2010. Consulta:05-01-2019. También disponible en: <https://www.derechoprivado-unr.org/desarrollo-tematico/derechos-personal%C3%ADsimos/> Consulta: 14-01-2019

¹⁵³Cifuentes (h.), Santos E. *Los derechos personalísimos. Teoría general*. Revista del Notariado 730, 01/01/1973, 1299 Cita Online: AR/DOC/6433/2011, Capítulo VI.

¹⁵⁴Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético*, Tomo I, art. 51, pto.2, p.432/433. En igual sentido: Rivera, Julio Cesar. *Instituciones de derecho civil. Parte general*, 5ª edición, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2010, Tº I, p. 681.

¹⁵⁵La inviolabilidad de la persona y el reconocimiento en cada individuo de su dignidad, constituyen el fundamento de todos los derechos reconocidos en el Código. En otras palabras, los derechos de intimidad, imagen, honor —entre otros— son reflejos de la dignidad personal. De ello deriva que la enumeración que se hace en el artículo siguiente no sea taxativa, sino meramente enunciativa. En definitiva, la persona tiene derecho a la reparación del daño causado por cualquier conducta que de algún modo afecte su dignidad” (Irene Hooft, en Graciela Medina y Julio C. Rivera [directores] y Mariano Esper [coordinador], *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I*, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 203).

Derechos Humanos, que hemos incorporado a la Constitución Nacional, como veremos infra. Por ello, la incorporación de los derechos personalísimos en el articulado del Código Civil y Comercial, está íntimamente vinculada al proceso de integración del derecho civil con la Constitución Nacional—la llamada constitucionalización del derecho civil- donde la base legal de estos derechos está asentada no sólo en los textos civiles propios del derecho privado (que en general no lo contenían, ver en tal sentido la nota al artículo 2312 del Código Civil¹⁵⁶) sino en la incorporación de los mismos a través del sistema internacional de Derechos Humanos que a su vez, en nuestro caso, se hallan incorporados al texto constitucional de 1994.^{157 158}

Todos ellos se apoyan en el concepto de la dignidad de todos los seres humanos, que, en nuestro caso, es expresamente receptado en los artículos 51 y 52 del CCyC.

Conclusiones

A modo de síntesis, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

1) La mayor parte de la doctrina considera los derechos personalísimos se hallan protegidos constitucionalmente por doble vía. Por un lado, tutelados como aquellos derechos implícitos garantizados en el artículo 33 de la Constitución Nacional y por la otra, con la incorporación, en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución, del sistema internacional de los Derechos Humanos, a través del concepto de dignidad de la persona humana¹⁵⁹.

¹⁵⁶ “Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales como ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien in jure.”

¹⁵⁷ Los redactores del Anteproyecto del Código Civil y Comercial lo resumen así: Se incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad, largamente reclamado por la doctrina argentina; a ese fin se ha tomado en consideración la incorporación a la Constitución del Derecho supranacional de Derechos Humanos, cuya reglamentación infraconstitucional debe tener lugar en el Código Civil. El capítulo se abre con una declaración acerca de la dignidad de la persona humana y se reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, honor, imagen e identidad. Ver, Navarro Floria, Juan G., “Los Derechos personalísimos”, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derechos-personalisimos-navarro-floria.pdf>, nota 4

¹⁵⁸ Rivera, Julio C., "Derechos y actos personalísimos en el Proyecto", en *Pensar el derecho*, año 1, núm. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, p. 148.

¹⁵⁹ Tanto la Carta de las Naciones Unidas (1945), como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), entre otros documentos, consagran este principio, reconociéndolo como fundamento último de los derechos humanos. Como es bien conocido, la Declaración de 1948 establece, en su Preámbulo, 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*”¹⁵⁹. Interesa hacer notar que, en este texto, y en el resto de las Declaraciones y Convenios internacionales que le seguirán, la dignidad se atribuye, expresamente, a todos los seres humanos. En igual sentido, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1963, afirma en su Preámbulo:

2) La dignidad consagrada convencionalmente y a través del Código Civil y Comercial remite a la idea, ya mencionada, de que la persona es un fin en sí mismo, por lo que nunca debe ser tratada como un medio, mereciendo un respeto incondicionado. Las personas no son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, seres cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medio. Los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por lo tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es objeto de respeto).

3) Las ideas expuestas en el punto anterior, tienen una clara reminiscencia kantiana, que, en línea con el pensamiento de Habermas, es el numen e inspirador de la moderna concepción de los derechos humanos.

4) Se considera que la dignidad que todo hombre tiene por el hecho de serlo constituye una determinación axiológica formal, independiente de los contenidos de la conducta.¹⁶⁰

5) La igual y esencial dignidad de toda persona humana no es estrictamente un “derecho”, sino el fundamento de los derechos que le deben ser reconocidos¹⁶¹. En línea con ello, cabe decir que “junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de esta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Del sentido de estos, puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta

“Considerando que la Carta de las Naciones Unidas está basada en el principio de dignidad e igualdad de todos los seres humanos...”. Y en su artículo 1º, este texto sostiene que: *“La discriminación entre los seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico es un atentado contra la dignidad humana...”*. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor el 3 de enero de 1976, afirma en su Preámbulo: *“Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente de la persona humana...”*. En iguales términos se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al afirmar que *“estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”*.

¹⁶⁰ Millán Puelles, Antonio. *Sobre el hombre y la sociedad*. Rialp, Madrid, 1976, pág. 98. Antes de ello, en la citada obra expresa: “cuando se habla, en general, 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 una persona, tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional” (p.16).

¹⁶¹ Navarro Floría, Juan G., “Los Derechos personalísimos”, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derechos-personalissimos-navarro-floria.pdf>

singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.¹⁶². En suma, la dignidad opera a modo de principio interpretativo en el análisis de los derechos personalísimos.

6) La persona como sujeto de las relaciones jurídicas y la sumisión a ella de todos los bienes y valores jurídicos hace que esta especial dimensión —resultante de su naturaleza humana y en razón de su dignidad—, antes que "tener" y además con un rango más primario, necesite ser protegida en la realidad de su "ser". El orden jurídico asume esa realidad y la tutela¹⁶³. En esta particular dirección se ubican los llamados derechos personalísimos o de la personalidad: ellos reconocen y garantizan a la persona humana el goce de su propia entidad e interioridad en todas sus manifestaciones físicas y espirituales. Son derechos subjetivos que le pertenecen por su condición humana y que "se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral"¹⁶⁴

7) El marco normativo referido a los derechos personalísimos se sustenta en el principio que informa que la persona humana es inviolable y que corresponde tutelar su dignidad. A juicio de Cifuentes, [l]os derechos personalísimos se asientan [...] en la persona en cuanto tal y por sus vinculaciones, pero en cuanto tal [...] asumen el ser y su trayectoria, de él derivan y hacia él se encaminan. Dicen y resguardan lo que es de él. No es que pueda sostenerse que tengan desprendimiento total de las repercusiones sobre el derecho de la sociedad, ni tampoco que lo contradigan, pero sí que la mirada del jurista cuando se dirige a ellos advierte la individualidad, hasta diría egoísta, pero no dañosa, seriamente comprometida con las esencias del ser en sí mismo¹⁶⁵

8) Los derechos personalísimos —también llamados derechos de la personalidad— son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares porque ello implicaría desmedro

¹⁶² Supremo Tribunal Constitucional (España), 11 de abril 1985, Recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983. Sentencia número 53/1985. BOE-T-1985-9096

¹⁶³ Lacruz Berdejo, José L. y otros, *Parte general del derecho civil*, José María Bosch, Barcelona, 1990, Vol. 2, Personas, p. 35, con la cita de López Jacoiste, Juan J., "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", ADC 1986-1059 citado por Alterini, Jorge H., "Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético", Tomo I, art. 51, pto.2, p.

¹⁶⁴ Alterini, Jorge H., "Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético", Tomo I, art. 51, pto.2, p.

¹⁶⁵ Conte-Grand, Julio en Sánchez Herrero, Andrés (director) y Sánchez Herrero, P. (Coord.) en *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Tomo I, pto. 5.1, p.175

o menoscabo de la personalidad¹⁶⁶. Finalmente, la doctrina entiende que posee las siguientes características: Son derechos subjetivos privados, innatos u originarios, vitalicios y necesarios, absolutos o de exclusión e inherentes a la persona, imprescriptibles y extrapatrimoniales¹⁶⁷

9) Existe cierto nivel de superposición en los conceptos derechos humanos, derechos fundamentales y derechos personalísimos, aunque es posible su discernimiento conceptual.

10) Es frecuente la colisión entre los derechos constitucionales y los derechos personalísimos y su resolución exige la aplicación de criterios hermenéuticos basados en principios y valores en el sentido expuesto en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial, especialmente el artículo 2º, de conformidad con los “Fundamentos al Anteproyecto del Código Civil y Comercial”¹⁶⁸.

Bibliografía

Álvarez, Agustín. El método del Código Civil Argentino, en *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-1961-1967). Edición literaria a cargo de Luis Moisset de Espanés*. Tomo I, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2009

Mari, Enrique. *Rudolf von Ihering y la interpretación finalista de la ley*, en Lecciones y Ensayos, nos. 67 y 68, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 15.

Vergara, Leandro. *Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial*. LA LEY 17/12/2014, 17/12/2014, 1
Cita Online: AR/DOC/4608/2014

Bart, Jean, *Histoire du Droit Prive: de la chute de l'Empire Romain au XIXe. Siecle*, Montchretien, Paris, 1998

Portalis, Jean Etienne Marie, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Introducción y trad. de I. Cremades y L. Guitérrez-Masson, Civitas, Madrid, 1997

Risolía, Marco Aurelio, *Soberanía y Crisis del Contrato*. Valerio Abeledo Editor. Buenos Aires, 1946 y 1960.

¹⁶⁶ Rivera, Julio Cesar, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General. Tomo II*, 3.ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 7.

¹⁶⁷ Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético*, Tomo I, art. 51, pto.2, p.432/433. En igual sentido Conte-Grand, Julio en Sánchez Herrero, Andrés (director) y Sánchez Herrero, P. (Coord.) en *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Tomo I, pto. 5.1, p. 175/180. Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, pto. 28/34, p. 175/192, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995 considera además que son relativamente indisponibles. Rivera, Julio Cesar, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General. Tomo II*, 3.ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 7.

¹⁶⁸ Ver en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Consulta: 25-09-2018

- Gorla, Gino**, *El contrato*, t. I, traducción y notas de José Ferrandis Vilella, Bosch, Barcelona, 1959, p.95
- Rieg, Alfred**, *El contrato en las doctrinas alemanas del siglo XIX*, traducción de Carlos Raúl Sanz, Archives de Philosophie du Droit, t. XIII, Sirey, París, 1968.
- Arias de Ronchietto, C. E.** (2011, mayo-junio). El talento de Guillermo A. Borda y la concreción jurídica de un nuevo orden civil nacional [en línea]. Presentado en Jornadas “La Escuela Jurídica Católica en el Derecho Civil Argentino”, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/guillermo-antonio-borda-arias.pdf>
- Herrera, Daniel A.** Algunas reflexiones sobre los fundamentos del Código. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/algunas-reflexiones-fundamentos-codigo-herrera.pdf>
- Highton de Nolasco, Elena Inés.** Título preliminar del código civil y comercial. Principios generales del derecho argentino. Claves del Código Civil y Comercial. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Tomo: 2015 Numero extraordinario. Cita: RC D 1011/2017.
- Lorenzetti, Ricardo L.** Introducción al Código Civil y Comercial de la Nación. Texto aprobado por Ley 26.994. El Derecho, (2015) II. En sentido análogo. Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. LA LEY2012-C, 581, Cita Online: AR/DOC/1931/2012.
- Limodio, Gabriel.** (2012). Luces y sombras del Título Preliminar. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires. El Derecho. En: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/luces-sombras-titulo-preliminar-limodio.pdf>
- López de Zavalía, Fernando José.** Código Civil y Comercial. El método. El título preliminar. En: www.acaderc.org.ar/doctrina/codigo-civil-y-comercial.-el-metodo.-titulo.../at.../file (Consulta: 25-09-2018)
- Recaséns Siches, Luis.** El logos de lo razonable como base para la interpretación jurídica. Rev. Diánoia, vol. 2, N° 2, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, año 1956. En: <http://www.filosoficas.unam.mx/~ojsdianoia/index.php/dianoia/article/view/1391/1349>
- García Amado, Juan Antonio.** *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*. Anuario de Filosofía del Derecho. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1986. Disponible en http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1986-10015100182.
- Aristóteles**, *Tratados de Lógica (Organon)*. Tópicos, lib. 1, cap. 1, 100a. Ed. Gredos. Madrid, 1982
- Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L.** *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Biblioteca Románica Hispánica. Ed. Gredos. Madrid.,1989
- Cabra Apalategui, José Manuel.** Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches. Estimativa jurídica y logos de lo razonable. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3649604.pdf>
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan.** Sobre principios y reglas. Revista Doxa, n° 19, año 1991. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-principios-y-reglas-0/>
- Suárez-Rodríguez, José Julián.** El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista. Disponible en: www.redalyc.org/pdf/1002/100224190004.pdf
- Bobbio, Norberto.** *Teoría General del Derecho*, Trad. Eduardo Roza Acuña, Madrid, Editorial Debate, 1991.
- Alexy, Robert.** *El concepto y la validez del Derecho*. Ed. Gedisa, Barcelona, 2004.
- Cappagli, Alberto.** El derecho de la navegación en el nuevo Código Civil y Comercial, LA LEY 2016-A, 949 Cita On line: AR/DOC/4547/2015
- Lima Marques, Claudia.** Post-criptum: o dialogo das fontes nas cortes brasileiras, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2012, p.60/61
- Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 4.2.** Reglas de Interpretación. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

Sozzo, Gonzalo, El diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor Argentino, Revista de Derecho de Daños, 2016-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.

Massini Correas, Carlos Ignacio. Razón práctica y objetividad del derecho. El debate contemporáneo acerca de los principios jurídicos. Rev. Sapientia. Volumen 64 Fascículo 224 (2008). en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/razon-practica-objetividad-del-derecho.pdf>.

Comanducci, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. En Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°21.1998. Universidad de Alicante. Alicante, 1998, p. 89. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/?autor=&paginaUsuario=1&numresult=10&vista=galeria&q=&orden=seriada&paginaNavegacion=1

Santiago, Alfonso. *Neoconstitucionalismo*. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Disertación del 03-04-2008. Disponible: <https://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>.

Ranieri de Cechini, Débora. (2013). El neoconstitucionalismo en la reforma del CC y Com.: el protagonismo del juez en el estado de derecho y el problema del método de ponderación, Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional, 1. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf>.

Cossari, Leandro R.N., Lagunas legales y analogía. LA LEY 08/06/2012, 08/06/2012, 1 - LA LEY2012-C, 1254 Cita Online: AR/DOC/2504/2012.

Rivera, Julio César. El Derecho Privado Constitucional. Cita: RC D 970/2012. Tomo: 1994 7 Derecho Privado en la reforma constitucional. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994.

Arce-Florez Valdez, Joaquín. *Derecho Civil Constitucional*. S.L. Civitas Ediciones. Madrid, 1986.

Comanducci, Paolo. *Constitucionalización y teoría del derecho*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconstitucionalizacionyteoriadelderecho>

Picasso, Sebastián. La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema, LL, 2008-C-562. Cita Online: AR/DOC/1466/2008

Limodio, Gabriel. (2016). El título preliminar del Código Civil y Comercial como núcleo de significaciones [en línea], Prudentia Iuris, 81. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/titulo-preliminar-codigo-civil-comercial.pdf>.

Grosso, Claudio P. (2010). Fundamento iusfilosófico de la privacidad y del derecho subjetivo de protección de datos personales [en línea], Prudentia Iuris, 68-69, 317-329. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/fundamento-iusfilosofico-privacidad-derecho-subjetivo.pdf>.

Vigo, Rodolfo Luis - Herrera, Daniel A. El concepto de persona humana y su dignidad. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Personas humanas, 2015. Cita on line: RC D 957/201.

Martí Andrés, Gabriel. Sustancia individual de naturaleza racional: el principio personificador y la índole del alma separada. Rev. Metafísica y Persona. Filosofía, conocimiento y vida Año 1— Enero-Junio 2009—Número 1. Universidad de Málaga. Disponible en: www.revistas.uma.es/index.php/myp/article/download/2849/2648 · Archivo PDF.

Lafferrière, Jorge Nicolás. La persona humana en el nuevo Código Civil y Comercial. Consideraciones generales. El Derecho 262-692

Maritain, Jacques. *Breve tratado acerca de la existencia y de lo existente*, Club de lectores, Buenos Aires, 1982.

De Garay, Jesús. Transformaciones de la dialéctica y de la retórica en los inicios de la Modernidad. Universidad de Sevilla. Discurso de Toma de Posesión como Académico Correspondiente de la Real Academia de Doctores de España (23 de noviembre de 2005). Disponible en: http://www.academia.edu/26342269/TRANSFORMACIONES_DE_LA_DIALÉCTICA_Y_DE

[LA RETÓRICA EN LOS INICIOS DE LA MODERNIDAD Paper 2006 Captura del 29/04/2018.](#)

Prieto López, Leopoldo José. La Persona en Kant. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4098997.pdf> Consulta: 06-01-2019

Tamayo y Salmorán, Rolando. El sujeto del derecho. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Vol. 11 El derecho y la justicia. Editorial Trotta. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 2013. Disponible en: <file:///C:/Users/emili/Downloads/el-sujeto-del-derecho-0.pdf> Consulta: 08-06-2015

Daros, W.R., El tema de la identidad personal en algunos filósofos de la modernidad. Disponible en: <https://williamdaros.files.wordpress.com/2009/08/w-r-daros-el-tema-de-la-identidad-en-la-modernidad.pdf>.

Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. 4º Edición. Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

Conte-Grand, Julio. *La persona* en Sánchez Herrero, Andrés (dir.). Tratado de Derecho Civil y Comercial, tomo I, pto.3.2. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016

Orgaz, Alfredo. *Personas individuales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 7.

Picasso, Sebastián. Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda, en LL 2015-B-950

Niño, Carlos S. *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1988.

Maritain, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural: Cristianismo y Democracia*. Ed. Biblioteca Palabra, Madrid, 2002, p. 15. Disponible en: <https://www.palabra.es/los-derechos-del-hombre-0998.html?buscar=maritain.html>.

Bobbio, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Ed. Gedisa. Barcelona, 1982, pág. 130.

Maritain, Jacques. *El hombre y el Estado*. Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1952.

Habermas, Jürgen. *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. Disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~ojsdianoia/index.php/dianoia/article/view/218>

Glendon, Mary Ann. *La soportable levedad de la dignidad. Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, vol.67, 2012/2, p. 259. Disponible en: <file:///C:/Users/emili/Downloads/3122-12193-1-PB.pdf>.

MacIntyre, Alasdair. *Tras la virtud*, Editorial Crítica, Barcelona, 1987.

Migliore, Joaquín. *Derechos Humanos y Doctrina Social de la Iglesia*. Disponible en: http://wadmin.uca.edu.ar/public/20180522/1527006107_Migliore.pdf Consulta: 08-01-2019

Strauss, Leo. *Derecho Natural e Historia*. Prometeo Libros, Buenos Aires, 2013.

Villey, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho, Definiciones y fines del Derecho*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1979.

Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

Quintana, Eduardo Martín. *Dignidad y Deberes Humanos*. En Prudentia Iuris, Facultad de Derecho de la Univ. Católica Argentina, n°83, 2017.

Andruet, Armando S (h.). Derechos y actos personalísimos. Comentarios al Código Civil y Comercial de la Nación. DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, 153.

Lalanne, Julio E. *Derechos subjetivos y persona humana*. En Prudentia Iuris, Facultad de Derecho de la Univ. Católica Argentina, n°74, 2012, pp.100-101

Sanz, Carlos Raúl. *Sobre el derecho y el proceso*, La Ley 1983-B, 875, Cita Online: AR/DOC/961/2001. Consulta: 04-01-2019

Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág.234.

Conte-Grand, Julio. *Derecho y Ley* en Sánchez Herrero, Andrés (dir.). Tratado de Derecho Civil y Comercial, tomo I, pto.3.4. 2. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016.

Feenstra, Robert. *Grocio y el derecho privado europeo*. Anuario de Historia del Derecho Español. Año 1975, p. 618. Editado por Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 1975. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1251629.pdf>

Streck, Lenio Luiz. *Las transformaciones del derecho: classicismo y contemporaneidad*. Anuario de Filosofía del Derecho, 2016. Editado por Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2016.

Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2016-10003700052.

Manzanero, Delia. *El concepto kantiano del derecho: una revisión krausista.* Anuario de Filosofía del Derecho, 2017. Editado por Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2017(XXXVII), p. 127/131. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2017-10012500145

Posada, Adolfo. *Tratado de Derecho político.* Tomo 1º, Introducción y teoría del Estado. Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1923.

Windscheid, Bernhard. *Tratado de Derecho Civil Alemán.* Tomo I. Vol.1 Traducido por Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987. p. 135.

Escobar Rozas, Freddy. *El derecho subjetivo Consideraciones en torno a su esencia y estructura.* Rev. Ius et Veritas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n°16-1998; Lima, 1998, p. 282. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15781/16214>

Cifuentes, Santos E. *Los derechos personalísimos. Teoría general.* Revista del Notariado 730, 01/01/1973, p. 1299 Cita Online: AR/DOC/6433/2011.

Escobar Rozas, Freddy. *El derecho subjetivo Consideraciones en torno a su esencia y estructura.* Rev. Ius et Veritas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n°16-1998; Lima, 1998, p. 283.

Agudo González, Jorge. *Evolución y negación del derecho subjetivo.* Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 5, primer semestre/2011. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2952>.

CIDH. *¿Qué son los Derechos Humanos? Evolución Histórica.* Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/15872r.pdf>.

Truyol y Serra, Antonio. *Los Derechos Humanos.* Editorial Tecnos. Madrid, 1979.

ONU. *Derechos Humanos.* En: <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>.

Nikken Bellshaw, Pedro Antonio. *El concepto de Derechos Humanos.* Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf>.

Plovanich, María Cristina. *Enfoque constitucional de los derechos de la personalidad.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/enfoque-constitucional-de-los-derechos-de-la>.

Salvadores de Arzuaga, Carlos I. *Dignidad, intimidación e imagen: la cuestión constitucional.* LL 1998-D-43. Cita -Online: AR/DOC/17376/2001. Saux, Edgardo I. Saux, **Saux, Edgardo I.** *Conflicto entre derechos fundamentales.* LA LEY2004-B, 1071 Cita Online: AR/DOC/11715/2003.

Meza, Jorge A. *La responsabilidad civil de los sistemas buscadores de internet.* RCyS2018-IX, 5 Cita Online: AR/DOC/1566/2018. Consulta: 24-01-2019

Pizarro, Daniel Ramón. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por información inexacta o agravante,* Ed. Hammurabi, 1999,

Galdós, Jorge. *La libertad de prensa, la intimidación y la tutela inhibitoria de expresión.* LA LEY 30/11/2017, 1. LA LEY 2017-F, 824. RCyS 2018-IV , 17. Cita Online: AR/DOC/2829/2017.

Moisset de Espanés, Luis y Hiruela de Fernández, María del Pilar. *Derechos de la personalidad.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artderechodelapersonalidad> Consulta:20-12-2018

Cifuentes (h.), Santos E. *Los derechos personalísimos. Orígenes, historiografía y derecho comparado. Segunda parte.* Revista del Notariado 729, 01/01/1973, 925. Cita Online: AR/DOC/6427/2011

Cifuentes (h.), Santos E. *Los derechos personalísimos. Orígenes, historiografía y derecho comparado. Primera parte.* Revista del Notariado 728, 01/01/1973, 593. Cita Online: AR/DOC/175/2012.

Avalos Rodríguez, Gabriel E. *Derechos de la personalidad*. La Ley Online: AR/DOC/3603/2010.

Orgaz, Alfredo. *Persona Individual*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1946, 1°ed.

Satanowsky, Isidoro. *Derecho intelectual*, Tipográfica Editora Argentina (TEA) Bs. As., 1954, t. II.

Goldschmidt, Werner. *La ciencia de la justicia (Dikeología)*, Ed. Aguilar, Madrid, 1958.

Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*. Tipográfica Editora Argentina (TEA) Bs. As., 1960, tomo I, p. 37 y ss

Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, t. I, págs. 259 a 268, Ed. Perrot, Bs. As., 1959, 3ª ed, págs. 259 a 268.

Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil. Parte general*, Ed. Abeledo-Perrot - La Ley Bs. As., 2013, t. I.

IV Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba 22-27 de setiembre de 1969. Ed. Universidad Nacional de Córdoba. Tomo I, p. 95 y ss. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/actascuartocongresotomouno2.pdf/view>
Consulta: 05-01-2019

Leiva Fernández, Luis P., *Proyecto del Código Civil de 1998*. Disponible en: http://www.leivafernandez.com.ar/?page_id=29.

Cifuentes (h.), Santos E. *Los derechos personalísimos. Teoría general*. Revista del Notariado 730, 01/01/1973, 1299 Cita Online: AR/DOC/6433/2011, Capítulo VI.

Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético*, Tomo I, art. 51, pto.2.

Rivera, Julio Cesar. *Instituciones de derecho civil. Parte general*, 5ª edición, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2010, Tº I.

Navarro Floria, Juan G., Los Derechos personalísimos, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derechos-personalisimos-navarro-floria.pdf>, nota 4.

Rivera, Julio C., Derechos y actos personalísimos en el Proyecto, en *Pensar el derecho*, año 1, núm. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Millán Puelles, Antonio. *Sobre el hombre y la sociedad*. Rialp, Madrid, 1976.

Lacruz Berdejo, José L. y otros, *Parte general del derecho civil*, José María Bosch, Barcelona, 1990, Vol. 2, Personas.

