

EL NUEVO CÓDIGO DE LAS PERSONAS

Por Graciela Messina de Estrella Gutiérrez

La sanción de la ley 26994/14 del Código Civil y Comercial de la República Argentina rescata a la persona humana colocándola en el centro del sistema.

El código de Vélez Sarsfield, heredero del código civil francés, fue el código de los bienes. Aquél fue el contexto político, social y económico del codificador, su marco de referencia, unido a la influencia y al atractivo del liberalismo que impregnaban el Código Civil francés. Ese Código Civil ley 340, que comenzó a regir a partir del 1° de enero de 1871, no obstante su ideología coincidente con uno del siglo XIX (el francés de 1804), en realidad viene aun del siglo XVII (a través de Domat) y del siglo XVIII (a través de Pothier).

El derecho evolucionó a compás de las ideas desarrolladas en el siglo XX. La filosofía, la política y la sociedad se transformaron a partir de la mirada puesta en la persona; ello, especialmente, al finalizar la segunda guerra mundial cuando se firmaron los tratados y concordatos internacionales con las declaraciones de derechos humanos, incorporados luego por la Constitución Nacional de 1994 como derecho supranacional.

El nuevo Código Civil y Comercial –ley 26.994/2014- asume las nuevas tecnologías, pero centra su protección en la persona humana, de allí que postula como máxima que “la persona humana es inviolable”

En los últimos años y hasta la fecha, se ha ido acentuando —además de los perfiles en procesos técnicos— un redescubrimiento del hombre, de *la persona humana*.

Tanto es así que el mismo John Naisbitt, autor de las *Megatendencias*, nos dice en su libro del año 1990¹, haciendo futurología para la última década del siglo, que "los más sensacionales avances definitivos del siglo XXI no se los deberemos a la tecnología, sino a un concepto más amplio de qué significa *ser seres humanos*".

¹ NAISBITT, John - ABURDENE, Patricia, *Megatendencias 2000*, Norma, 1990, pág. 16.

"la personalización del hombre debe estar en el centro de la atención jurídica, a cuyo fin la solidaridad ha de jugar, entre otros factores, un papel relevante"².

Es justo destacar que la noción de persona y de libertad fueron premisas básicas de un cristianismo que aportó una visión decisiva de la persona³. "El valor de la existencia es, pues, para el cristianismo, extrínseco a ella"⁴.

El centro o estructura espiritual que llamamos "persona" se constituye sobre el individuo psicofísico.

Otra vertiente dentro de esta tónica la constituye el "personalismo", que se define como una filosofía —no solamente una actitud— en palabras de su creador Emmanuel Mounier⁵; según el autor el llamado "personalismo" no es de ninguna manera una novedad, ya que el universo de la persona es el universo del hombre.

El hombre constituye una entidad cuya característica esencial es su propia unicidad. "Es decir, alguien único, inabarcable, originario, no fungible, no compendiable en procesos totalizadores, libre, inédito, moral"⁶. Cada hombre es único y solo, absolutamente original. Es ésta no solamente una verdad de experiencia sino una verdad metafísica, pues viene a significar que cada hombre es un individuo. De donde se sigue que nadie puede reemplazarnos, vivir, pensar, decidir, obrar en nuestro lugar.

² para una visión completa del tema sobre "La desmasificación de las relaciones obligacionales en la era posindustrial" ver ALTERINI, Atilio A., en su trabajo del mismo título en *Responsabilidad Civil* conjuntamente con LÓPEZ CABANA, Roberto M., 1ª ed., Diké, Colombia, 1989, pág. 81.

³ La unión indisoluble de alma y del cuerpo es el eje del pensamiento cristiano. No obstante, éste relativiza el valor intrínseco de la vida y ella sólo adquiere justificación, sentido y dignidad cuando se la mediatiza y se hace del existir terrenal tiempo de prueba y de eficaz gimnasia para lograr la "otra vida".

⁴ ORTEGA Y GASSET, José, *El Tema de Nuestro Tiempo*, 14ª ed., Colección Austral de Espasa Calpe, Madrid, 1980, pág. 63.

⁵ MOUNIER, Emmanuel, "El personalismo", cuaderno nro. 64, 13ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1964.

⁶ NEGRI, Héctor, su ponencia en la Comisión VIII, "Impacto tecnológico y masificación social", XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Carlos de Bariloche, 1989).

El hombre es temporal, su existencia es fluyente y dispersa; pero a partir del presente el hombre modela su porvenir mediante sus proyectos, asume o rechaza su pasado, decide aun su eternidad⁷.

La vida personal implica el proyecto o programa de vida y decisión; Ortega y Gasset ha insistido en el carácter "programático" de la existencia humana.

"La libertad que somos permite a cada persona elaborar su propio proyecto existencial, su programa de vida, de acuerdo a valores, bajo el dictado de su personal vocación"⁸.

Cada instancia de la vida está marcada y consolidada por el "bautismo de la lección", como decía Kierkegaard. "La elección aparece en primer lugar como poder de aquel que elige"⁹. El ser humano se construye en la elección¹⁰.

"El hombre es libre y capaz de hacerse él mismo, al menos en una cierta medida, por sus elecciones"¹¹.

"La filosofía de la existencia representa un útil y necesario esfuerzo del pensamiento contemporáneo por comprender al hombre como un ser libre y creador, en estructural comunicación con los demás seres, estimativo y comunitario. Implica un despliegue fundamental por revalorizar a la persona como bien supremo"¹².

⁷ VERNEAUX, Roger, *Lecciones sobre existencialismo*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1964., pág. 290.

⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la Identidad Personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992; esa magnífica obra más las publicaciones sobre el tema han colocado al profesor peruano a la vanguardia en Latinoamérica en defensa de los derechos personales. Ver del autor, también, *Protección Jurídica de la Persona*, Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1992, y *Derecho y persona*, 2ª ed., Normas Legales, Perú, 1995

⁹ Mounier, Emanuele, *op. cit.*

¹⁰ En igual sentido, ROMERO, Francisco, *Filosofía de la Persona*, 3ª ed., Losada, Buenos Aires, 1961, pág. 23, "Lo que en cada instante nos ocupa no es la acción misma sino la acción futura, lo que vamos a hacer después: de allí el *programatismo*, el necesario *futurismo* de la vida humana".

¹¹ VERNEAUX, Roger, concluye: "El hombre es responsable... de lo que es al presente en la medida en que se ha hecho libremente..., por último el hombre es, por su libertad, *sujeto de la moralidad*".

¹² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *op. cit.*

El individualismo es un sistema de costumbres, de sentimientos, de ideas y de instituciones que organiza al individuo sobre actitudes de aislamiento y de defensa. Fue la ideología y la estructura dominante de la sociedad occidental entre los siglos XVIII y XIX¹³.

Para el personalismo, en cambio, la persona no consiste —no obstante la difundida acepción— en la reserva circumspecta, la afirmación solitaria, no se desarrolla en la separación sino en la comunicación. La persona se realiza en relaciones de alteridad.

Nuestro contemporáneo decide mirar "la persona" e interpretar su rol en el universo quizá como respuesta a ese mundo técnicamente complejo y en permanente evolución.

La ciencia y la tecnología hoy superan cualquier intento de dominio del hombre común sobre el mundo que lo circunda, ese ámbito está reducido exclusivamente a los científicos especializados, y la problemática del ser surge con una nueva dimensión: su revalorización frente a los avances del mundo moderno¹⁴.

Por el contrario, una alternativa no dramática de la crisis contemporánea propone la expansión de la personalidad: "la crisis actual no es la expresión del destino inevitable de la especie humana, es una crisis de crecimiento, es el resultado de la progresiva liberación de sus inmensas potencialidades materiales y psíquicas; el hombre se halla en el umbral de un mundo nuevo, un mundo lleno de infinitas e imprevisibles posibilidades; pero está también al borde de una catástrofe total. La decisión está en sus manos..."¹⁵.

¹³ CIFUENTES, Santos, *Los Derechos Personalísimos*, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1974, pág. 30, dice: "la Revolución Francesa fue el producto de dicho movimiento filosófico y constituyó a través de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el triunfo indiscutido de la escuela iusnaturalista clásica. La prédica iusnaturalista acerca de los derechos fundamentales del hombre tuvo la histórica virtud de consagrar los derechos del ciudadano que se veían negados por el absolutismo dominante, de modo que ningún ámbito de la vida del individuo quedaba libre del poder del Estado monárquico y policial".

¹⁴ MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela "La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica", Abeledo Perrot, 3ª ed. actualizada, 2012

¹⁵ GERMANI, Gino, prefacio a la edición castellana de *El Miedo a la Libertad*, de FROMM, Erich, Paidós Studio, 24ª reimp., Argentina, 1990.

En una posición extrema se encuentran quienes reniegan del progreso y ven en la sociedad tecnificada la aniquilación de la persona, del individuo solitario que se refugia en el consumo y se allana al estilo de vida que le proponen los medios de comunicación; ante estas perspectivas sombrías — alegan— el hombre deberá reflexionar y tratar de recomponer la ruptura¹⁶. Es una actitud negatoria de la realidad de nuestro tiempo resistir el progreso o considerar a éste como el enemigo de la vida pasada, que — melancólicamente— se añora.

"Nuestra época transita caminos en los que el imperativo del desarrollo, del que no puede en modo alguno abdicarse, arrastra paradójicamente hacia la declinación, porque pareciera no poder desprenderse de fenómenos parasitarios que traducen cada vez con mayor crudeza, los riesgos o peligros potenciales de la actividad del hombre, en efectivas situaciones lesivas de los atributos esenciales de la persona"¹⁷.

"Ante las nuevas condiciones del progreso y la técnica, el refinamiento de las ideas sobre la condición humana y social del hombre, aflora la revalorización de las doctrinas jurídicas que pugnan por resguardar la dignidad, el imperio personal y la vida interior y privada"¹⁸: esto es la protección de los derechos de la persona.

Ello es preocupación actual de los juristas que tratan de colocar al hombre en el centro de la atención jurídica para que el Derecho juegue un papel protagónico de los cambios sociales¹⁹.

¹⁶ ASCUY, Eduardo y otros, *Identidad Cultural, Ciencia y Tecnología: Aportes para un Debate Latinoamericano*, F. García Cambeiro, Buenos Aires, 1987; CASALLA, Mario, *Tecnología y Pobreza*, Fraterna, Buenos Aires, 1988.

¹⁷ MORELLO, Augusto M. - STIGLITZ, Gabriel, *Tutela Procesal de los Derechos Personalísimos e Intereses Colectivos*, Librería Editora Platense, La Plata, 1986.

¹⁸ CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, pág. 41.

¹⁹ El tema fue ampliamente tratado en la Comisión VIII, "Impacto tecnológico y masificación social" —presidida por los juristas profesor Atilio A. Alterini e Isidoro Goldenberg, y del que la suscripta fue relatora— en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cuyas conclusiones recomendaron: "Las transformaciones producidas a raíz de los avances científicos y técnicos deben estar guiadas a mejorar la condición del hombre y afianzar su libertad".

Mosset Iturraspe²⁰ reconoce que "la cuestión que obsesiona al jurista latinoamericano y de otras latitudes es el daño sufrido por la persona humana". En Europa esta nueva y vigorosa corriente orientada en Italia, por Busnelli, Alpa, Perlingieri, Paradiso, Portigliatti, Bonilini, Gioannini –entre otros autores- pone el acento en la noción de daño a la persona; esta moderna orientación tiene una profunda impronta humanista²¹.

El Código Civil de Perú del año 1984 en su artículo 1985, establece que "la indemnización comprende el daño a la persona". La filosofía que lo inspira rescata a la persona humana y coloca al hombre – en palabras de Fernández Sessarego- en cuanto sujeto de derecho, en centro y término de las relaciones jurídicas, en eje insustituible del Derecho²².

LA PERSONA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

De entrada, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, ley 26994/2014, declara en el capítulo 3 sobre **derechos y actos personalísimos**, la **"inviolabilidad la persona humana, y en cualquier circunstancia tiene derecho al respeto y reconocimiento de su dignidad"**.

Coincide con la ideas expuestas por el constitucionalista argentino Miguel Ekmedkjian en cuanto el derecho a la *existencia* y la *dignidad* son los máximos valores y de ellos surgen las demás prerrogativas.

La teoría de Ekmedkjian²³ coloca a la "dignidad" de la persona, en el vértice superior de los derechos personalísimos El respeto a la **dignidad** comprende la preservación de su individualidad; bajo ese rubro se inscriben

²⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad de daños por discriminación", en *Daños*, obra colectiva, Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 1.

²¹ Alterini, Atilio A., - López Cabana, Roberto M., "Reparabilidad del daño moral como daño a la persona en caso de muerte", ponencia presentada por los autores en las VI Jornadas Rioplatenses de Derecho (Punta del Este, 1991).

²² Fernández, Sessarego, Carlos, *Protección jurídica de la Persona*, Universidad de Lima, Perú, 1992.

²³ EKMEKDJIAN, Miguel, "Jerarquía constitucional de los derechos civiles", *L.L.*, 1985-A-847; "De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles", *E.D.*, 114-945; "El derecho a la dignidad y el orden jerárquico de los derechos económicos, sociales, culturales, y de derechos civiles y políticos, aprobados por la ley 23.313", *E.D.*, 119-937.

los derechos: al honor, la reputación, la privacidad, la intimidad, la vida familiar, el secreto, la libertad, la igualdad.

Dentro del primer concepto **-la vida-** se ubican los derechos a la "existencia misma desde su comienzo hasta el fin", a la salud, a la integridad psicofísica, a la disposición del propio cuerpo y del cadáver, a la imagen, a la voz, la estética, el derecho a la identidad, entre otros.

El derecho de la persona a su **libertad** abarca todas las manifestaciones de este bien jurídicamente protegido: trabajar, aprender, enseñar, estudiar, relacionarse, ejercer la vida cultural, deportiva, social, sexual, etcétera,... y, en definitiva, siendo éste de amplio sentido, podemos decir que consiste en elaborar libremente el **proyecto de vida individual y personal**.

En esa idea, el nuevo Código Civil y Comercial incorpora un capítulo dedicado a los "derechos personalísimos" y condena las afectaciones a la dignidad, tanto como la lesión a la vida personal o familiar, la honra o reputación, la imagen o identidad, autorizando la reparación de los daños sufridos.

"Ante las nuevas condiciones del progreso y la técnica, el refinamiento de las ideas sobre la condición humana y social del hombre, aflora la revalorización de las doctrinas jurídicas que pugnan por resguardar la dignidad, el imperio personal y la vida interior y privada": esto es la protección de los derechos de la persona.

Ello es preocupación actual de los juristas que tratan de colocar al Hombre en el centro de la atención jurídica para que el Derecho juegue un papel protagónico de los cambios sociales

La cuestión que obsesiona al jurista latinoamericano y de otras latitudes es el daño sufrido por "la persona humana".- En Europa esta nueva y vigorosa corriente, orientada, en Italia, por Busnelli, Alpa, Perlingieri, Paradiso, Portigliatti, Bonilini, Gioannini -entre otros autores- pone el acento en la noción de daño a la persona; esta moderna orientación tiene una profunda impronta humanista

El Código Civil de Perú, del año 1984, en su art.1985 establece "la indemnización comprende el daño a la persona".- La filosofía que lo inspira rescata a la persona humana y sus valores del olvido en que fue sumida por las codificaciones civiles que privilegiaron notoriamente el patrimonio y coloca al hombre en palabras de Fernández Sessarego "en cuanto sujeto de derecho, en centro y término de las relaciones jurídicas, en eje insustituible del Derecho"

Visión patrimonialista del daño en el Código Civil de Vélez Sarsfield;

En los Códigos decimonónicos el eje del sistema estaba puesto en el patrimonio, de manera que era privilegiada la reparación de los daños patrimoniales, en tanto los no patrimoniales eran irreparables o de resarcimiento problemático.

Vélez Sársfield fue fiel a su tiempo: "Habrà daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o **directamente en las cosas** de su dominio o posesión, o **indirectamente** por el mal hecho a **su persona**" (art.1068).- Es indudable que en esta tesitura el daño implica un menoscabo que debe verificarse mediante apreciación pecuniaria: si ese perjuicio se manifiesta en las cosas se está frente al daño directo y, si la mengua patrimonial viene derivada del mal hecho a la persona, estamos ante el daño indirecto.

Hasta la misma denominación nos muestra la tendencia: **directo** - de primera línea- porque se verifica en la patrimonio; **indirecto**, si es en la persona pero tiene incidencia patrimonial...

Para nuestra ley de fondo, el ataque a la persona, sus derechos y facultades constituía un daño patrimonial siempre y cuando se causara un perjuicio "susceptible de apreciación pecuniaria", y, son daños indirectos porque en forma mediata pueden disminuir el patrimonio.- El patrimonio es la razón de ser y la medida de la afección.-

Por otra parte, la teoría desarrollada en Perú por Carlos Fernández Sessarego ha tenido fuerte expansión en América Latina: considera que el "daño a la persona" en su más honda expresión, es el que tiene como consecuencia la **frustración de su proyecto de vida**.- Se trata de un

hecho de tal magnitud que truncará la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación...El daño a la persona es el que afecta radicalmente su proyecto vital, tanto en cuanto sus proyecciones psicofísicas como en su vida social, cultural, de relación, intelectual, sexual.- El daño subjetivo -como también se llama al daño personal- puede alcanzar su grado máximo traducido en la frustración del proyecto existencial de una persona, impidiéndole en forma definitiva realizarse de acuerdo con ese proyecto por el que había optado libremente.

La mirada puesta en la dignidad de la persona

El nuevo Código Civil y Comercial se hace eco de la protección de los derechos más íntimos de la persona como el derecho a la imagen o la voz, que no podrían ser captadas o utilizadas sin su consentimiento expreso, con puntuales excepciones relativas a la *vida pública de la persona, que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, que se tratara del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.*

La protección de la vida privada está garantizada a través del art.1770 del Código Civil y Comercial, que condena al que “*arbitrariamente se entrometa en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros con sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad.* Debe ser obligado a cesar en tales actividades sin perjuicio de la obligación de pagar los daños ocasionados, o, en su caso, la publicación de la sentencia...

El nuevo código civil y comercial, en tren siempre de protección de la persona exime del cumplimiento del contrato que tenga por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, (art.54) con algunas excepciones que hacen a la actividad habitual y con el resguardo de procurar medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias.

Por su parte, poniendo límites a la propia disposición del cuerpo de la persona (art.56), están prohibidos los que impliquen una disminución permanente de su integridad, excepto para el mejoramiento de su salud, o excepcionalmente la de otra persona. Concordantemente, se encuentran

prohibidas las prácticas destinadas a cambiar la composición genética del embrión que se trasmitan a la descendencia (art.57)

El nuevo código resuelve en detalle cuestiones tan sensibles como las investigaciones en salud humana (Art.58), detallando en siete puntos, los recaudos que deben cumplir los procedimientos de investigación en seres humanos que se realicen mediante intervenciones, tratamientos,... cuya eficacia y seguridad no estén comprobadas; todo ello, con el consentimiento previo, libre, escrito, e informado de la persona que participa en la investigación

También se regula detalladamente el consentimiento informado (Art.59) para actos médicos e investigaciones en salud, que consistirá en una declaración emitida por el paciente luego de recibir información clara, precisa, adecuada sobre su estado de salud y los procedimientos propuestos, con amplio informe de sus ventajas y riesgos. La protección de la persona humana es tan amplia y detallada que evita los “consentimientos” automáticos y a condiciones generales, a que estamos acostumbrados los pacientes, frente a los requerimientos del sanatorio, previo a una intervención.

De eso se trata, de la Criatura central del Universo, de sus derechos, de su integridad.