

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

1

Introducción

En el centro de la vida social y jurídica se encuentra la persona humana. A ella refiere y se ordena todo el derecho, como lo reconocía el derecho romano a través de la expresión: "hominum causa omne jus constitutum est"(1). En el presente trabajo(2) nos proponemos analizar la noción de persona humana desde la perspectiva específica del derecho civil. Para hacerlo, comenzaremos por una indagación de la etimología del término "persona" y sus distintas acepciones a la luz de la analogía. Luego nos detendremos en la noción de dignidad de la persona humana, que es uno de los principios fundamentales del derecho privado y que así ha sido receptado por el nuevo Código Civil y Comercial y por los tratados internacionales de derechos humanos. En tal marco, nos detendremos a considerar la necesaria vinculación entre el ser humano y el concepto jurídico de persona y las distintas etapas que recorrió el término "persona" en el derecho a lo largo de la Historia, haciendo referencia también a las posiciones jurídicas que distinguen entre ser humano y persona humana. La personalidad en los tratados de derechos humanos será otro de los apartados a desarrollar, para luego entrar en la consideración de la noción de persona en el Código Civil de Vélez Sarsfield y de persona humana en el nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994) y su referencia al proyecto de 1998. Finalmente, veremos la clasificación de las personas en el Código Civil y una sintética referencia a las "personas jurídicas" o "morales".

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994) que entra en vigencia el 1º de agosto de 2015 (ley 27.077) el tema de la persona humana presenta gran actualidad. En efecto, uno de los temas más debatidos durante el proceso de elaboración y aprobación del nuevo Código fue el referido al comienzo de la existencia de la persona humana y la pretensión de incorporar una definición de "persona" a los efectos puramente civiles que sea diferenciada de la noción de "ser humano". Así, no solo se produjo un rico intercambio de opiniones sobre aspectos científicos referidos al inicio de la vida, sino un debate jurídico de fondo sobre la noción misma de persona para el derecho. El texto finalmente sancionado del art. 19, como veremos, se inclinó por reconocer la personalidad desde la concepción y, por tanto, resultó coherente con la clara exigencia de identificar siempre ser humano y persona humana. Sin embargo, no todo el texto del nuevo Código

es consistente con esa premisa, pero ello excede al presente comentario. En efecto, nos parece que puede resultar oportuno formular una recapitulación y un balance sobre la siempre actual cuestión de la persona humana en el derecho civil y en la codificación en particular.

2

Persona: etimología

Conviene, pues, comenzar indagando el origen del término "persona" para ver cuál es su significado y cómo se aplica al derecho y, en especial, al derecho privado en la Argentina. Etimológicamente se han señalado tres orígenes del término(3):

a) En primer lugar, la persona se presenta como una investidura sacra o algún poder sacral sobreañadido al hombre, señalando simbólicamente lo que el más allá encierra de misterio. Esta acepción se vincula con el nombre propio de la diosa Perséfone.

b) La segunda acepción, que es la más comúnmente aceptada, tiene que ver con el término griego prosopon, que significa personaje, máscara, segundo rostro. Estas máscaras se usaban en fiestas religiosas y representan un carácter genérico en el que se destaca la edad, condición social o función del personaje. La máscara supone alguien que la soporta y también implica una representación.

c) Para la tercera acepción, siguiendo a la Dra. Hoyos Castañeda, el término persona deriva del latín personare, que viene de personar (resonar con fuerza), y refiere a la máscara que provoca que la voz se aclare y resuene. Según esta acepción, la persona es el ser que tiene voz, logos o palabra.

Boecio señala que el "nombre de persona tiene su origen en aquellas personas que, en las comedias y tragedias, representaban a alguien. Pues persona viene de personar, ya que en algo hueco el sonido necesariamente es mayor. Pues bien, estas personas los griegos las llamaban prosopa, que son las máscaras que se ponían delante de la cara y de los ojos tapando el rostro"(4).

Al respecto, como enseña Lamas, la palabra persona significaba "los sujetos a los que la obra de teatro atribuía las respectivas acciones; de ahí el fácil tránsito a la designación del sujeto humano natural, sujeto de atribución de su propia vida. Este carácter de sujeto, denotado por la palabra persona, se destaca nítidamente por oposición a las cosas, es decir, a lo que opera como objeto"(5).

3

Las acepciones del término "persona" a la luz de la analogía

A partir de esta búsqueda etimológica, podemos profundizar el significado ontológico para descubrir que "ser persona es gozar de un acto de ser más intenso, que le confiere de suyo toda perfección, bien porque participe más plenamente del ser, como los ángeles y los hombres, o porque su perfección se cifre en la posesión plena del Ser, como en Dios"(6).

Es generalmente reconocido que la noción de persona como ser subsistente, consciente, libre y responsable es un aporte del cristianismo al conocimiento universal(7). En su clásica definición, Boecio nos dirá que persona es la "substancia individual de naturaleza racional" (8).

Por su parte, Tomás de Aquino desarrollará aún más la cuestión, tomando como punto de partida la definición de Boecio, y "afinándola con importantes precisiones: "individuo distinto subsistente en la naturaleza intelectual" dirá en las Sentencias (In Sent. 1 d.23 q. 1 a. 4). La misma idea mantiene en la Suma al explicar que la persona viene a ser el singular que subsiste en la naturaleza racional. En la definición de Santo Tomás hay que considerar como imprescindibles estos tres elementos: incomunicabilidad, subsistencia e intelectualidad"(9). En estos desarrollos, vemos definiciones que expresan la esencia de la persona, concepto que se aplica en primer lugar a las personas divinas(10) y se extiende al hombre(11).

Llegamos así al núcleo fundamental de la indagación sobre el sentido de la palabra "persona". Se trata de un término con varias acepciones, pero que no es ni equívoco ni unívoco, sino análogo(12), según lo enseña Ferrara: "La diferente definición de los significados específicos de persona (divina, creada) no convierte en equívoco al significado general de persona. Pero, cuando en este

significado incluimos también a Dios, ya no cabe hablar de univocidad, sino de analogía, dado que ningún concepto común a Dios y a la creatura puede ser unívoco"(13).

En primer lugar, como analogado principal, el término "persona" se utiliza en la reflexión teológica para identificar al Padre, Hijo y Espíritu Santo. Así, San Agustín decía que "el Padre, el Hijo y el Espíritu Santo son "tres personas" como cuando algunos se llaman tres amigos o tres parientes o tres vecinos y no porque sean absolutos (...) ¿Por qué, pues, no llamar a estas realidades una persona? (...) Quizás porque nos agrada usar un término que sea expresivo de la Trinidad, para no estar callados cuando se nos pregunta qué son estos tres"(14). El término "persona" se aplica en primer lugar a las "personas divinas", pues "persona significa lo que en toda naturaleza es perfectísimo, es decir, lo que subsiste en la naturaleza racional. Por eso, como a Dios hay que atribuirle todo lo que pertenece a la perfección por el hecho de que su esencia contiene en sí misma toda perfección, es conveniente que a Dios se le dé el nombre de persona"(15). Pero el término "persona" también designa al ser humano, quien se presenta como "substancia individual de naturaleza racional".

Analizando la definición de Boecio, podemos decir que "la sustancia es lo que es en sí; el accidente es lo que es en otro, esto es, en la sustancia (...) La persona existe en sí y por eso es sustancia. Es sustancia completa (...) El hombre es un todo sustancial"(16). A su vez, en relación con la definición dada por Santo Tomás, hay que aclarar que la sustancia se llama "subsistencia" en cuanto existe en sí misma.

A su vez, en el concepto de persona está inscrito el carácter de la "individualidad" con su doble significado de "unidad interna" y "diversidad respecto a los demás"; es decir, la persona es "unidad" y "unicidad"(17). En la definición de Santo Tomás estos dos elementos, sustancia-individuo, se incluyen en el término "subsistente"(18). De esta manera, cuando se habla de individuo se remarca la "unidad", el "indivisum in se" y también el carácter de "único", irrepetible, que posee toda persona.

Dentro de los muchos seres sustanciales individuales, no todos poseen la "naturaleza racional". Por eso, esta nota marca la distinción propia que corresponde a la noción de persona. "Racional se deriva del latín ratio que a su vez traduce el griego logos; este no indica sólo la inteligencia y la capacidad de razonar, sino todas las capacidades superiores del hombre (inteligencia, amor, sentimientos, moralidad, religiosidad...)"(19). 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"(20).

Finalmente, la noción de persona está abierta a la relación con otras personas. Ferrara, comentando la definición de Boecio, dirá que "hay muchas realidades individuales (hipóstasis), pero sólo pueden ser llamadas personas las que sustentan una naturaleza racional, capaz de conocimiento, de amor y de libertad"(21). Enseña que la definición de Boecio presenta dos componentes de la "paradoja de la persona": "su incomunicabilidad intransferible (substancia individual) y su comunicabilidad (naturaleza racional)"(22). Por eso, lo racional no se refiere a un "discurso gnoseológico", sino que significa lo "intelectual" y lo "espiritual". De este modo, persona no es el "simple individuo", sino que es un "individuo" que se comunica, que se dona a los demás. Surge así la dimensión "relacional" de la persona, que significa que "la persona existe como realidad que se refiere a otras personas"(23). Persona indica, por tanto, unidad, individualidad, intelectualidad, espiritualidad, pero no cerrada en sí misma, sino abierta a los demás, sin perder la propia identidad.

Recapitulando estos desarrollos, podemos citar a Daniel Herrera, que sostiene: "Para la concepción ontológica clásica, el término y la noción de persona es análoga. Correspondiendo a Dios en tanto ipsum esse subsistens, en sentido propio y estricto, como el primer analogado y analogantes en la analogía de la persona, mientras el hombre en tanto su ser subsistente racional lo tiene en sí pero no por sí (per se, pero no a se), es persona también, pero por participación, como analogado derivado del principal"(24).

4

Dignidad de la persona humana

La "dignidad" de la persona humana es una de las nociones fundamentales de la antropología. Existe una conciencia general de que el "modo de ser" del ser humano no es igual que el "modo de ser" de otros seres animados o de las cosas. El hombre no es una forma de vida más, sino que posee una diferencia que se desprende de esa cualidad que denominamos "dignidad". "Las personas pertenecen siempre a una especie natural determinada, pero pertenecen a ella de otro modo a como otros individuos pertenecen a su especie"(25). Esa noción de dignidad se tradujo en la experiencia jurídica en el reconocimiento del ser humano como "persona".

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la noción de "dignidad" cobra mayor relevancia y surge la necesidad de explicitar el valor intrínseco de todo ser humano ante la gravedad de los atropellos cometidos por el régimen nazi. Así, hoy la noción de dignidad ocupa un lugar central en todo el derecho, especialmente con la difusión que ha tomado el derecho internacional de los derechos

humanos.

Spaemann aclara que "el concepto de dignidad se refiere a la propiedad de un ser que no es sólo "fin en sí mismo para sí", sino "fin en sí mismo por antonomasia""(26). Por eso, la dignidad se funda en que la persona vale en sí misma y no en tanto posee ciertas cualidades o sirve para ciertos fines.

En la vida jurídica, la noción de dignidad presenta algunas dificultades en su aplicación, por la disparidad de criterios en torno a su significado(27). Podemos decir que hay una fuerte tensión en torno al alcance y utilidad de la noción de dignidad(28). La postura más extrema ha sido dada en bioética por Macklin, quien afirmó que "la dignidad es un concepto inútil en bioética"(29). Por nuestra parte, coincidimos con Roberto Andorno en torno a la importancia de la dignidad en tanto es como la última barrera contra la alteración de algunas características básicas de la especie humana que podría ocurrir con prácticas como la clonación reproductiva o las intervenciones sobre la línea germinal(30).

Hoyos Castañeda considera que hay tres modos de hablar sobre la dignidad humana: i) la dignidad funcional, es decir, aquella que refiere al merecimiento que corresponde a una persona por los papeles o funciones que desempeña o por las acciones que realiza en la sociedad; ii) la dignidad referida a la autonomía, que responde al pensamiento kantiano en virtud del cual la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional; y iii) la dignidad referida al ser (ontológica) entendida, pues, como la eminencia que corresponde a la persona, es decir, quien subsiste en una naturaleza que de suyo dice perfección(31).

La dignidad no constituye un concepto genérico, que correspondería a la "humanidad" como "colectivo", sino que se hace presente en cada vida humana, pues cada ser humano es único e irrepetible. La dignidad exige también la "indisponibilidad" de la persona, es decir, el respeto absoluto que merece y en virtud del cual siempre ha de ser considerada como un "fin en sí mismo" y nunca como un medio(32).

En el plano de los principios, dos grandes posturas se enfrentan en torno a los fundamentos de la dignidad de la persona humana. Para una postura, la dignidad se deriva de la autonomía personal y, por tanto, está condicionada al ejercicio de la autonomía. Para otra postura, que compartimos, la dignidad deriva del mismo hecho de ser humano, es ontológica y, por tanto, se reconoce a todo ser humano, ya sea que pueda ejercer o no una autonomía personal. Respecto de la primera postura, ubicar el fundamento de la dignidad en la autonomía suele ir acompañado de asimilar la dignidad a la noción misma de autonomía. Ello acarrea graves riesgos porque termina limitando la protección jurídica al ser humano, que es autónomo. Así, paradójicamente, los seres humanos que no poseen

autonomía o la tienen limitada, y, como tales, requieren mayor protección, terminan en los hechos excluidos de los sujetos comprendidos en la noción de "dignidad".

José Chávez-Fernández Postigo considera que la discusión entre la dignidad como autonomía y la dignidad como condición ontológica se supera desde la idea de dignidad como libertad ontológica, evitando caer en una concepción meramente estática de la dignidad ontológica e incorporando el elemento dinámico de la libertad, sin incurrir en los problemas que encierra la visión que absolutiva la autonomía(33).

En síntesis, la referencia a la dignidad expresa esa excelencia o perfección en el ser, la centralidad de la persona humana y su inviolabilidad y sacralidad que exige de parte de todos un respeto y una reverencia, y que ha de traducirse en normas de derecho positivo que la resguarden, garanticen y promuevan.

5

La dignidad en los tratados internacionales de derechos humanos y en el nuevo Código Civil y Comercial

La dignidad humana tiene un lugar central en la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos. El tema ha sido suficientemente estudiado y aquí nos limitaremos a realizar algunas sintéticas referencias.

La dignidad es la piedra angular de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En efecto, el Preámbulo comienza con una afirmación muy clara: "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...". En el mismo sentido dispone: "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" (art. 1º).

La vinculación de la "dignidad" con los derechos humanos se advierte en diversas disposiciones de otros tratados internacionales de derechos humanos. Podemos mencionar, entre otros, la dignidad

vinculada con el "derecho a la seguridad social" (art. 22, Declaración Universal de Derechos Humanos), a la remuneración equitativa por el trabajo (art. 23, Declaración Universal de Derechos Humanos), al trato durante la privación de libertad (art. 5º, Convención Americana de Derechos Humanos y art. 10, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), al respeto a la honra y al reconocimiento de la dignidad (art. 11, Convención Americana de Derechos Humanos), a la prohibición de la tortura (Preámbulo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y art. 37, Convención sobre los Derechos del Niño), a la promoción del niño mental o físicamente impedido (art. 23, Convención sobre los Derechos del Niño), a las medidas disciplinarias en la escuela (art. 28, Convención sobre los Derechos del Niño), a la recuperación del niño maltratado (art. 39, Convención sobre los Derechos del Niño), al niño que infringe leyes penales (art. 40, Convención sobre los Derechos del Niño).

En el nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994), la dignidad de la persona humana ocupa un lugar central. Corresponde ante todo citar el art. 51: "Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad". Este artículo abre el capítulo destinado a los derechos personalísimos y se presenta como uno de los ejes centrales de interpretación de todo el Código. Además, la dignidad es principio fundamental del sistema de derechos humanos y es coherente con el art. 1º del cód. civil y comercial que señala que "los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte", y el art. 2º que dispone que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". Los siguientes artículos del capítulo referido a los derechos y actos personalísimos van desplegando las dimensiones de la dignidad humana implicadas hoy en la vida civil y el art. 52 marca la norma general de protección: "Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1". Así, la dignidad de la persona humana es uno de los principios centrales de todo el ordenamiento jurídico y así lo ha reconocido el nuevo Código Civil y Comercial.

6

El ser humano y el concepto jurídico de persona

Al haber considerado la acepción filosófica del término persona y la dignidad del ser humano, corresponde estudiar el concepto jurídico de persona y su referencia ineludible al hombre. En efecto, muchas de las confusiones existentes en torno a la persona provienen de una mala clarificación del origen y los alcances de dicho concepto en el ámbito jurídico.

Hemos hecho una somera referencia a algunos exponentes relevantes del pensamiento filosófico. Ahora bien, el derecho, reconociendo esta reflexión filosófica en torno al hombre, con el término "persona" designa al ser humano en cuanto entabla relaciones jurídicas. Así, le otorga fuerza y reconocimiento jurídico a la alta dignidad del hombre, que merece el alto calificativo de persona. De esta forma, se reconoce que el hombre no es una forma de vida más, sino que se diferencia sustancialmente del resto de la creación en razón de su dignidad y de su participación en el ser dado por Dios.

Al respecto, Herrera precisa que hay distintas acepciones de la noción de persona, entre las que se destacan la jurídica, que refleja al hombre según su rol o estado en el marco social, y la filosófica, que es la ontológica como sustancia individual de naturaleza racional. Pero enfatiza que estas acepciones "no se contraponen, pues la existencia de distintos status con sus respectivos derechos y deberes, en el plexo de las relaciones jurídicas que existen dentro de la comunidad política, suponen un status básico común que es la condición humana y que coincide con la concepción ontológica de la persona (con su incomunicabilidad radical y su comunicabilidad intencional)" (34).

Al respecto, el derecho no "crea" la personalidad, sino que la "reconoce". Ello supone que todos los seres humanos son "personas", desde el comienzo de su existencia hasta la muerte natural. "El orden jurídico, para ser verdaderamente tal, exige la calidad de persona en todos los hombres"(35). Como veremos, los tratados internacionales de derechos humanos se enrolan en esta visión que reconoce a todo ser humano como persona.

7

El término "persona" en el derecho a lo largo de la Historia

Hernán Corral Talciani señala tres grandes etapas en relación con el uso jurídico del término persona: "La primera, aquella en la que no se le atribuye una peculiar significación jurídica; la segunda, en que se la concibe como un término técnico-formal; y la tercera, que lo destaca como la base institucional sobre la cual se puede edificar un orden jurídico respetuoso de la igual dignidad y derechos de todos los seres humanos sin discriminaciones"(36).

a) Primera etapa: el término persona sin peculiar significación jurídica

Hay acuerdo en señalar que, en el derecho romano, el término "persona" era usado para designar al ser humano sin ninguna connotación técnica y por eso se aplicaba aun al esclavo. Por eso, Corral Talciani considera que "más allá de las disquisiciones sobre la procedencia etimológica de la palabra, lo cierto es que en la antigüedad y, específicamente, entre los romanos, el concepto de persona en cuanto sujeto del derecho no fue conocido. Los textos de los jurisconsultos romanos emplean el término persona como sinónimo de hombre, sin aludir a la capacidad o aptitud para ejercitar derechos"(37). En el mismo sentido, se sostiene que "en los textos romanos se encuentra la palabra "persona" para significar simplemente hombre y, en consecuencia, jurídicamente no tiene color"(38). Lamas, por su parte, señala que "en el siglo II d.C., en las Institutas de Gayo, ya figura el término persona como una de las tres categorías principales de los fenómenos jurídicos, por oposición a las cosas y a las acciones"(39).

b) Segunda etapa: la noción de persona, recurso técnico del derecho positivo

En una segunda etapa, el significado del término "no aparece vinculado directamente a la concepción de persona como sustancia, sino más bien al uso no técnico de la expresión en cuanto designa el rol jurídico-formal que un individuo –o colectividad– ocupa en el entramado de relaciones sociales"(40). Se trata de una derivación de las doctrinas jurídicas de los siglos XVII y XVIII, con fundamento en el pensamiento de Samuel Pufendorf. Como enseña Corral Talciani, fue Heinecio en sus Institutas el que difundió "la fórmula de que el hombre es persona en cuanto se le reconoce un estado, con la que se niega personalidad al que carezca de él"(41).

Esta segunda etapa se caracteriza luego por un uso propiamente técnico del concepto de persona que lo identifica con la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Es una concepción que proyecta sus efectos sobre la codificación, incluyendo el art. 30 del cód. civil argentino redactado por Vélez Sarsfield, y que es heredera de la igualdad proclamada por la Revolución francesa, que significaba el abandono de la sociedad organizada por estamentos. También influye la idea kantiana de que la persona es un fin en sí sobre la base de su autonomía. "Persona" designa al sujeto que es titular de los "derechos subjetivos". "Se trata, por tanto, ya de una categoría conceptual propiamente jurídica, pero de alcance más bien instrumental o técnico. En esta etapa, el punto de inflexión para reconocer o no la personalidad (subjetividad) tiene que ver con los derechos patrimoniales (únicos a los que se considera propiamente derechos) y con la noción de capacidad: aptitud para adquirirlos. En este contexto se consolida la teoría de la "persona jurídica" como atribución de capacidad independiente a una entidad colectiva en todo parangonable a la persona natural. No se ve tampoco inconvenientes en considerar que la personalidad se inicia con el nacimiento, hecho visible y cierto que permite consolidar las adquisiciones patrimoniales, y a su vez puede terminar con un sucedáneo legal de la muerte: la institución de la muerte civil (por condena criminal o por profesión religiosa), que permite la apertura anticipada de la sucesión"(42).

Considerar a la persona como mero recurso técnico fijado por la ley positiva es –en parte– consecuencia del proceso de codificación que supone "una cierta concepción racionalista en cuanto a la virtualidad de la razón humana para crear normas susceptibles de prever de una vez y para siempre, o al menos durante un tiempo prolongado, los comportamientos humanos futuros. Se trata de prescindir así de lo tradicional, lo histórico e inveterado en cuanto éstos tienen de desordenado y caótico, o al menos de someter lo tradicional, lo histórico e inveterado a una severa crítica para recibirlos y darles nueva vida –ordenada esta vez– mediante las aludidas normas "racionales""(43). En este contexto cultural y filosófico, las disposiciones de los Códigos tienden a incluir entre sus disposiciones una "definición" de la persona humana que aparece generalmente vinculada a la capacidad jurídica. Al hacerlo, deben asumir una fórmula que termina identificando "personalidad" y "capacidad". De esta manera, en lugar de un reconocimiento liso y llano del ser humano como "persona" para el derecho, se introduce una "definición" que termina operando como "creadora" de la personalidad y que conlleva el riesgo de que no todos los seres humanos sean reconocidos como "personas".

En la raíz de estos desarrollos, se encuentra el pensamiento de Descartes, en tanto significó una identificación de la persona con el pensamiento (*res cogitans*), en oposición a la *res extensa* que es el cuerpo. Esta postura supuso la reducción del hombre a su dimensión pensante y la realidad corporal quedó reducida a la categoría de cosas. Con posterioridad, Locke radicaliza esta posición al identificar la personalidad con la "conciencia de sí", y con Kant se termina de consolidar este reduccionismo(44).

Ahora bien, la postura que considera a la persona como un recurso técnico-legal llega a su máxima expresión en el pensamiento de Hans Kelsen. Para Kelsen, la noción de "sujeto de derecho o de persona [es] una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar el derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la persona solo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas"(45).

Si bien Kelsen escribe a comienzos del siglo XX, podemos decir que en su obra se cristaliza una línea de pensamiento positivista que separa las nociones de hombre y persona. Así, la idea de "persona", que expresaba la especial dignidad del hombre, en cuanto imagen de Dios, viene a sufrir una mutación en el terreno jurídico: despojándose de la necesaria referencia al "sustrato real", la noción se convierte en una suerte de "instrumento" jurídico que puede ser utilizado para comprender diversas realidades. Así lo reconoce el mismo Kelsen: "La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir un objeto"(46). La ampliación o restricción de los alcances de este "término" resultará de lo que autónomamente disponga el derecho positivo, sin ninguna referencia objetiva ni dada.

Hoyos Castañeda critica el planteamiento kelseniano sobre la persona al afirmar: "Kelsen, a nuestro juicio, percibe que lo fundamental de la unidad de la persona, siempre en sentido jurídico, es el hecho de tener derechos y obligaciones, e incluso va más allá al aceptar que tiene derechos por ser libre. Sin embargo, no admite expresamente esta conclusión, porque al hacerlo, según nuestro criterio, estaría aceptando que la persona como concepto jurídico está contenida en un concepto más abarcante. Lo que le llevaría a concluir: que el concepto jurídico de persona no es una creación artificial de la ciencia del derecho"(47).

c) Tercera etapa: la persona, sujeto central del derecho

La aparición de los tratados sobre derechos humanos ha venido a devolver centralidad a la noción de persona y a exigir que ella abarque a todo ser humano. En este sentido, Javier Hervada se pregunta si la noción misma de derechos humanos es compatible con la idea de quienes sostienen que "ser persona es una concepción de la ley positiva, o dicho de otro modo, es persona quien como tal es tenido por la ley"(48). Al respecto, "si la personalidad jurídica no preexiste a la ley positiva, no existen los derechos humanos, sino –acaso– otra cosa distinta. De ahí la trascendencia del art. 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, recogido en otros textos internacionales: todo hombre, dice, tiene derecho en todas partes a ser reconocido como persona ante la ley (...) la conclusión es clara: ser persona en sentido jurídico es preexistente a toda ley positiva, la personalidad jurídica debe reconocerse a todo ser humano independientemente de su condición, también la de nacido o no nacido, y allí donde no se reconozca personalidad jurídica a un ser humano preexistente –cualquiera que sea su raza o casta, haya nacido o no nacido, o cualquiera otra condición– se comete injusticia"(49). En este horizonte, resulta concluyente la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) cuando en el art. 1º reconoce que "persona es todo ser humano".

Este retorno al reconocimiento de todo ser humano como persona constituye la tercera etapa en el uso jurídico del término "persona" y surge de la necesidad de superar el fracaso del positivismo, expresado dramáticamente en los crímenes de la Segunda Guerra Mundial y también de los sistemas totalitarios comunistas. En efecto, "la noción de persona lejos de concebirse como una noción privativa del derecho civil ha pasado a ser considerada, como se advierte en los modernos textos de derechos humanos, así como en el constitucionalismo contemporáneo, la base y el centro del ordenamiento jurídico, recordando el texto del jurista Hermogeniano según el cual *hominum causa omne ius constitutum sit*"(50).

La noción técnica de persona se transforma, fundamentalmente, a partir de la idea de dignidad esencial de todo ser humano. Como reconoce Corral Talciani: "Confluyen, así, de un modo insospechado la concepción cristiana que ve en todo hombre o mujer un ser digno por haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, y la concepción modernista de raíz kantiana que ve en el

ser humano un fin en sí mismo que no puede ser utilizado sólo como un medio para alcanzar objetivos ajenos. Esta idea conlleva una transformación del concepto técnico de persona como sujeto de derechos subjetivos a la de ser digno y merecedor de la máxima tutela jurídica, poniendo un abismo entre ella y las cosas (objetos de derechos). El concepto de persona adquiere de esta forma un significado jurídico-institucional, y no puramente técnico. En este sentido, la persona se convierte en un centro de fundamentación y de desarrollo de todo el derecho (...) La personalidad es un prius para el derecho, un imperativo para las leyes positivas"(51).

Gabriel Limodio postula esta centralidad de la persona en el campo del derecho privado. Para este autor, la dignidad de la persona humana y el bien común político son principios fundamentales del derecho privado y la "aplicación de dicho principio general respecto de la persona permitirá proponer una lectura jurídica que no sea meramente individualista pero que tampoco permita el asedio del poder estatal"(52).

En síntesis, como dice Hoyos Castañeda, "si los derechos humanos existen y si –tal como aparece en las declaraciones y pactos de derechos humanos– están fundados en la dignidad de la persona, ha de aceptarse que el ser humano es portador de un núcleo de juricidad propio. Sin resolver esta cuestión no puede hablarse de los derechos humanos, porque sin un pilar objetivo que reconozca que todo hombre es persona, entendiendo por ella un ser dotado de dignidad y portador de unos bienes que son derechos suyos, los textos internacionales de derechos humanos serían vana palabrería. He aquí por qué ésta es una cuestión nuclear para la filosofía del derecho, los derechos humanos y la teoría del derecho"(53).

8

Posiciones jurídicas que distinguen entre ser humano y persona humana. Crítica

Desconociendo esta necesidad de reconocer jurídicamente al ser humano como "persona" como forma privilegiada de tutelar su alta dignidad, advertimos que algunos propugnan que sea el derecho positivo quien "defina" quiénes son personas, para establecer quiénes pueden ser "titulares de relaciones jurídicas". Surge así una tendencia a introducir distinciones entre "ser humano" y "persona".

Ya hemos hecho referencia al pensamiento de Hans Kelsen, quien considera que la noción de "sujeto de derecho o de persona" es una "construcción artificial", "un concepto antropomórfico

creado por la ciencia jurídica con miras a presentar el derecho de una manera sugestiva"(54). Para Kelsen, "la persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica"(55). Para este autor, hombre y persona son "objetos totalmente diferentes: el concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos"(56). La distinción tiene fundamento en la teoría pura del derecho que elabora Kelsen. Las normas jurídicas son las que confieren derechos o imponen deberes a los hombres y, por tanto, no es indispensable la noción de persona, sino que hay que remitirse a las normas que regulan las conductas de los individuos. "Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de las normas"(57).

Se cae en la tentación de un análisis supuestamente "puro" de lo jurídico y se llega a afirmar que no es necesario que el hombre sea siempre persona, como podría ocurrir, si se concibiera la esclavitud o la muerte civil con características absolutas. Orgaz afirma que "la personalidad, por consiguiente, 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"(58).

En una fundada crítica a la postura de Kelsen, Guillermo A. Borda señala que "la persona no nace porque el derecho objetivo le atribuya la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino que le reconoce esa capacidad porque es persona. En otras palabras, la persona no es un producto del derecho, no nace por obra y gracia del estado; es el "hombre de carne y hueso", el que nace, sufre y muere –sobre todo muere– el que come y juega y duerme y piensa y quiere"(59).

La posibilidad de introducir distinciones en virtud de las cuales ciertos seres humanos no serían personas presenta antecedentes históricos. Décadas atrás, algunos Estados negaron a ciertos grupos de personas su carácter de tales en función de su color de piel o de la religión que profesaban. Por ejemplo, "en la Canada Indian Act de 1880 se sostenía que "persona significa un individuo distinto a un indio". En la Canada Franchise Act de 1885 se definía una persona como "una persona masculina incluyendo a un indio y excluyendo a una persona de raza de Mongolia o China". En 1912, la Corte de Apelaciones de Columbia Británica sostuvo que las mujeres no eran personas y por tanto no eran elegibles para entrar en la profesión legal. En 1928 la Corte Suprema de Canadá excluyó a las mujeres de la definición de persona y sostuvo que las mujeres no eran elegibles para una designación en el Senado de Canadá"(60).

En otro orden, en visiones bioéticas de nuestro tiempo, surge de nuevo la distinción entre ser humano y persona humana, como bien describe el Dr. Andorno(61), quien refiere al pensamiento del estadounidense H. Tristram Engelhardt y el australiano Peter Singer, y explica que Engelhardt

considera que "no todos los seres humanos son personas" y plantea su distinción entre "personas en sentido estricto" y "vida biológica humana". Las "personas" son seres autoconscientes, racionales, libres en sus opciones morales. En cambio, caen fuera de esta categoría, entre otros, los fetos, los recién nacidos, los retardados mentales profundos y los comatosos sin posibilidades de recuperación. Estos seres no son susceptibles de reproche ni de elogio alguno, no pueden hacer promesas ni celebrar contratos por sí mismos. Por ello caen fuera de la "empresa moral secular". El hecho de que pertenezcan a la especie humana no tiene ninguna trascendencia ética, según Engelhardt, dado que tal pertenencia sería un mero dato biológico"(62). En la visión de Singer, incluso algunos mamíferos superiores (perros, chimpancés, etc.) que tienen un cierto grado de conciencia deberían ser reconocidos como "personas"(63). Andorno critica estas posturas, pues incurren en un reduccionismo: "Es como si la personalidad humana fuera identificada a una suma de actividades, en lugar de ser reconocida como el acto de ser fundante del individuo"(64).

Hoy en día, la distinción entre ser humano y persona afecta en primer lugar al concebido pues, en lugar de reconocer el hecho de su realidad humana, se utiliza la noción jurídica de "persona" para afirmar que luego de la concepción tenemos simplemente "vida humana", mientras que recién en el nacimiento habría una "persona", pues recién allí el sujeto es completamente autónomo(65).

Aquí se encuentra, quizás, una de las tragedias del positivismo jurídico: haberse arrogado la potestad de determinar qué hombres son personas. Como afirma Llambías, criticando la postura de Orgaz, que ubica el surgimiento de la personalidad en el momento del nacimiento, "no hay manera de aceptar la discriminación pretendida entre vida humana y persona humana, puesto que no hay otro modo de ser hombre sino invistiendo el carácter de persona humana que nos comunica la infusión del alma que Santo Tomás define como el principio primero por el cual vivimos, sentimos, nos movemos y entendemos. Pues si el hombre es el compuesto de alma y cuerpo, no se advierte qué clase de vida humana puede haber que no sea presidida por el alma" (66).

La personalidad en los tratados de derechos humanos

La aparición de los tratados sobre derechos humanos ha venido a devolver centralidad a la noción de persona y a exigir que ella abarque a todo ser humano. De esta forma, a la luz de la incorporación con "jerarquía constitucional" de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN), podemos decir que se ha "constitucionalizado" el concepto de "persona". Los textos normativos en que se apoya esta afirmación son:

a) El art. 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que establece que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

b) El art. 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948): "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".

c) El art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996), que dispone: "Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

d) El art. 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), que reconoce que "persona es todo ser humano", y que se complementa con el art. 3º, que dice: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

e) La Convención de los Derechos del Niño (1989), si bien no incorpora un "derecho al reconocimiento de la personalidad" de manera expresa, lo presupone cuando en su Preámbulo reconoce "que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión".

Así, la definición de "persona" que ofrecía el Código Civil de Vélez Sarsfield y la noción de "persona humana" del nuevo Código Civil y Comercial tienen que ser consideradas a la luz de estas claras disposiciones que gozan de rango constitucional, de modo tal de reconocer que todo ser humano, por el solo hecho de ser tal, es persona para el orden jurídico. No es el ordenamiento jurídico el que "otorga" la personalidad, sino que la "reconoce", como surge expresamente de los artículos que acabamos de transcribir. Por todo ello, cabe concluir que la noción jurídica de persona refiere primariamente al ser humano y no puede ser instrumentalizada para excluir a algunos seres humanos de tal garantía jurídica, pues ello significaría aniquilar toda la tutela jurídica que merece la persona y que garantizan los tratados internacionales de derechos humanos.

La noción de persona en el Código Civil de Vélez Sarsfield

El Código Civil argentino redactado por Vélez Sarsfield (ley 340) no permaneció al margen de las notas del proceso de codificación al que hemos hecho referencia e incorporó entre sus normas una definición de "persona". Al respecto, el art. 30 establece que "son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones".

Esta definición está tomada del art. 16 del Esbozo de Freitas e "identifica la noción de persona con la de cualquier ente dotado de la aptitud para la adquisición de derechos"(67). En tal sentido, debemos reconocer que abre la posibilidad de una eventual lectura positivista del concepto de persona, en la línea antes señalada, corriéndose el riesgo de que, en lugar de atender a la identificación entre hombre y persona, se considere que la persona sea un simple centro de imputación de normas. "Es cierto que el derecho se ocupa del hombre en tanto y cuanto es agente de efectos jurídicos, y desde este punto de vista meramente descriptivo puede aceptarse como acertada la definición legal. Pero a condición de tener bien presente que el derecho, para responder a su finalidad esencial, no puede dejar de "reconocer" la personalidad jurídica del hombre"(68).

Esta identificación de la personalidad con la capacidad encuentra un antecedente clave en Savigny, quien considera el tema a partir de la necesidad de definir quién es capaz de establecer relaciones jurídicas y quién no: "Las relaciones jurídicas suponen una persona determinada, ya frente a otra igualmente determinada, ya frente a todas, sin precisar ninguna de ellas en particular (...) Todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente al ser racional, y por eso la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre, pudiéndose formular la identidad primitiva de ambas ideas en estos términos: Todo individuo, y solo el individuo, tiene capacidad de derecho"(69). Hasta aquí la noción jurídica de persona aparece como identificada con la de hombre.

Ahora bien, para Savigny esta identidad entre "hombre" y "persona" puede ser alterada por el derecho positivo, que "puede modificar la idea primitiva de la persona, restringiéndola o ampliándola, de igual modo que negar a ciertos individuos la capacidad de derecho en totalidad y en parte, y además, arrancando, por decirlo así, dicha capacidad del individuo, crear artificialmente una personalidad jurídica"(70).

Se advierte, en este desarrollo teórico, con claridad, la irrupción de una distinción entre ser humano y persona, unida a la consideración del tema de la "capacidad". Savigny habla de ampliar o restringir la personalidad, introduciendo así una confusión entre persona y capacidad(71). En efecto, una cosa es afirmar que se puede ampliar o restringir el concepto jurídico de persona, y algo

muy distinto es decir que todos los hombres son personas y que su capacidad puede ser ampliada o restringida según lo determinen las normas positivas, siempre respetando el derecho natural. La primera de estas opciones aparece explicitada en los textos citados de Savigny y supone una definición de la persona que la identifica con su capacidad jurídica, sustrayéndole al concepto jurídico su sustrato real y, por tanto, convirtiéndolo, en los hechos, en un mero "instrumento" del derecho positivo. Así, se llega a afirmar que la protección legal al concebido es una "ficción"(72).

En realidad, como hemos visto, el término "persona" refiere primariamente al hombre en cuanto tal, mientras que la capacidad es uno de sus atributos, es decir, una de las "cualidades intrínsecas y permanentes que concurren a constituir la esencia de la personalidad y a determinar al ente personal en su individualidad"(73). Por eso, la noción jurídica de "persona" no puede reducirse a una simple constatación de quiénes son capaces de entablar relaciones jurídicas.

Abordar el concepto jurídico de persona a partir de la capacidad mira más las consecuencias inherentes a la condición de persona que a la esencia del ser personal. Por eso, el concepto de persona debe ser considerado como categoría no puramente formal, sino como expresión en el campo jurídico de la realidad del ser humano. Es fundamental el apoyo de la antropología, que brinda los elementos que permiten tal definición. Y podemos decir que esta necesaria identidad entre ser humano y persona en el campo del derecho exige un reconocimiento explícito del concebido como "persona por nacer", ya que es la concepción el momento en que comienza la existencia de ese nuevo ser humano.

Volviendo al Código Civil argentino, debemos aclarar que, si bien el art. 30 define a la persona en función de la capacidad, para el art. 51 "todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible".

De esta forma, el art. 51 asegura la identidad entre hombre y persona. Esta identidad se refuerza desde el momento en que se reconoce que la existencia de la persona comienza desde la concepción (arts. 63 y 70, cód. civil). El precepto del art. 51 claramente se enmarca en la línea de "reconocer" a todos los hombres, por el mero hecho de ser tales, el carácter de persona. "Con ello, el codificador ha logrado un adecuado ordenamiento jurídico conformado a los principios básicos instituidos por la Constitución Nacional que garantiza la igualdad de todos los habitantes ante la ley (art. 16, Constitución Nacional)"(74). De esta manera, se adopta la fórmula que es conforme con la realidad del ser humano y que mejor recoge la tradición filosófica y jurídica.

La redacción del art. 51 del Código de Vélez se entiende a la luz de antiguas disposiciones del derecho romano (Digesto) y de las Partidas, que exigían que la persona presentara signos característicos de humanidad y, fundamentalmente a los fines sucesorios, excluían a los que

nacieren con caracteres de monstruo o prodigio (monstrum o prodigium)(75). Entendemos que, cuando dice que no se hará distinción de "cualidades o accidentes", el Código pretende incluir a todo ser humano, sin importar las malformaciones que presente, por graves que sean. En sentido concordante, el art. 72 señala que "no importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo". Esta referencia al "ente" que es humano, sin importar cualidades o accidentes, resulta plenamente coherente con la definición filosófica de persona, que no mira la posesión efectiva de ciertas propiedades o el ejercicio actual de ciertas funciones, sino la realidad ontológica.

Se ha criticado el art. 51 al afirmar que incurre en un exceso de definición(76). Desde una perspectiva de técnica legislativa la objeción parece válida, siempre y cuando se reconozca que la persona "de existencia visible" es siempre el "ser humano". Sin embargo, a la luz de las posturas que propugnan diferenciar "persona" y "hombre", la norma del art. 51 ha cobrado particular vigencia y ha servido para garantizar la plena protección jurídica a algunos seres humanos. En efecto, dicho artículo señala que todo ser humano es persona para el Código Civil argentino y, aunque la redacción puede ser mejorable, procura abarcar toda posible situación y, por tanto, no excluye a nadie. Ello ha resultado de vital importancia, por ejemplo, ante los planteos de legitimación del "aborto" en niños por nacer con discapacidades o malformaciones severas o ante la necesidad de reconocer el carácter de persona de los embriones concebidos extracorpóreamente.

De esta forma, Vélez Sarsfield reconoce el dato de la realidad: el ser humano, sin distinciones y desde su concepción (cf. arts. 63 y 70), es una persona para el derecho. Tal disposición resulta congruente con la igualdad de todos ante la ley (art. 16, CN) y con las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos que consagran el derecho a la personalidad jurídica y que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

La persona humana en el nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994) y su referencia al proyecto de 1998

El Libro Primero del nuevo Código se refiere a la llamada "Parte General", y su Título I está dedicado a la "Persona humana". Este título no contiene, a diferencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, ni definición de persona (actual art. 30), ni definición de persona humana (actual art. 51 sobre la persona física o de existencia visible). Se ha afirmado que "la persona se presenta como un núcleo de irradiación de derechos. En tanto este fenómeno ha sido captado en los tratados internacionales y en las constituciones, se produce un enlace, un punto de contacto entre el derecho privado y el público constitucional"(77). A continuación analizaremos sus disposiciones y

nos referiremos a la concepción de persona subyacente a la luz de los fundamentos del Anteproyecto.

a) La persona humana en las disposiciones del Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil adopta la terminología "persona humana" siguiendo al Proyecto de Código de 1998. En este punto, el Título I dedicado a la persona humana se estructura en 10 capítulos, a saber:

* Capítulo 1: Comienzo de la existencia

* Capítulo 2: Capacidad, que se divide en tres secciones: Sección 1ª, Principios generales; Sección 2ª, Persona menor de edad, y Sección 3ª, Restricciones a la capacidad. Esta Sección 3ª se divide, a su vez, en cinco párrafos: 1º, Principios comunes; 2º, Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad; 3º, Actos realizados por persona incapaz o con capacidad restringida; 4º, Cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad; 5º, Inhabilitados

* Capítulo 3: Derechos y actos personalísimos

* Capítulo 4: Nombre

* Capítulo 5: Domicilio

* Capítulo 6: Ausencia

* Capítulo 7: Presunción de fallecimiento

* Capítulo 8: Fin de la existencia de las personas

* Capítulo 9: Prueba del nacimiento, de la muerte y de la edad

* Capítulo 10: Representación y asistencia. Tutela y curatela, que se divide en tres secciones: 1ª, Representación y asistencia; 2ª, Tutela y 3ª, Curatela.

En este marco, algunos artículos resultan clave para comprender la noción de persona humana que asume el nuevo Código Civil y Comercial. Ante todo, el art. 19 finalmente aprobado dispone:

"Art. 19. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción".

De este modo, no cabe duda de que la noción jurídica de "persona humana" se identifica plenamente con la de ser humano, pues la referencia a la concepción disipa todo debate sobre una etapa prenatal en la que el ser humano individual no sería persona. Este artículo se complementa con el ya citado art. 51, referido a la inviolabilidad de la persona humana en razón de su dignidad. Y encuentra su fundamento en las disposiciones constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos. De tal modo, no puede admitirse ninguna postura que pretenda negar dignidad a un ser humano, o excluirlo de la protección jurídica de la personalidad.

Igualmente importantes son los artículos referidos a la capacidad, pues sostienen sin distinciones:

"Art. 22. Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

"Art. 23. Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial".

De esta forma, podemos sostener que el Código Civil y Comercial en su versión finalmente sancionada y promulgada se inscribe en la tradición humanista de la República Argentina y los tratados internacionales de derechos humanos, que reconocen a todo ser humano como persona, sin distinción de cualidades o accidentes.

b) La cuestión de la persona y el derecho civil en los Fundamentos del Anteproyecto

Dado que no hay en el Código Civil y Comercial aprobado en 2014 una definición de persona humana, para indagar en la concepción antropológica subyacente en el nuevo texto legal conviene estudiar los Fundamentos del Proyecto correspondientes al texto enviado al Congreso en 2012. Allí se afirma lo siguiente:

"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".

Inicialmente, nos atuvimos a la literalidad de lo expresado en este primer párrafo de los Fundamentos y supusimos que esta opción legislativa de no incluir una definición de persona se alineaba con el Proyecto de 1998, que expresamente afirmaba:

"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".

Sin embargo, en la versión final de los Fundamentos del Proyecto 2012 se agregaron algunas frases que complicaron la interpretación. En efecto, se afirma:

"Es importante señalar que, dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios. Desde esa perspectiva, el anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción in utero, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el anteproyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el Código Civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia".

Esta redacción introduce una incoherencia en relación con el Proyecto de 1998. Mientras que para el Proyecto de 1998 el derecho civil no crea la personalidad, sino que la reconoce porque "es una noción que proviene de la naturaleza", para el Proyecto 2012 "dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil".

La concepción positivista de la persona subyacente en los Fundamentos antes citados del Proyecto 2012 resulta contradictoria con los mismos Fundamentos del Anteproyecto cuando sostienen al inicio:

"Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma 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. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado".

Pues bien, el mismo texto de los Fundamentos del Proyecto 2012 dice, párrafos más abajo, que la principal institución-noción-figura jurídica del Código, la persona humana, solo se regula a los fines del Código y sin proyección sobre otros ordenamientos, como hemos transcripto. Una incoherencia incompatible con el declamado principio de constitucionalización del derecho privado.

Otra contradicción puede señalarse en los Fundamentos del proyecto. Es interesante advertir que, para el nuevo Código Civil y Comercial, el "cuerpo humano" es relevante jurídicamente (art. 17). En los Fundamentos del proyecto comentando, el art. 17 afirma: "Tradicionalmente se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona y sobre este aspecto no hay mayores discusiones". Incluso en los Fundamentos, al hablarse del cuerpo humano, se rechaza una "concepción patrimonialista" del cuerpo, porque "plantea problemas de todo tipo. Hay problemas lógicos, porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular, que es inescindible de ella; la identidad cuerpo-cosa-persona es un obstáculo difícil de superar. Hay problemas éticos, porque se afecta la dignidad humana". En síntesis, los Fundamentos presentaban una visión de unidad de cuerpo y alma como esencia de la persona, incompatible con la postura que distingue entre ser humano como noción biológica y persona como realidad puramente jurídica.

Por otra parte, si en el centro de las valoraciones jurídicas se encuentra la dignidad de la persona humana y su inviolabilidad (art. 51, cód. civil y comercial), esa inviolabilidad exige que no sea manipulada o acomodada la definición de persona en función de intereses preexistentes, pues de otro modo la declaración del art. 51 se convierte en letra muerta a merced de la decisión del legislador de turno.

En otro orden, la redacción de los Fundamentos del Proyecto 2012 estuvo motivada por la controvertida redacción que se había propuesto para el art. 19 vinculado con el comienzo de la existencia de la persona. El texto del Anteproyecto contemplaba dos momentos para el inicio de la vida humana, al sostener:

"Art. 19. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado" (versión del Proyecto original no aprobada).

Sin embargo, luego de las numerosas presentaciones que se realizaron en las audiencias públicas

convocadas por la Comisión Bicameral para la Reforma del Código, el Congreso finalmente sancionó un texto que eliminó esa distinción entre los embriones según el lugar de su concepción. El texto del art. 19 finalmente aprobado dice:

"Art. 19. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción".

Dado que la versión finalmente aprobada sostuvo en el art. 19 que "la existencia de la persona humana comienza con la concepción", toda la argumentación de los Fundamentos citados del proyecto referida a la distinción entre persona y ser humano respecto al embrión perdió virtualidad. Así, podemos decir que el Código Civil y Comercial finalmente sancionado por el Congreso se apartó de la intención primera de la Comisión Redactora del Proyecto y optó por la postura que sostiene:

a) que todo ser humano es persona desde la concepción,

b) que la personalidad no es una creación artificial del legislador, sino un dato de la naturaleza que la ley positiva reconoce, y

c) que no hay seres humanos que no sean personas humanas.

12

La clasificación de las personas en el Código Civil

En el Código Civil de Vélez Sarsfield, luego de la definición que contiene el art. 30, el codificador procede a presentar su clasificación de las personas. Así, el art. 31 dispone que "las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible".

La terminología adoptada no es utilizada en otros ordenamientos jurídicos y sigue a Freitas, quien, al utilizar la expresión "de existencia ideal", procuró una denominación más amplia, capaz de abrazar todas las representaciones posibles(78).

Por su parte, el art. 51 reconoce que son "personas de existencia visible" "todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes", mientras que el art. 32 establece que "todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas".

En el nuevo Código Civil y Comercial se distingue entre "persona humana" y "personas jurídicas". Respecto de las personas humanas, no hay en el texto sancionado una definición. Por su parte, el art. 141 define a las personas jurídicas:

"Art. 141. Definición. Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación".

Para finalizar nuestra reflexión, nos detendremos a considerar esta categoría de "personas jurídicas".

13

Las "personas jurídicas" o "morales"

Desde esta aproximación al concepto de "persona", advertimos claramente que todo ser humano, por el solo hecho de ser tal, es persona. Pero existen en el derecho positivo otros "entes" que reciben el nombre de "personas jurídicas" o "morales". ¿Es correcto hablar de "personas" en estos casos?

Para resolver esta cuestión nos valemos nuevamente de la "analogía" propia del término "persona". En efecto, mientras que el esquema clásico de abordaje de la cuestión de las personas jurídicas se centra en el debate entre las teorías de la ficción y de la realidad, una mirada desde la analogía permite concluir que el primer analogado son las personas divinas, a las que les corresponde por grado eminente el nombre de persona. El ser humano, creado a imagen y semejanza de Dios, participa de la naturaleza racional y, por tanto, análogamente es designado "persona". Ahora bien, el hombre, a través de las autoridades políticas, otorga a algunos el carácter de "persona" con fines jurídicos y para establecer una clara distinción de la persona "jurídica" con sus miembros.

Este uso de la analogía no significa "instrumentalizar" el término "persona" para transformarlo en un "producto" del legislador, quien podría arbitrariamente atribuir o quitar personalidad a entes diversos y no humanos, como puede suceder en cierto positivismo. "Persona" se refiere primariamente a Dios y al ser humano y, por extensión, a estas realidades humanas que conforman un substrato compuesto por "elementos personales (individuos humanos), reales (bienes) y fines"(79). Cabe aclarar que el ordenamiento jurídico no crea la personalidad del ser humano, sino que la reconoce a todo hombre por el solo hecho de ser tal. Pero cuando este término se extiende a otros sustratos humanos, "el modo por el cual puedan expresarse estos nuevos sujetos de derecho es asunto de mera técnica jurídica"(80).

En el derecho de la Iglesia católica, el canon 113 del Código de Derecho Canónico reconoce la existencia de personas jurídicas. Al respecto, en un comentario a dicho Código puede leerse: "Junto a las personas físicas, el derecho canónico reconoce también a las personas jurídicas. Estas se deberán entender por analogía con las personas físicas"(81).

Este enfoque permite distinguir entre la personalidad del ser humano, que no es "creada" ni "otorgada" por el Estado, sino que le viene por su dignidad y por su semejanza con las personas divinas, y la de las "personas jurídicas", que reciben este nombre por analogía y por una concesión del ordenamiento jurídico positivo que reconoce cierto sustrato que se "asemeja", se "analoga" a la persona humana. En este sentido, reiteramos que no creemos que la personalidad sea un simple producto del orden jurídico y no cabría extender este término a otras realidades que no sean humanas, pues ello supondría violentar la "analogía" a la que hicimos referencia y que nos remite a realidades espirituales subsistentes.

VOCES: PERSONA - CÓDIGOS - CÓDIGO CIVIL - PERSONA JURÍDICA - DERECHOS HUMANOS - TRATADOS INTERNACIONALES

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Consideraciones personales acerca de las recomendaciones elaboradas por la FIGO sobre los aspectos éticos de la reproducción humana, por Liliana A. Matozzo de Romualdi, ED, 170-1079; persona humana, experimentación y clonación, por Alberto Rodríguez Varela, ED, 171-1049; La persona humana al finalizar el segundo milenio cristiano, por Alberto Rodríguez Varela, ED, 190-770; Persona humana, sexualidad y uniones civiles (homosexualidad), por Carlos Abel Ray, ED, 198-754; En la dignidad de la persona humana hay algo que importa más que los tratados internacionales y las leyes, por Javier H. Barbieri, ED Política Criminal, diario n° 12.044 del 8-7-08; Proyecto de Recodificación Código Civil 2012: en persona humana y derecho de familia en contraste con el pensamiento y obra del Dr. Guillermo A. Borda, maestro del derecho como ciencia práctica, por Catalina Elsa Arias de Ronchietto, ED, 250-912; El régimen internacional jusprivatista sobre la capacidad de la persona humana en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Los problemas derivados del favor negotii, por Alejandro Aldo Menicocci, ED, 256-818. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Digesto, L. 2, "De statu hominu". 1,5.

(2) Este artículo constituye una actualización del capítulo titulado Las personas publicado en el libro Principios de derecho privado, Gabriel Limodio (ed.), Buenos Aires, Educa, 2009.

(3) Seguimos en este punto a Hoyos Castañeda, Ilva M., El concepto jurídico de persona, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1989, pág. 346 y sigs.

(4) Boecio, De duabus naturis, 3, citado por Tomás de Aquino, Suma de Teología, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1994, Parte I, c. 29 a. 3, pág. 326.

(5) Lamas, Félix A., El hombre y su conducta, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 2013, pág. 154.

(6) Hoyos Castañeda, Ilva M., El concepto jurídico..., cit., pág. 374.

(7) Sgreccia, Elio, Manual de bioética, México, Diana, 1996, pág. 119. Para José Ferrater Mora "las elaboraciones más explícitas de la noción de persona se deben en especial al pensamiento cristiano" (Diccionario de filosofía abreviado, Buenos Aires, Sudamericana, 1970, pág. 329).

(8) Boecius, De duabus naturis, 3: ML 64,1343, citado en Tomás de Aquino, Suma de Teología, I. c. 29, a. 1, pág. 320.

(9) Fuste Perello, Sebastián, O.P. comentando la cuestión 29 (Tomás de Aquino, Suma de Teología, cit., pág. 321).

(10) Ver Tomás de Aquino, Suma de Teología, I c. 29, a. 3: "Persona significa lo que en toda naturaleza es perfectísimo, es decir, lo que subsiste en la naturaleza racional. Por eso, como a Dios hay que atribuirle todo lo que pertenece a la perfección por el hecho de que su esencia contiene en sí misma toda perfección, es conveniente que a Dios se le dé el nombre de persona. Sin embargo, no en el mismo sentido con que se da a las criaturas, sino de un modo más sublime".

(11) Guillermo P. Blanco, entre otros autores, formula una distinción entre persona y personalidad en los siguientes términos: "El concepto antropológico de 'persona' es un concepto ontológico: la sustancia individual constituida por un alma espiritual, en tanto el concepto psicológico de 'personalidad' es un concepto funcional, operativo: se refiere a los dinamismos responsables de actos y conductas" (Curso de antropología filosófica, Buenos Aires, Educa, 2002, pág. 540).

(12) "Término unívoco es el que designa a varios objetos según una misma significación; equívoco, el que se refiere a ellos según significaciones enteramente distintas; y, en fin, el término análogo es un cierto medio entre el unívoco y el equívoco, de suerte que denomina a varios objetos según una significación parcialmente distinta y parcialmente la misma" (Millán Puelles, Antonio, Fundamentos de filosofía, Madrid, Rialp, 1978, pág. 492).

(13) Ferrara, Ricardo, El misterio de Dios. Correspondencias y paradojas, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2005, pág. 526.

(14) San Agustín, De Trinitate, VI, 11, citado por Ferrara, Ricardo, El misterio..., cit., pág. 528.

- (15) Santo Tomás de Aquino, Suma de Teología, cit., pág. 326.
- (16) Lucas Lucas, Ramón, Antropología y problemas bioéticos, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2005, pág. 85.
- (17) Ibídem, pág. 86.
- (18) Ibídem, pág. 87.
- (19) Ibídem, pág. 95.
- (20) Ibídem, pág. 96.
- (21) Ferrara, Ricardo, El misterio..., cit., pág. 530.
- (22) Ídem.
- (23) Lucas Lucas, Ramón, Antropología y problemas..., cit., pág. 101.
- (24) Herrera, Daniel A., La persona y el fundamento de los derechos humanos, Buenos Aires, Educa, 2012, pág. 526. Ver también el profundo estudio del tema en la obra ya citada del Prof. Félix Adolfo Lamas.
- (25) Spaemann, Robert, Personas. Acerca de la distinción entre "algo" y "alguien", traducción de José Luis del Barco, Pamplona, EUNSA, 2000, pág. 37.
- (26) Spaemann, Robert, Sobre el concepto de dignidad humana, en AA. VV., El derecho a la vida, Pamplona, 1998, C.I. Massini y P. Serna (eds.), EUNSA, pág. 91.
- (27) Ver, en general, Meltzer Henry, Leslie, The Jurisprudence of Dignity, 160 U. Pa. L. Rev. 169 (2011); Green, Ronald M., Babies By Design: The Ethics Of Genetic Choice (2007); Kateb, George, Human Dignity (2011); Meilander, Gilbert, Neither Beast Nor God: The Dignity of the Human Person (2009); Pinker, Steven, The Stupidity of Dignity, New Republic, May 28, 2008, at 28, 30.
- (28) Ver en general: Calo, Zachary R., Human Dignity and Health Law: Personhood in Recent Bioethical Debate, 26 Notre Dame J.L., Ethics & Pub. Pol'y 473 (2012) (argumentando en pág. 499, que la dignidad es importante porque provoca el trabajo de definir cómo nos entendemos a nosotros mismos y las obligaciones de nuestra vida común). Un libro reciente sobre el tema: Human Dignity in Bioethics: From Worldviews to the Public Square, Stephen Dilley & Nathan J. Palpant (eds.), 2013.
- (29) Macklin, Ruth, Dignity Is a Useless Concept, 327 Brit. Med., 2003, J. 1419.
- (30) Andorno, Roberto, Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics, 34 J. Med. & Phil., 2009, 223, 228.
- (31) Hoyos Castañeda, Ilva M., De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico, Bogotá, Temis - Universidad de La Sabana, 2005, págs. 162/173.
- (32) Lucas Lucas, Ramón, Antropología y problemas..., cit., pág. 93.
- (33) Chávez-Fernández Postigo, José, La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano, Lima, Palestra, 2012, pág. 92.
- (34) Herrera, Daniel A., La persona..., cit., pág. 382.
- (35) Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general, Buenos Aires, Perrot, 1989, t. I, pág. 247.
- (36) Corral Talciani, Hernán, El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida, Ius et Praxis, 2005, vol. 11, nº 1, págs. 37/53. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100003&lng=es&nrm=iso (último acceso: 31-12-08).
- (37) Corral Talciani, Hernán, Derecho civil y persona humana. Cuestiones debatidas, Santiago de Chile, LexisNexis, 2007, pág. 7.
- (38) Coing, Helmut, Derecho privado europeo. Tomo I. Derecho común más antiguo (1500-1800), Madrid, trad. Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, 1996, pág. 220.
- (39) Lamas, Félix A., El hombre..., cit., pág. 154.
- (40) Corral Talciani, Hernán, El concepto jurídico..., cit.
- (41) Corral Talciani, Hernán, Derecho civil..., cit., pág. 15.
- (42) Corral Talciani, Hernán, El concepto jurídico..., cit.
- (43) Medrano, José M., Política, derecho y codificación, en AA. VV., La codificación: raíces y perspectivas, Buenos Aires, Educa, 2003, pág. 226.

- (44) Cfr. Andorno, Roberto, ¿Persona-substancia o persona-conciencia? El debate en torno a una noción central de la bioética, en *Persona y Bioética*, 1997, vol. 1, N° 1.
- (45) Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1983, pág. 102.
- (46) *Ibídem*, pág. 103.
- (47) Hoyos Castañeda, Ilva M., *El concepto jurídico...*, cit., pág. 205.
- (48) Hervada, Javier, *Escritos de derecho natural*, 2ª ed. ampliada, Pamplona, EUNSA, 1993, pág. 464.
- (49) *Ibídem*, pág. 467.
- (50) Hoyos Castañeda, Ilva M., *La personalidad jurídica del que está por nacer en el ordenamiento jurídico colombiano. Consideraciones de derecho público y de derecho privado*, en AA. VV., *L'Inizio della persona nel sistema giuridico romanista*, Roma, Università di Roma La Sapienza, 1997, págs. 164/165.
- (51) Corral Talciani, Hernán, *El concepto jurídico...*, cit.
- (52) Limodio, Gabriel, *Los principios y la enseñanza del derecho privado*, prólogo de Rodolfo L. Vigo, Buenos Aires, Educa, 2008, pág. 336.
- (53) Hoyos Castañeda, Ilva M., *De la dignidad...*, cit., pág. 7.
- (54) Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., pág. 125.
- (55) *Ídem*.
- (56) *Ibídem*, pág. 126.
- (57) *Ídem*.
- (58) Orgaz, Alfredo, *Personas individuales*, Buenos Aires, 1946, pág. 7. En un fallo del 22-5-07 la mayoría de la Corte Suprema, al comentar las disposiciones del Código Civil argentino sobre persona y persona por nacer, introduce en el consid. 10 la distinción de Orgaz entre "hombre" y "persona". El fallo hace lugar a un reclamo formulado por la Sra. Elvira Berta Sánchez respecto de su derecho a cobrar una indemnización por el fallecimiento de su nieta por nacer como consecuencia del accionar de las Fuerzas Armadas entre el 6 de noviembre de 1974 y el 10 de diciembre de 1983 (ley 24.411) (CS, "Sánchez, Elvira Berta c. M° J y DD.HH. - Art. 6 Ley 2411", 22-5-07).
- (59) Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 11ª ed. act., Buenos Aires, Perrot, 1996, t. I, pág. 232.
- (60) cfr. Lugosi, Charles, *Respecting Human Life in 21st. Century America: A Moral Perspective To Extend Civil Rights to the Unborn from Creation to Natural Death*, *Issues in Law & Medicine*, vol. 20, N° 2, 2005, pág. 242: "The Canada Indian Act 1880 stated, 'person means an individual other than an Indian'. The Canada Franchise Act 1885, defined a person as 'a male person, including an Indian and excluding a person of Mongolian or Chinese Race'. In 1912, the British Columbia Court of Appeal held that women were not persons and therefore not eligible to enter the legal profession. In 1928, the Supreme Court of Canada excluded women from the definition of person and held that women were not eligible for appointment to the Senate of Canada" (traducción nuestra).
- (61) Andorno, Roberto, ¿Todos los seres humanos son "personas"? El derecho ante un debate emergente, ED, 176-766.
- (62) *Ídem*.
- (63) *Ídem*.
- (64) *Ídem*.
- (65) Orgaz, Alfredo, *Personas individuales*, cit., pág. 34.
- (66) Llambías, Jorge J., *Tratado...*, cit., pág. 253.
- (67) *Ibídem*, pág. 246.
- (68) *Ibídem*, pág. 247.
- (69) Savigny, Friedrich K. von, *Sistema del derecho romano actual*, traducido por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 1878, Libro II, Cap. II, pág. 272.
- (70) *Ibídem*, pág. 273.
- (71) Legaz Lacambra entiende que Savigny ha hecho un aporte fundamental a la ciencia jurídica cuando afirma que "la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea del hombre". Sin embargo, reconoce, como Savigny, que "el derecho positivo puede modificar la idea primitiva de

la persona, restringiéndola o ampliándola, de igual modo que negar a ciertos individuos la capacidad de derecho en totalidad y en parte, y además, arrancando, por decirlo así, dicha capacidad del individuo, crear artificialmente una personalidad jurídica". Vemos aquí las confusiones existentes entre "capacidad" y "persona", de tal forma que se habla de "modificar la idea de persona" y "negar capacidad de derecho". Legaz Lacambra, Luis, Filosofía del derecho, Barcelona, Bosch, 1953, pág. 527.

(72) Von Tuhr ratificará este criterio; comentando el art. 1º del Código Civil alemán dirá que "fluye del artículo citado que el niño en el cuerpo de la madre, el nasciturus, no puede tener derechos. Sin embargo, para el nasciturus, y aun para el no concebido, pueden crearse expectativas, es decir, puede ser que antes del nacimiento ciertos hechos hayan dado lugar a una situación jurídica capaz de fundamentar ipso iure un derecho subjetivo en cuanto nazca el sujeto a cuyo favor está destinado. Los derechos que derivan de esas expectativas nacen recién con el alumbramiento. Únicamente en la sucesión hereditaria, de acuerdo con el art. 1923, II, el nasciturus se considera nacido antes de la apertura de la sucesión si en ese momento estaba ya concebido. La ficción tiene el efecto de que el nasciturus, en caso de ser el primero llamado a la sucesión, la adquiere directamente, siempre que nazca vivo, y se le considera como si fuese heredero desde el momento mismo de la apertura" (von Tuhr, A., Teoría general del derecho civil alemán, trad. de Tito Ravá, Buenos Aires, Depalma, 1946, vol. 1.2. Las personas, págs. 381/382).

(73) Llambías, Jorge J., Tratado..., cit., pág. 292.

(74) Ibídem, pág. 250.

(75) Cf. BELLUSCIO, AUGUSTO C., Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, Depalma, 1979, t. I, pág. 269.

(76) Cf. Llambías, Jorge J., Tratado..., cit., pág. 249. En esta línea argumental, también critica la disposición del art. 51 Enrique Banchio en Bueres, Alberto, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, t. 1, pág. 488.

(77) Lorenzetti, Ricardo L., El derecho privado como protección del individuo particular, RDPyC, nº 7, pág. 77, citado por Rivera, Julio C., Codificación, descodificación y recodificación, en Código Civil y Comercial comentado, Julio César Rivera y Graciela Medina (dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2014, t. I, pág. 39.

(78) Cf. Belluscio, Augusto C., Código Civil..., cit., pág. 135.

(79) Orgaz, Alfredo, Concepto y elementos de las personas colectivas, La Ley, t. 63, pág. 960.

(80) Llambías, Jorge J., Tratado..., cit., pág. 251.

(81) Código de Derecho Canónico, Antonio Benlloch Poveda (dir.), edición bilingüe, fuentes y comentarios de todos los cánones, Valencia, Edicep, 1993, pág. 74.