

Navarro Floria, Juan G.

Los derechos personalísimos

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Navarro Floria, J. G. (2012). Los derechos personalísimos [en línea]. 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> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

JUAN G. NAVARRO FLORIA

1. Introducción

Una de las novedades relevantes que propone el Proyecto de Código Civil, es la regulación ordenada e inserta en el cuerpo del Código de los derechos personalísimos. Se trata de un capítulo de la tradicionalmente llamada “Parte General” del Derecho Civil, que ha irrumpido con fuerza notable en las últimas décadas, y probablemente el que más ha innovado en la regulación jurídica de la persona humana.

Como es sabido, la existencia y naturaleza de estos derechos no era desconocida por Vélez Sarsfield, no obstante lo cual no consideró necesario legislar al respecto. Decía el codificador, en su nota al artículo 2312: “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*.”

Esos “derechos personales”, no exteriores sino interiores al hombre, son los que hoy conocemos como derechos personalísimos.

El desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario de esta materia obedece a múltiples razones, y justifica y exige su incorporación al Código.

Por una parte, la regulación de los derechos personalísimos es el eco, en el Derecho Civil, del gran desarrollo que en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público han tenido a partir de la segunda mitad del siglo XX los llamados “derechos humanos”. Se trata en ambos casos, de una exigencia del reconocimiento de la dignidad connatural e innata de toda persona humana, que es el fundamento de tales derechos.

Por otra parte, el avasallante desarrollo de la ciencia y de la técnica plantea al Derecho nuevos desafíos que, en parte, encuentran acá su respuesta. Las posibilidades actuales de ingerencia sobre el cuerpo humano (transplantes de órganos, tratamientos médicos de toda índole, posibilidades de manipulación genética y de intervención externa en la reproducción humana), o de intromisión en la esfera de privacidad (medios de comunicación masiva, informática, Internet, medios de registro de la imagen o la voz humana y de almacenamiento de datos, etcétera), son ejemplos de esto. El Derecho suele ir a la zaga de los cambios tecnológicos, pero debe dar una respuesta a los desafíos que ellos suponen.

2. Los derechos personalísimos en el derecho vigente

Como dijimos antes, Vélez Sarsfield omitió en el Código un tratamiento mínimamente ordenado y completo de esta materia, aún en lo que podría haber sido conocido en su época. Eventualmente, previó las consecuencias de la vulneración de estos derechos, como lo insinúa el actual artículo 1075¹, y se concreta en algunos de los inmediatamente siguientes.

La regulación legal actual de la materia en derecho civil², es desordenada e inorgánica.

Alguno de los derechos personalísimos ha encontrado lugar en el Código, como el derecho a la intimidad (artículo 1071 bis). La tutela de otros ha quedado alojada en leyes complementarias, incluso muy antiguas (como es el caso de la Ley 11723 de propiedad intelectual, que en su artículo 31 protege el derecho a la imagen). En los últimos años, se han dictado leyes más directamente vinculadas a ellos, como las sucesivas leyes de transplantes de órganos, la de derechos del paciente, la de protección de los datos personales, la de salud mental, y otras a las que iremos aludiendo más abajo.

La teoría y las normas generales, no tienen entre nosotros expresión legislativa, pero sí doctrinaria³ y jurisprudencial.

3. Los derechos personalísimos en el proyecto de código civil

Los redactores del Anteproyecto se propusieron entre otros objetivos atender a la “constitucionalización del Derecho Civil”, y explican en los Fundamentos: *“En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. [...] Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”*.

A los “derechos y actos personalísimos”, está dedicado el Capítulo 3 del Libro I, referido a su vez a la Persona Humana⁴. Son tratados en conjunto, sin hacer las distinciones que acostumbra la

1. “Todo derecho puede ser materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior, o bien se confunda con la existencia de la persona”. Diversas normas prevén la consecuencia de la violación de derechos personalísimos específicos, como los artículos 1089, 1090, 1084, 1086, etcétera.

2. Los derechos personalísimos reciben también protección del Derecho Penal, como por ejemplo ocurre con la tipificación de delitos contra el honor (calumnias, injurias, denuncia calumniosa); y del Derecho Internacional Humanitario, hoy mayormente constitucionalizado (cfr. Artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional).

3. Actualmente la bibliografía sobre el tema, y especialmente sobre algunos derechos en particular, es abundante. En general, puede verse una muy completa síntesis de antecedentes históricos, derecho comparado y derecho nacional en CIFUENTES, Santos, “Derechos personalísimos”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 3ª edición actualizada y ampliada, 2008. También, en RIVERA, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil – Parte General”, 3ª edición actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.

4. Los redactores del Anteproyecto 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. Se regula el derecho a la disposición del propio cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos. Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas. En este aspecto hemos aceptado sustituir el vocablo prácticas eugenésicas, que se ha utilizado con frecuencia en derecho, por la expresión ya citada en el texto, que ha sido aconsejada por la comunidad científica, según consultas realizadas por la comisión. En relación a la investigación médica con seres humanos, se fijan requisitos claros: debe ser la única alternativa frente a otras de eficacia comparable; no debe implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación; debe asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la investigación; debe requerirse el consentimiento previo, libre, escrito, informado y

doctrina al clasificarlos en un grupo de derechos referidos a la integridad física, vinculada al cuerpo de la persona; un segundo grupo referido a la integridad espiritual de la persona; y un tercer grupo referido a la libertad personal.

El Proyecto no contiene –ni tenía necesidad de hacerlo– una definición de derechos personalísimos.

Sí presenta una norma genérica sobre ellos, acaso sistemáticamente desubicada (aparece en el medio del capítulo, cuando sería más lógico colocarla al comienzo o al final) referida a la “disposición” de esta clase de derechos, estableciendo que “*El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable*”⁵. Resulta feliz el mantenimiento de la moral como limitación a la autonomía de la voluntad, también en este campo.

El Anteproyecto elude, en este capítulo, la compleja cuestión de la “competencia” para el ejercicio de los derechos personalísimos. El tema es abordado parcialmente en los capítulos referidos a la capacidad de las personas, sin perjuicio de la vigencia además de las leyes 26.061 sobre niños, niñas y adolescentes, y 26657 de Salud Mental.

Precisamente en relación a los menores, se enumera entre los “deberes de los progenitores” (artículo 646) el de “*respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos*”. No está claro cómo los progenitores “participan” en “lo referente a los derechos personalísimos”, pero es correcto reconocerles el derecho a intervenir cuando ellos están en juego. Sería más claro reconocerles el derecho de guiar al niño en el aprendizaje progresivo de su ejercicio. Por otra parte, el Anteproyecto sí establece “*la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos*” (artículo 639 inciso b), pero omite fijar una regla rígida acerca del momento en que el niño o adolescente podrá ejercer por sí esta clase de derechos.

Otra norma general –y novedosa en su formulación– que alude a estos derechos en general, se encuentra en el capítulo del derecho de daños, cuando establece que la indemnización “*Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida*” (artículo 1738)

3.1 Inviolabilidad y dignidad de la persona

El proyectado artículo 51 expresa, de manera inobjetable: “*La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*”.

La igual y esencial dignidad de toda persona humana no es estrictamente un “derecho”, sino el fundamento de los derechos que le deben ser reconocidos. Pero está bien lo que la norma dice.

Naturalmente, el problema se traslada a la definición de “persona humana”. El artículo 51 parece suponer –con razón– que todo ser humano es persona, y por tanto merecedor del respeto de su dignidad intrínseca. Sin embargo, el artículo 19 del Anteproyecto relativiza este concepto, ya que allí se excluye del reconocimiento como personas a una categoría de seres humanos (biológica y antropológicamente tales, sin duda), como son los embriones no implantados. Esa discriminación rompe

específico de la persona que se sujeta a la investigación, la previa aprobación de la investigación por un comité de ética, y la autorización del organismo público correspondiente. El consentimiento es libremente revocable. Se prevén las directivas anticipadas, las investigaciones médicas con personas humanas en el marco del consentimiento informado. Finalmente se establece un régimen sobre la disposición del cadáver, siguiendo los criterios de la jurisprudencia.”

5. La fuente de la disposición sería el primer párrafo del artículo 108 del Proyecto de 1998. Solo que en aquel proyecto estaba referida exclusivamente a los derechos a la intimidad, el honor y la imagen, y no a todos como ahora.

el principio de reconocimiento universal de la dignidad humana y los derechos que de ella derivan a todo ser humano.

3.2 Afectaciones a la dignidad

El artículo 52⁶ engloba bajo ese título la referencia a varios de los derechos personalísimos tradicionalmente reunidos bajo el rótulo de “derechos de la integridad espiritual”, y que de hecho se interrelacionan estrechamente: los derechos a la intimidad, al honor, a la imagen y a la identidad, remitiendo para su protección al Libro Tercero.

No obstante ello, a continuación (artículo 53) hay una regulación específica del derecho a la imagen, como veremos.

3.3 Derecho al honor

El derecho al honor (llamado en el artículo 52 “honra o reputación”), curiosamente, no tiene una protección específica, más allá de su mención genérica. Únicamente se prevé en el anteproyecto la responsabilidad por “acusación calumniosa” en el artículo 1771, en estos términos: “*En los daños causados por una acusación calumniosa solo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado*”⁷.

Se recogen así algunas de las limitaciones que la jurisprudencia y la doctrina han ido imponiendo a la norma del actual artículo 1090, delimitando cuando la acusación es efectivamente calumniosa y cuando es el mero ejercicio de un derecho.

En Anteproyecto no contiene norma equivalente al actual artículo 1089. Sin embargo, prevé la reparación del daño causado por la afectación del honor de las personas, tanto pecuniaria como mediante la publicación de la sentencia que lo reconozca⁸.

Los redactores, acaso para evitar conflictos con los medios de prensa, han omitido prever alguna reglamentación del **derecho de rectificación o respuesta**, contenido –como se sabe– en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 14), y que según la conocida jurisprudencia de la Corte Suprema a partir del caso “Ekmekdjian c. Sofovich”, es directamente operativo. Sería razonable incluir en el Código algunas pautas para su aplicación, al menos las ya fijadas por una abundante jurisprudencia de la Corte.

3.4 Derecho a la imagen

Como dijimos, una norma específica –el artículo 53⁹– se ocupa de este derecho, mejorando la actual previsión del artículo 31 de la ley 11.723¹⁰.

Se protege tanto la captación como la reproducción, sea de la imagen o de la voz (esto es novedoso, y correcto) de una persona, “*de cualquier modo que se haga*”. Siempre se requiere el

6. Su fuente parece ser el artículo 105 del Proyecto de 1998.

7. La norma sigue el modelo del artículo 106 del Proyecto de 1998.

8. **ARTÍCULO 1740.- Reparación plena.** *La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.*

9. Coincide básicamente con los artículos 107 y 108 del Proyecto de 1998.

10. Su derogación estaba propuesta en el Artículo 3° de la “ley de derogaciones” que acompañaba al Anteproyecto; pero no así en el proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo, por lo que aparentemente coexistirían (innecesariamente) ambas normas.

consentimiento, salvo “a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.”

Se proponen varias pautas novedosas en la ley positiva, y acertadas, para la protección “post mortem” de este derecho. El consentimiento para la reproducción (obviamente ya no la captación) de la imagen o voz de la persona compete a los herederos (concepto más amplio que la enumeración que hace la norma actual), “o el designado por el causante en una disposición de última voluntad”. La protección post mortem se sigue extendiendo por veinte años, pasados los cuales la reproducción es libre, pero siempre que no sea ofensiva.

3.5 Derecho a la intimidad

Mencionado en el artículo 52 como derecho a la “intimidad personal o familiar” (lo que introduce un interesante elemento de protección a la familia), su protección específica aparece en el artículo 1770, que copia en líneas generales al vigente artículo 1071 bis.

Dice: “**Protección de la vida privada.** El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.”

Es curioso que, fuera de la adecuación del tiempo verbal al presente, escogido con buen criterio por los redactores, se hayan mantenido expresiones que hoy día resultan superadas, apartándose del buen criterio con que se redactaron otras normas, como el ya mencionado artículo 53. Así, la referencia al “retrato” es estrecha y anacrónica, lo mismo que la del “diario o periódico” (cuando debería buscarse una expresión genérica que incluya a la radio y la TV, o bien mencionarlas expresamente).

Por otra parte, la previsión de la publicación de la sentencia aparece duplicada, porque está también en el artículo 1740.

3.6 Derecho a la vida (o derecho de vivir)

Si bien suele mencionarse al derecho a la vida como el primero de los derechos personalísimos, en concordancia con la norma, por ejemplo, del Artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica, el Proyecto no lo menciona expresamente.

Solamente encontramos un artículo referido a una de sus derivaciones, el 54¹¹, que dice: **Actos peligrosos.** No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias.

La indisponibilidad de la propia vida resulta también de la parte final del artículo 60, que establece que “las directivas [médicas anticipadas] que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas”¹². Guarda coherencia con lo previsto en la Ley 26.529.

11. Reproduce, en general, el artículo 115 del Proyecto de 1998.

12. Esta frase fue agregada en la última revisión del Anteproyecto hecha por la comisión redactora, a pedido de la Conferencia Episcopal Argentina.

3.7 Disposición del propio cuerpo

El artículo 56¹³ limita los actos de disposición del propio cuerpo prohibiendo aquellos “*que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico*”. El consentimiento para los actos no prohibidos, “*no puede ser suplido, y es libremente revocable*”.

En materia de ablación para trasplantes, remite a la legislación específica (previsión innecesariamente repetida en el artículo 94, referido a la comprobación de la muerte de la persona).

En los “Fundamentos” del Anteproyecto, se lee: “Tradicionalmente se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona y sobre este aspecto no hay mayores discusiones. El problema jurídico surge cuando se advierte que el cuerpo humano y sus partes, tales como las piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes, pueden ser separados, aislados, identificados, y luego trasplantados, patentados, transferidos comercialmente. Un modo de resolver el problema es recurrir a los derechos de la personalidad. El derecho a la integridad personal se extiende, tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraídas del cuerpo, mientras sea posible la identificación de las mismas con dicha persona. La información sobre las distintas partes del cuerpo y, en especial, los genes, forman parte del derecho de la persona. Todo se incluye dentro del derecho a la autodeterminación, de lo que se deriva, además, que estos derechos están fuera del comercio. No tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Dentro de este modelo puede citarse el Código Civil francés (arts 16.1, 16.5 incorporados por Ley 94-653 del 29/07/1994) que dispone que el cuerpo humano es inviolable, y que sus elementos y productos no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial, lo cual hace que sean nulos los contratos que tengan como finalidad conferirles un valor patrimonial.”

Sin embargo, no hay en este capítulo del Proyecto norma alguna referida a las partes separadas del cuerpo. La norma se encuentra en el Título preliminar, artículo 17, que dice: “**Derechos sobre el cuerpo humano.** *Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y solo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales*”.

Es una disposición algo oscura y de alcances poco definidos, pero que al menos permite colocar tanto al cuerpo humano como a sus partes, como regla fuera del comercio y en el ámbito extrapatrimonial.

Un punto especial y sobre el que no hay claridad es el referido a los gametos (óvulos o espermatozoides) humanos. Cuando el Proyecto se ocupa de la reproducción humana asistida (artículos 560 y siguientes) da por supuesta la utilización de gametos de terceros y su tráfico, pero omite reglas al respecto, lo que por lo tanto no excluye su comercio. En el mismo orden, el régimen de la “maternidad por sustitución” o alquiler de vientres (artículo 562) requiere que la gestante no haya recibido retribución previa al contrato, pero no veda que la reciba después, posibilitando el comercio del propio cuerpo.

3.8 Actos médicos en general

El artículo 59 prevé y regula la exigencia del consentimiento informado para la realización de actos médicos, que debe ser necesariamente dado por el paciente o, ante la imposibilidad de que él lo haga, “*por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente*”.

La norma reproduce casi textualmente las previsiones de los artículos 5º y 6º de la Ley 26.529 de derechos del paciente, que sin embargo conserva su vigencia. En la redacción final del Proyecto

13. La norma sigue, en general, la redacción del Artículo 110 del Proyecto de 1998.

(posterior al Anteproyecto hecho por la comisión redactora), se incluyeron dos nuevos incisos (g y h) que recogen la reforma de la ley 26.742, llamada “de muerte digna”, que sin embargo no se deroga. El agregado reitera la posibilidad de privar al enfermo terminal de la hidratación o la alimentación, pese a que se trata de medios extraordinarios o desproporcionados sino, en principio, debidos siempre.

Es claro que esta previsión no podía faltar en una regulación integral y orgánica de los derechos personalísimos, aunque cabe preguntarse si es de buena técnica multiplicar normas repetidas, cuya superposición puede dar lugar a dudas interpretativas allí donde haya alguna diferencia entre ellas. En este caso en particular, ocurre que, además, hay normas específicas sobre consentimiento informado en otras leyes nacionales (como el artículo 13 de la Ley 24.193 de transplantes), por no hablar de múltiples leyes provinciales. En todo caso, lo dispuesto en el Código Civil deberá complementarse con esas otras leyes, particularmente con los artículos 9 y 10 de la Ley 26.529 referidos a las excepciones a la exigencia de consentimiento, y a su revocabilidad.

El consentimiento informado es exigido por el propio Proyecto, para la utilización de técnicas de reproducción humana asistida (artículo 560).

En orden a la capacidad para dar este consentimiento, recordemos que el Proyecto introduce en nuestro derecho la categoría de “adolescentes” (los menores a partir de los trece años cumplidos), y sobre esto dispone que “*Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo*” (artículo 26)¹⁴.

Se trata de una norma fuertemente invasora de la intimidad familiar, que deteriora en modo sumo la autoridad de los padres, necesaria para el orden familiar. Un niño de trece años no podrá ser operado de apendicitis o someterse a un tratamiento de ortodoncia por decisión de sus padres si él no está de acuerdo, y el disenso deberá someterse al juez. Si en cambio tiene ya dieciséis años, su decisión será soberana. Parece excesivo.

El artículo 60, prevé la posibilidad de formular directivas médicas anticipadas, en estos términos: “*La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos*¹⁵ *y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas*”.

Cabe notar que la previsión es más amplia que la contenida en artículo 11 de la Ley 26.529, y también que lo que anuncia el título del artículo, porque incluye además de las directivas médicas, la previsión del mandato para ser ejercido en caso de incapacidad de la persona, y la elección del propio curador. Se trata de innovaciones positivas y largamente reclamadas por la doctrina, y especialmente por los escribanos¹⁶. Sin embargo, esta norma debería armonizarse con el propuesto Artículo 1329, que prevé la caducidad del mandato por la incapacidad del mandante, con lo que la previsión del artículo 60 resultaría vacía de contenido. Una interpretación armónica exige considerar a este una excepción a aquella regla.

14. La preocupación por reconocer a los niños a partir de los trece años la posibilidad de decidir por sí y al margen de sus padres acerca de “tratamientos no invasivos”, probablemente se relacione con el deseo de favorecer el suministro de anticonceptivos.

15. La frase “*que han de expresar el consentimiento para los actos médicos*” fue añadida en la redacción final del Proyecto por parte del Poder Ejecutivo, y es correcta para dar coherencia al sistema.

16. Ver entre otros, la clásica obra de Nelly TAIANA DE BRANDI y Luis Rogelio LLORENS, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad” (Buenos Aires, Astrea, 1996).

La redacción final del Proyecto agregó un segundo párrafo al artículo (“*Esta declaración [anticipada] de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la manifestó*”), que ofrece alguna dificultad, ya que o bien es redundante por estar la revocabilidad ya prevista en el artículo 55, o bien estaría apuntando a reconocer capacidad para la revocación a quien se ha tornado incapaz, en un nuevo golpe al régimen tradicional de incapacidad.

3.9 Investigación médica con personas humanas

Es de gran importancia el artículo 58, que condiciona “*La investigación médica en salud humana*¹⁷ *relativa a intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas) cuya eficacia o seguridad no están comprobadas*” a la reunión de varios y exigentes requisitos.

Sin embargo, parecen aquí algo confundidos dos supuestos distintos: el de los tratamientos médicos (para los cuales son razonables los requisitos establecidos y la regla del consentimiento informado) y las experimentaciones propiamente dichas. Respecto de ellas, deberían llanamente prohibirse aquellas de las que con razonable certeza se ha de seguir la muerte o la disminución física severa de la persona.

La redacción final del Proyecto, precisó algo los conceptos, ya que reemplazó el primer requisito (“*ser la única alternativa frente a otras de eficacia comparable*”), que parecía orientado al tratamiento y no a la investigación, por otro más preciso: “*ser precedida [la investigación] de una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas para las personas que participan en la investigación en relación con los beneficios previsibles para ellos y para otras personas afectadas por la enfermedad que se investiga*”.

Vinculada con este tema aparece otra importante previsión, como es la prohibición de “*las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas*” (artículo 57). Sin embargo, era mejor y más completa la norma que sobre la misma materia incluía el Proyecto de 1998, que es de lamentar no haya sido mantenida en toda su extensión¹⁸. El recorte probablemente tenga que ver con el favor con que mira el Proyecto a la procreación artificial, tal como se manifiesta en el título referido a la filiación, aunque al menos es de agradecer que se haya vedado en principio la manipulación genética.

3.10 El cadáver humano y sus exequias

Siguiendo también la huella del Proyecto de 1998, el Proyecto actual contiene una previsión referida al cadáver humano, y a las exequias.

Dice el artículo 61: “**Exequias.** *La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o esta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al con-*

17. El Anteproyecto hablaba de investigación “con seres humanos”, mientras que el Proyecto enviado al Congreso habla de investigación “en salud humana”, lo que es conceptualmente más amplio porque ella no necesariamente se realiza sobre seres humanos. Otro cambio en sentido correcto de la redacción final, es que en el artículo 59 se incluye la exigencia del consentimiento informado también para “investigaciones en salud”.

18. Decía ese Proyecto: “**ARTÍCULO 111.- Prácticas eugenésicas.** *Quedan prohibidas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos. Ninguna modificación puede ser realizada a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres de la descendencia de la persona, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas. Es prohibida toda práctica que afecte la integridad de la especie humana, o que de cualquier modo tienda a la selección de las personas, o la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas*”.

viviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.”

Es una norma digna de aplauso, que reconoce que el cadáver, no siendo ya una persona, no es tampoco una cosa; y que merece una consideración especial en homenaje la persona que lo habitó. Con todo, también en este caso era más completo el antecedente, ya que en aquel se expresaba que los parientes “*no pueden dar al cadáver un destino contrario a los principios religiosos del difunto*”. No sería ocioso mantener esa mención¹⁹.

Cabe mencionar por su vinculación con el tema, que el Proyecto legisla de modo novedoso acerca del derecho real de “cementerio privado” (artículo 1887 inciso g, y 2103 y siguientes). El peculiar carácter religioso de estos lugares viene reconocido por la regla de inembargabilidad de las sepulturas (artículo 2110²⁰) y la previsión de existencia de “oratorios” en los cementerios (artículo 2107 inciso d)).

3.11 Los derechos omitidos

Más allá de las previsiones que contiene el Anteproyecto en esta materia, que como se ha visto son acertadas en general, conviene ver qué otros aspectos pudieron haber sido considerados y no lo fueron.

Ya hemos dicho algo respecto del **derecho a la vida**. No todas las consecuencias de su reconocimiento –que tampoco es expreso en el Anteproyecto– han sido extraídas²¹.

El **derecho a la identidad**, es mencionado en el artículo 52, aunque parece asimilarse allí al derecho a la imagen, cuando ambos tienen contenidos distintos. Un aspecto de él es el derecho-deber al nombre (artículo 62), sobre cuya regulación no corresponde extenderse aquí²². El derecho a la identidad, queda severamente comprometido en el Proyecto en el caso de hijos concebidos mediante procreación asistida y que recibirían su filiación de la “voluntad procreacional” de los contratantes de esa técnica (artículos 560 y siguientes), que verán limitado su derecho a conocer su origen (artículo 564) y en cualquier caso no podrán fundar en él un vínculo filiatorio (artículo 577). Pero es expresamente mencionado en relación a la adopción (artículo 595 inciso b, 596, 605, 613, 626, 629).

Otra omisión notable es alguna previsión referida a la libertad, y en particular la **libertad de conciencia**, y específicamente el **derecho a la objeción de conciencia**, que podría haber sido previsto²³.

4. Conclusiones

La introducción en el Código Civil de un capítulo específico referido a los derechos personalísimos es uno de los puntos positivos de la reforma propuesta. Responde a los desarrollos de la doctrina,

19. No faltan en el Anteproyecto otras normas referidas al cadáver humano, como la que remite a la ley específica para el caso de ablación de órganos (artículo 94), al caso de declaración de muerte sin que haya sido hallado (artículo 98), y a su eventual exhumación para realizar pruebas genéticas post mortem en juicios de filiación (artículo 580).

20. El artículo 744 inciso c) del Proyecto, con acertado criterio, excluye de la garantía común de los acreedores, con carácter general, a “*los sepulcros afectados a su destino*”, sea que estén en cementerios privados o públicos.

21. Por ejemplo, CIFUENTES ha propuesto una norma que diga: “*Nadie está facultado a proceder de modo de extinguir la propia vida, ni a someterse por sí a castigos riesgosos para ella y a heridas corporales. Cualquiera puede impedirlo, cuando no fuese posible obtener el concurso oportuno de la autoridad a ese solo efecto*” (op. cit., p.268).

22. El Proyecto mantiene la regla general de la inmutabilidad del nombre, pero la reciente ley de identidad de género ha arruinado ese principio al posibilitar su cambio radical por mera decisión individual, sin intervención judicial ni posibilidad de oposición del funcionario administrativo.

23. Remito sobre el particular a NAVARRO FLORIA, Juan G., “El derecho a la objeción de conciencia”, Buenos Aires, Ábaco, 2004. Sobre este derecho ha legislado la provincia de San Luis, y han proyectado hacerlo otras provincias.

y refleja razonablemente las propuestas de esta, los contenidos de normas particulares y dispersas hasta ahora, y los postulados de la jurisprudencia.

Como se ha señalado en los puntos precedentes, hay sin embargo algunas contradicciones menores entre lo que se propone en este capítulo y otras normas del Proyecto, que podrían revisarse. Del mismo modo, se está aún a tiempo de salvar algunas omisiones. Más compleja resulta la situación derivada de la subsistencia de otras leyes, que no se modifican ni derogan, y que legislan sobre los mismos temas. Aquí el esfuerzo interpretativo deberá ser mayor y no siempre de fácil o unívoco resultado.

De todas maneras, la dinámica propia de esta área del Derecho, hará necesario tanto interpretar armónicamente las nuevas normas con las ya contenidas en leyes especiales que han de coexistir con ellas; y sobre todo y muy probablemente esperar alguna revisión no muy lejana de ellas en función de los avances científicos o tecnológicos.

En todo caso, lo importante es recordar que cualquiera sea la evolución de la técnica, lo relevante es asegurar la protección de la persona humana en sus aspectos más íntimos e identitarios, estrechamente ligados a su dignidad eminente.