



LA PERSONA HUMANA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO

Por Carlos Salvadores de Arzuaga

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y CONTEXTO HISTÓRICO: el Código Civil de Vélez Sársfield

La reforma del Código Civil no es sólo una reforma legislativa, sino que expone un nuevo paradigma, quizás no profundo o revolucionario, pero que sí desafía a nuestra tradición jurídica y a valores que sustentaron nuestro progreso en el siglo pasado.

El Código Civil actual no fue una sanción legislativa casual. Tampoco un resultado directo del fenómeno de “la codificación”. Este proceso ya se había iniciado, o pretendido iniciar, durante el gobierno del General Gregorio de las Heras, hacia 1824, con la legislación comercial y militar.

La sanción del Código Vélez Sársfield, en 1869, constituye un sistema a través del cual se ejercerá la política a partir de la organización nacional. Marcó un punto de inflexión: dejó atrás la Argentina épica, y nació la Argentina moderna.

La Constitución de 1853 significó el quiebre histórico entre la anarquía y la organización nacional, con un techo ideológico liberal y católico. Pero faltaba el complemento para ordenar las conductas según valores y ejemplos. Hay que construir una historia que cohesione lo sentimental con lo racional. Cabe a Mitre contar nuestro pasado de lucha; con hombres que muestra más cerca de los altares o del Olimpo, que de la tierra ensangrentada por el enfrentamiento entre hermanos.

Su *Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina* (1857) inicia el fenómeno de “lo argentino” como identidad.

“ La reforma del Código Civil no es sólo una reforma legislativa, sino que expone un nuevo paradigma, quizás no profundo o revolucionario, pero que sí desafía a nuestra tradición jurídica y a valores que sustentaron nuestro progreso en el siglo pasado.”

Pero esto tampoco es suficiente, faltan las normas que reflejen el “techo ideológico” constitucional y que garanticen la seguridad jurídica con conductas ordenadas al bien social.

El Código Civil viene a cumplir con ese objeto. Además, clausura el ciclo de vigencia de las leyes españolas (Nueva recopilación -1567-, Fuero Real -1255-, Fuero Juzgo -1241-, Fuero Viejo de Castilla o Fuero de los Fijosdalgo -1248/1536-, Ley de Partidas -1248).

El Código se sanciona para una Argentina de aproximadamente 1.800.000 habitantes, cuyo 10% reside en la ciudad de Buenos Aires y con un componente importantísimo de extranjeros. En 1870 terminó la Guerra del Paraguay, que casi extingue lo mejor de la juventud porteña y deja no pocos conflictos en el interior de la República.

Vélez Sársfield, brillante político y abogado cordobés, tenía una formación sólida en derecho romano, no sólo dominaba el latín sino también el inglés, el francés y el italiano.

Con referencia al tema de esta exposición, para el derecho romano primitivo, la expresión persona tiene su equivalencia en “caput” que contenía tres “estatus”: la libertad, la familia y la ciudadanía. La persona será la “máscara” que representará al hombre en el derecho. “Persona”, en el derecho positivo, reemplazó a “caput” y fue el hombre con estado jurídico. Serán los juriscultos clásicos los que ampliarán el concepto; a los derechos civiles de libertad, ciudadanía, familia y se agregarán todos aquellos que dimanen de la propia naturaleza del hombre.

El ilustrado cordobés, tiene en el libro primero del Código las mayores opciones y debe



“...para el derecho romano primitivo, la expresión persona tiene su equivalencia en ‘caput’ que contenía tres ‘estatus’: la libertad, la familia y la ciudadanía. La persona será la ‘máscara’ que representará al hombre en el derecho. ‘Persona’, en el derecho positivo, reemplazó a ‘caput’ y fue el hombre con estado jurídico.”

elegir a través de su juicio. Vale como ejemplo: la viabilidad o no del por nacer, la emancipación, la mayoría de edad, el régimen matrimonial, etc.

Le reconoce personalidad al no nato, sin utilizar o recurrir a ficciones como era usual y además, le reconoce derechos patrimoniales. Mantiene la clasificación en menores impúberes, la mayoría de edad a partir de los 22 años, etc. Por la realidad del país con las uniones de hecho, tiende a proteger a los hijos nacidos de ellas, pero asegura a la familia legítima. De allí, la prohibición de indagar la paternidad o la maternidad de los adulterinos, incestuosos o sacrílegos. Distinta es la posición de los hijos naturales. Con estos principios y valores redacta Vélez Sársfield, el Código.

2. EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO

A partir de agosto próximo entra en vigencia un nuevo Código Civil y Comercial cuyas disposiciones, en alguna medida, rompen con la coherencia originaria. Los argumentos son variados y de diferente factura. Recurriendo a manifestaciones de los nuevos codificadores, el objetivo es la actualización del contenido normativo, la constitucionalización del derecho privado, los tratados de derechos humanos, “y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad”.

La diversidad y amplitud de las razones invocadas no colaboran para hacer una interpretación razonable del nuevo Código; por otra parte, -procede resaltar-, el basamento en que se cimenta es materia de discusión jurisprudencial y doctrinaria aún.

2.1. El comienzo de la existencia de la persona humana

El nuevo Código suprime los artículos 30 y 51. Desaparece la definición de persona humana. El contenido del artículo 70, si bien reducido, aparece ahora en el artículo 19 del plexo en ciernes.

Este dispone que la existencia de la persona comienza desde la concepción.

Ahora bien, la concepción puede ser no sólo en el seno materno como decía el Código de Vélez Sarsfield, sino fuera de él. En consecuencia, la existencia de la persona humana es independiente de dónde fue concebida. La concepción fuera del seno materno o "en vitro" no es en sí una cuestión de simple reproducción, sino que encierra otros problemas como el mercado reproductivo de embriones, la importación y exportación de los mismos, los embriones con fines comerciales o de investigación, el impacto de los embriones en los estudios genéticos, con las consecuente responsabilidad de las obras sociales, la selección genética, etc. De tal suerte, la palabra concepción debe interpretarse como fecundación, más allá de su implantación o no.

En cuanto a la interpretación del artículo 21 a cuyo tenor "los derechos y obligaciones del concebido o implantado en una mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nacen con vida", cabe considerar que no estamos ante dos clases de personas distintas.

Los codificadores aluden a dos estados o momentos de la persona por nacer.

Una interpretación distinta resultaría contradictoria con la letra del referido artículo 19.

En línea con esta hermenéutica, el artículo 57 establece una protección expresa para el embrión: "Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia".

Se ha sostenido con fundamento en lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo (1)" que no habría concepción si el embrión no ha sido implantado. Pero esta interpretación efectuada con respecto a una técnica prohibitiva del Estado demandado, no resulta aplicable a nuestro país, dado que el contexto fáctico exhibe particularidades ajenas a la normativa vernácula.

En suma, cabe considerar que la protección de la vida desde la concepción se encuentra prevista en el nuevo

(1) CIDH, 28-11-2012, Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica.



“...la existencia de la persona comienza desde la concepción. Ahora bien, la concepción puede ser no sólo en el seno materno como decía el Código de Vélez Sarsfield, sino fuera de él.”

Código (v. arts. 19, 21, 24, 57 y 101).

En línea con la conclusión que antecede, cabe tener presente que el artículo 9° de la Ley N° 26.944, que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, dispone en la cláusula transitoria segunda: "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial". Será entonces tarea del Congreso Nacional cumplir con esta manda, con la coherencia normativa que por un lado diseña el Código y por el otro, dentro de los límites que fija la Constitución Nacional.

Similar exégesis surge de los tratados que tienen jerarquía constitucional, y que la han adquirido en las condiciones de su vigencia (v. art. 75, inc. 22, C.N.).

En tal sentido, de la Convención Americana de Derechos Humanos se desprende que la existencia de la persona principia desde la concepción. La Convención de los Derechos del Niño entiende por niño a "todo ser humano hasta los 18 años" (v. art. 1°).

La Ley N° 23.849 que aprueba la referida Convención, lo hace con la reserva de que es niño todo ser humano desde "la concepción".

2.2. La capacidad

Los codificadores eliminan la tradicional división entre capacidad de hecho y de derecho, y la reemplazan por la capacidad de "ejercicio" y de "derecho". Según el artículo 22 la capacidad de derecho es el goce de la aptitud para ser titular de derechos y de deberes jurídicos.

Y a tenor del artículo 23, la capacidad de ejercicio consiste en que "Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial".

La incapacidad es excepcional; como supuestos de incapacidad de ejercicio se enuncian las personas por nacer; los que no tienen "edad y grado de madurez suficiente", y la dispuesta por sentencia judicial.

La expresión "madurez suficiente", sin duda, abre un interrogante que excede lo jurídico para introducirse en otras ciencias que determinarían el alcance del concepto "madurez" en cada hipótesis.

El artículo 25, más allá de establecer que menor de edad es toda persona de menos de 18 años, incorpora una nueva categoría, los que cumplieron 13 años y denomina "adolescente".

Este concepto no es unívoco. Nos remonta a Rousseau y a su obra "Emilio" (1762) (2).

La descripción del adolescente de una de las codificadoras no es muy diferente a la que efectuaba Rousseau allá por el siglo XVIII. Esta reminiscencia pone en crisis la apelación al modernismo que los reformadores del Código de Vélez parecen profesar.

De otra parte, no se puede encadenar edad con "madurez", y mucho menos edad con responsabilidad.

Tampoco podría sostenerse que esta categoría pudiera surgir de la Constitución toda vez que el artículo 75, inc. 23, protege al niño en situación de desamparo hasta la conclusión de enseñanza elemental. El constituyente prefirió dar más protección (seguridad social) a quienes carecen de los rudimentos primarios para desenvolverse con alguna autonomía en el medio social para su salud, integridad física, etc.

Puede resultar simplemente superficial dedicarnos a la adolescencia, sin advertir las consecuencias que tiene esta categoría de menor dentro del nuevo Código. En este sentido, hay una disposición que no puede pasar desapercibida, porque sus implicancias no pueden evaluarse en atención a la generalidad de los términos que tiene el artículo y cuyos conceptos no son unívocos.

“Los codificadores eliminan la tradicional división entre capacidad de hecho y de derecho, y la reemplazan por la capacidad de ‘ejercicio’ y de ‘derecho’.”

(2) Emilio o De la Educación. En esta obra, Jean Jacques Rousseau pretende ilustrar cómo se debe educar al ciudadano ideal. No incluye en este ideal a las mujeres, cuya educación –según el filósofo–, debe tender a agradar a los hombres (libro V).



“La imprecisión de palabras o términos o expresiones como ‘invasivo’, ‘compromiso de salud’, o ‘provocación a un riesgo grave’, abre un abanico de posibilidades que no se compadecen con la supuesta madurez que tiene o debe tener un adolescente.”

Según el artículo 26, cuarto párrafo, “Se presume que el adolescente entre 13 y 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”.

La imprecisión de palabras o términos o expresiones como “invasivo”, “compromiso de salud”, o “provocación a un riesgo grave”, abre un abanico de posibilidades que no se compadecen con la supuesta madurez que tiene o debe tener un adolescente.

El último párrafo del citado artículo establece que: “A partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. Ni a Rousseau se le hubiera ocurrido dar semejante atribución o disposición a un joven de 16 años, pues es evidente que una persona de esa edad carece de conocimiento y experiencia, para tomar en soledad decisiones de ese tipo, como es la protección y preservación de su cuerpo. No puede quedar en el simple parámetro de la edad una habilitación como esta.

El artículo 31 establece las reglas generales de la restricción de la capacidad.

La capacidad de ejercicio se presume; las limitaciones son excepcionales; la interdisciplinariedad es la forma en que debe intervenir el Estado; la información es un derecho y debe ser dada de manera que sea comprensible; la asistencia letrada, en su caso provista por el Estado en el proceso judicial, y las restricciones de derechos y libertades fruto de medidas terapéuticas deben ser acotadas. Es asimismo de advertir que la mayoría de estos principios generales remiten, reenvían o se vinculan con normas dispersas, o ajenas al Código.

La categoría contemplada en el artículo 141 -demente- del Código de Vélez desaparece. El artículo 32 establece las siguientes nociones: a) Personas con capacidad restringida porque “padecen una adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad” siempre que resulte “un daño a su persona o a sus bienes” el ejercicio de la plena capacidad. b) Personas incapaces que así son declaradas judicialmente porque se encuentran “absolutamente imposibilitadas para interactuar con su entorno y expresar su voluntad de cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz”. Para el primer caso el juez le designará un “apoyo” y para el segundo un curador. En estos procesos el dictamen de un “equipo interdisciplinario” es indispensable (artículo 37).

Otro desaparecido es el artículo 152 bis. Los inhabilitados se regulan en artículo 48 y quedan solamente los pródigos. Se los considera con “discapacidad”. La declaración de inhabilitación obliga que para los actos de disposición deban estar asistido por un apoyo (artículo 49).

El principio de publicidad y en particular la situación de los terceros con relación a las personas con incapacidad o capacidad restringida está regulada en el artículo 39. Este dispone que las sentencias dictadas al respecto se deben inscribir en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y que debe dejarse constancia en el margen del acta de nacimiento. Lógicamente tendrá efecto contra terceros a partir de la fecha de inscripción.

Se introduce una institución que se denomina “apoyo al ejercicio de la capacidad”. El Código lo titula “sistema de apoyo” (artículo 43), que tiene por objeto asistir en la toma de decisiones al que tiene su capacidad restringida. No es clara la redacción del artículo, atento que la descripción del “apoyo” navega por distintas situaciones y medios indeterminados.

Será imperativo dictar una reglamentación que defina los contornos de esta institución que parece haber sido creada con las mejores intenciones. La letra del artículo da la razón. El “apoyo” es “cualquier medida judicial o extrajudi-

“La categoría contemplada en el artículo 141 -demente- del Código de Vélez desaparece.”

“Se introduce una institución que se denomina ‘apoyo al ejercicio de la capacidad’. El Código lo titula ‘sistema de apoyo’ (artículo 43), que tiene por objeto asistir en la toma de decisiones al que tiene su capacidad restringida.”



cial" que facilite "dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general". ¿Qué debemos entender por "medida"? ¿Una disposición judicial ordenando limitaciones o instruyendo conductas o designando una persona para la asistencia? En el párrafo siguiente la norma explica que la función de las medidas de apoyo es "promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos". Esto me permite pensar en "alguien" que deberá hacer de apoyo sin perjuicio de alguna o algunas medidas que colaboren en el desempeño. También, el párrafo siguiente prevé la designación de una o más personas propuestas por el interesado para que le presten apoyo.

2.3. Derechos y Actos Personalísimos

En el artículo 51 hay un expreso reconocimiento a la inviolabilidad de la persona y "al reconocimiento y respeto de su dignidad". El artículo siguiente "afectaciones a la dignidad", habilita el reclamo a la prevención y a la reparación para el caso en que la persona sea lesionada en su intimidad, honra, imagen, identidad o que de cualquier modo "resulte menoscabo en su dignidad personal".

El Código no brinda un concepto de "dignidad"; de ahí que incorpora derechos que tienen autonomía y que, llegado el caso, pudieron tener tratamiento diferente.

La dignidad es como un gran "paraguas" que protege la valoración y la realización del hombre. Las acciones u omisiones que afecten la valoración del hombre son atentados a la dignidad. Toda persona tiene derecho a la dignidad, pues la persona es un valor en sí mismo y de allí derivan derechos como la intimidad, la imagen, identidad, honor, etc. En definitiva, protegen la realización de los fines existenciales de la persona. En este punto cabe considerar que el nuevo Código debió tener más claridad.

“La imagen y la voz tienen una regulación específica en el artículo 53. Estamos ante un derecho que goza de autonomía y protege la reproducción de la figura. Sin duda, este derecho tiene importantes puntos de contacto con otros derechos personalísimos que en determinadas circunstancias puede confundirse con el derecho a la intimidad, al honor, a la identidad, etc.; pues sería un medio por los que se afecta a éstos.”

La imagen y la voz tienen una regulación específica en el artículo 53. Estamos ante un derecho que goza de autonomía y protege la reproducción de la figura. Sin duda, este derecho tiene importantes puntos de contacto con otros derechos personalísimos que en determinadas circunstancias puede confundirse con el derecho a la intimidad, al honor, a la identidad, etc.; pues sería un medio por los que se afecta a éstos. La prohibición de la reproducción de la imagen sin autorización o "consentimiento" está acompañada con las excepciones por participación en "actos públicos", el "interés científico, cultural o educacional" y el derecho a informar sobre "acontecimientos de interés". Los codificadores parecen haber limitado las excepciones y hasta definir el alcance de la exposición pública al referirse al "acto público". En consecuencia lo privado que se realice en público también tiene protección. Nos reconforta que no sólo el interés científico o cultural autoriza la disponibilidad de la imagen, sino que debe ser hecha evitando "un daño innecesario". La prevalencia de lo privado sobre lo público debe ser un común denominador en las restricciones a estos derechos, pues tienen un sustento ideológico normativo en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Esta cláusula constitucional, cabe recordar, refiere a las acciones libres que constituyen manifestaciones de la personalidad y que no ofendan el orden, la moral pública o dañen a terceros.

La prohibición de realizar actos peligrosos para la vida o la integridad de la persona, con motivo de estipulaciones contractuales, está prohibida en el artículo 54. Sólo procedería si fuere la actividad habitual, pero además deben adoptarse las medidas de prevención y seguridad. La sola habitualidad es insuficiente.

La disponibilidad de los derechos personalísimos está autorizada siempre que no sea contraria a la ley, a la moral y a las buenas costumbres. Es lógico que el consentimiento sea expreso, lo que evita la presunción, y que la interpretación tenga carácter restrictivo y pueda revocarse (art. 55).



“Es relevante que el Código integre las disposiciones sobre experimentación con los derechos personalísimos y sitúe los requisitos a nivel nacional y en forma de ley.”

Por último, el artículo 58 recoge regulaciones sobre las investigaciones en seres humanos, estableciendo los requisitos para realizarla. Sin duda, completa las existentes y hasta las posiciona en un grado superior. Al respecto, la normativa principal es la "Guía para las investigaciones con los seres humanos" que se dictó a través de la Resolución 1.480 del año 2011, del Ministerio de Salud de la Nación. Esta norma creó el Registro Nacional de Investigaciones en Salud. Se relaciona con esta materia el Régimen de Buena Práctica Clínica para estudios de farmacología clínica de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica. Es relevante que el Código integre las disposiciones sobre experimentación con los derechos personalísimos y sitúe los requisitos a nivel nacional y en forma de ley. El consentimiento informado y su revocación es la piedra angular en la experimentación con seres humanos de allí la importancia de "contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona... sus riesgos y posibles beneficios". En el artículo siguiente se establece, tanto para actos médicos como para investigaciones en salud, la obligatoriedad del consentimiento informado con las condiciones que debe reunir. Debe tenerse en consideración que las Leyes N° 26.529 y N° 26.742 regulan sobre esta materia y en algunos casos los codificadores incorporaron directamente el texto pertinente o alteraron su redacción.

3. CONCLUSIÓN

De lo expuesto, de manera muy segmentada, incluso con una elección arbitraria de los temas referidos a la persona humana, cabe colegir que la tarea del legislador y de los intérpretes será ímproba.

Han quedado muchas disposiciones que necesitan el dictado de otras normas para su aplicación y la redacción exige que las operaciones hermenéuticas ajusten el sentido de las normas a los bienes tutelados por la Constitución y a la realidad social. Pasará mucho tiempo para que podamos hacer un juicio definitivo sobre las bondades o no, del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.



Volver a **nota original**