

Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial

Julio César Rivera

Profesor titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho, UBA y Universidad de San Andrés.

Los proyectos legislativos de toda índole generan un movimiento doctrinario intenso; con mayor razón ello sucede cuando se trata de la posible sustitución de dos códigos, uno de ellos con ciento cuarenta años de vigencia y el otro, originado más atrás aún en el tiempo pero del que en la práctica poco queda ya que ha sido desguzado por múltiples reformas y estatutos especiales. A lo que cabe agregar que entre ambos conforman la regulación de prácticamente todo el derecho privado, patrimonial y extrapatrimonial.

Entonces, la referencia al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 resulta casi inexorable para quienes enseñamos derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, institución que comienza con la edición de esta revista a la que auguramos una larga y fructífera vida.

El tema que hemos de exponer es el de la regulación de los denominados por el Proyecto “Derechos y Actos Personalísimos” que se incluyen como Capítulo 3 del Título I del Libro I.

Conveniencia de incluir en el Código Civil y Comercial una regulación de los denominados Derechos Personalísimos

La regulación sistemática de los derechos de personalidad en un ordenamiento especial o en el Código Civil viene siendo un reclamo ya antiguo de la doctrina argentina.

Ya el IV Congreso de Derecho Civil realizado en Córdoba, en 1969 aprobó una recomendación tendiente a que “se incluyan en el Código Civil o en leyes especiales, preceptos que regulen las consecuencias civiles del

principio constitucional del respeto a la personalidad humana, como pueden ser, entre otros, los relativos a los derechos a la intimidad, a la imagen y a la disposición del propio cuerpo”.

Posteriormente, en las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil, desarrolladas en la ciudad de Mercedes, provincia de Buenos Aires, entre los días 2 y 4 de junio de 1983, se aprobó en ésta una recomendación dirigida a incorporar en el Libro I, Sección II, Título II del Código Civil, una reglamentación completa de los derechos personalísimos sobre la base de las proposiciones que se dejaron puntualizadas. Siguiendo una idea del doctor Augusto Mario Morello, la Comisión respectiva formuló sus conclusiones en la forma de “Bases” para la legislación que debe dictarse a los efectos de una adecuada tutela de los denominados derechos personalísimos.¹

Las citadas recomendaciones de Congresos y Jornadas han tenido muy en claro que son derechos que se introducen en la médula del ordenamiento civil y, desde tal punto de vista, su lógica y apropiada planificación revela la necesidad de hacerlos partícipes del código que trata esta rama del Derecho. Dentro de este cuerpo orgánico, a partir de la idea de considerarlos una firme y decidida protección de la persona individual, en orden a sus facultades puramente humanas y a sus libertades privadas esenciales, ha sido mayoritario el criterio que considera que deben estar en inmediata vecindad y haciendo parte de la definición y primeras regulaciones de la persona de existencia visible. Esto porque no se trata de un régimen seccionado en partes separadas, sino comprensivo de todos estos derechos innatos y vitalicios que tienen la particularidad de participar por su objeto de las manifestaciones más entrañables del hombre mismo.²

Antecedentes nacionales

El Proyecto actual no es la primera tentativa de regulación sistemática de los derechos personalísimos; podemos señalar varios antecedentes que

1. Un comentario extenso de las conclusiones de tales Jornadas en: J. C. Rivera, “Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos”, LL 1983-D, 846.

2. S. Cifuentes - J. C. Rivera, “Anteproyecto de régimen integral de los derechos personalísimos”, ED 115-832.

en gran medida aparecen como fuentes de la reglamentación propuesta en este Proyecto de 2012.

En el año 1984, el recordado profesor Morello nos pidió, al Dr. Santos Cifuentes y al autor de esta nota, la redacción de una suerte de anteproyecto de ley reguladora de los derechos personalísimos, que serviría de base a un proyecto que el Ministerio del Interior elevaría al Congreso de la Nación. Finalmente, el Ministerio produjo un proyecto pero que se apartaba de la iniciativa que habíamos preparado con el profesor Cifuentes, por lo que publicamos nuestro borrador en una revista jurídica y desde entonces se lo conoce como “Anteproyecto Cifuentes-Rivera”.³

El proyecto del Poder Ejecutivo no llegó a ser tratado. Pero el Anteproyecto Cifuentes-Rivera sirvió de base a una iniciativa legislativa de la diputada Guzmán, denominada *Estatuto de las libertades civiles*.

La materia fue también tratada en algunos de los Proyectos de reforma al Código Civil. Así, el elaborado por la Comisión designada por decreto 468/92⁴ propuso la incorporación a la sección Primera, Título VIII del Libro I del Código, una serie de artículos (numerados del 110 al 125) que regulaban la materia de los derechos de la personalidad física y espiritual.⁵ Cabe apuntar que muchas de las soluciones sugeridas por este proyecto fueron asumidas por el Proyecto de 1998 y en definitiva por el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012.

El Proyecto y los derechos de raíz constitucional

Como anticipamos, el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998,⁶ siguiendo el camino abierto por el proyecto de 1993, también incluyó un

3. Citado en la nota precedente.

4. Comisión integrada por Augusto C. Belluscio, Eduardo A. Zannoni, Sergio Le Pera, Aída Kemelmajer de Carlucci, Federico N. Videla Escalada, Salvador Darío Bergel y el autor; el Proyecto está publicado bajo el título Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92, Astrea, Buenos Aires, 1993.

5. Este Proyecto lo identificaremos como Proyecto de 1993.

6. El Proyecto de 1998 fue elaborado por una comisión integrada por Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Horacio Roitman y el autor. También participaron Augusto Belluscio y Aída Kemelmajer quienes abandonaron la comisión poco antes de la terminación de los trabajos –que se extendieron por cuatro años– y por ello no suscribieron el Proyecto.

capítulo sobre derechos personalísimos. Sin duda ello se justifica en el proceso de integración del derecho civil con la Constitución que anticipado por la doctrina se materializa en este Proyecto en múltiples instituciones, como lo señalan sus Fundamentos.

En lo que hace al tema que estamos tratando, debemos subrayar que es largamente reconocido por la doctrina que todos estos derechos de la personalidad o personalísimos tienen su fuente en el texto constitucional, y lo que hacen las leyes civiles es reflejar las consecuencias que emanan de su reconocimiento precisando las facultades de que goza la persona titular –por ejemplo la de rechazar todo tratamiento médico– y se atribuyen las consecuencias inherentes a la violación de tales derechos, disponiendo que el titular puede requerir el auxilio judicial para prevenir o hacer cesar un atentado o para reparar el daño causado.

Es ésta la orientación del Proyecto; define facultades de los sujetos titulares y consagra los derechos a la prevención y reparación del daño (art. 52).

Antecedentes en el derecho comparado

El reconocimiento por la doctrina civilista de una categoría de derechos de la personalidad o personalísimos es relativamente reciente. Podríamos decir que pese a la existencia de antecedentes remotos, los códigos del siglo XIX contuvieron disposiciones aisladas sobre los delitos contra el honor –como lo hace el Código Civil argentino vigente– y casi nada más. El Código Civil italiano contiene alguna disposición aislada sobre el derecho a la imagen (art. 10) y sobre los actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 5^o), incluidas en el Título “De las Personas Físicas” junto con la capacidad, la conmorienencia y el nombre. La reforma de 1970 al Código Napoleón se limitó a establecer la protección del *droit à la vie privée* (art. 9^o).⁷

De modo que la legislación civil sólo se ocupa de manera sistemática de estos derechos a partir de los códigos de la segunda mitad del siglo XX.

En este sentido cabe citar como ejemplarizador al Código Civil de Portugal de 1966 –vigente desde el 1.6.67– que contiene una sección destinada a los “derechos de la personalidad” (arts. 70 a 81). Como sucederá con otros

7. El Código Napoleón incorporó en 1994 el Capítulo II del Título I del Libro I (arts. 16 a 16.13) denominado “Del respeto debido al cuerpo humano”.

ordenamientos posteriores, además del tratamiento de los derechos a la intimidad, honor e imagen, se incluyen normas sobre el nombre y una curiosa y extensa regulación sobre las cartas misivas y papeles confidenciales.

Otro antecedente que se ha tenido en cuenta entre nosotros es el del Código Civil boliviano de 1975. Este Código reconoce como fuente directa al Código Civil italiano de 1942, pero en la materia lo supera largamente, pues en el Capítulo III del Libro I –denominado De los Derechos de la Personalidad– aborda el derecho a la vida (art. 6º), los actos de disposición del propio cuerpo (art. 7º) con lo cual por vez primera aparece este tema en un código civil, el derecho a la libertad personal (art. 8º), el nombre y el seudónimo (arts. 9º a 13); el principio según el cual nadie está obligado a someterse a un tratamiento médico (art. 14), y los derechos a la imagen, honor, intimidad, igualdad (arts. 16 y ss.). Un aporte relevante es que no sólo tutela la imagen sino también la voz de la persona. Seguramente, en este capítulo ha influido el Anteproyecto de Código Civil para Bolivia autoría de Ángel Ossorio y Gallardo, que fuera a la vez fuente de la primera tentativa argentina de tutela del derecho a la intimidad.

Los proyectos argentinos a que hemos aludido han tenido en cuenta estos antecedentes, así como el Código Civil suizo. En este cuerpo se incorporó una regulación sancionada por ley federal en diciembre de 1983,⁸ que incorpora los artículos 28 a 28 [I]. Este Código sigue otra metodología: el art. 28 consagra el derecho de aquél que sufre un atentado ilícito en su personalidad a actuar en justicia por su protección contra toda persona que en él participa. Un atentado es ilícito, a no ser que esté justificado por un interés privado o público preponderante o por la ley. Y a partir de allí se reglamenta el ejercicio de tales acciones, incluyendo el derecho de rectificación o respuesta (arts. 28 [g] a 28 [I]).

En el área latinoamericana también debe mencionarse al Código Civil peruano de 1984 que, como el Código boliviano de 1975, abarca los derechos de la personalidad espiritual pero también los actos de disposición sobre el propio cuerpo y los derechos de la persona frente a los tratamientos

8. Sólo para hacer una comparación: la ley federal se sancionó el 16 de diciembre de 1983; incorporó al Código Civil unos pocos artículos, y fue puesta en vigencia a partir del 1º de julio de 1985. O sea más de un año y medio. En nuestro país se pretende poner en vigor todo un Código Civil y Comercial en un plazo de seis meses a partir de su sanción; menos tiempo de lo que dura un curso universitario de cualquiera de las partes del Derecho Civil.

médicos. Una curiosidad de este Código es que incluye una disposición sobre los “derechos del autor e inventor”.

El Código Civil de Quebec de 1994 consagra el Título II del Libro I a la regulación “De ciertos derechos sobre la personalidad” que se divide en cuatro capítulos: “De la integridad de la persona” (art. 10 en adelante) donde se examinan temas como el consentimiento para los cuidados médicos, experimentaciones, la internación y el examen psiquiátrico; “Del respeto a los derechos del niño” (a partir del art. 32); “Del respeto a la reputación y a la vida privada” (arts. 35 y ss.) y “Del respeto al cuerpo después de la muerte” (arts. 42 y ss.).

Conclusiones sobre la conveniencia de incluir la regulación en el Código Civil

De acuerdo a lo que hemos venido exponiendo, la incorporación de normas que reglen de manera integral y sistemática la materia de los denominados derechos de la personalidad o personalísimos, está plenamente justificada. La doctrina argentina la reclama, tiene sólidos antecedentes en el derecho comparado y así lo previeron los proyectos de reforma al Código Civil o de legislación particular sobre el tema.

Examen de algunas de las disposiciones del Proyecto sobre derechos de la personalidad espiritual

Art. 51. Inviolabilidad de la persona humana

Texto y fuentes

El art. 51, con el que comienza el Capítulo 3 –Derechos y Actos Personalísimos– bajo el acápite *Inviolabilidad de la persona humana* dispone “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

Este texto no se encontraba en los proyectos de 1998 y 1993. En el Anteproyecto Cifuentes-Rivera se preveía una norma introductoria que

contemplaba la tutela de la personalidad física y espiritual⁹ pero no es la inspiradora del art. 51 del Proyecto de 2012.

La fuente inmediata del precepto proyectado es el art. 19 del Código Civil del Bajo Canadá, que sentaba la regla fundamental de la inviolabilidad de la persona, la que se reitera en el artículo 10 del Código Civil de Quebec, agregando éste la noción de “integridad”.¹⁰ El Proyecto agrega la referencia a la dignidad que aparece en el Código francés.¹¹

Comentario

El precepto legal recoge la idea de que la persona tiene un valor en sí misma y como tal cabe reconocerle una dignidad, de lo que se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (vida, cuerpo, salud), y en su propia dignidad (honor, intimidad, imagen), y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo. La relación de respeto mutuo que cada uno debe a cualquier otro y puede exigir de éste es la relación jurídica fundamental, la cual es la base de toda convivencia en una comunidad jurídica y de toda relación jurídica en particular.

De modo que el artículo proyectado extiende su tutela a los derechos de la personalidad espiritual que se enumeran –no taxativamente– en el artículo 52 (imagen, intimidad, identidad, honor o reputación), así como a cualquier otro que resulte una emanación de la dignidad personal. De la misma manera, la referencia a la inviolabilidad de la persona hace que esté tutelada la integridad física –por ende y primordialmente la vida– y la salud.

9. El Anteproyecto preveía este texto: “La ley protege a la persona de cualquier atentado a los derechos que son manifestaciones de su personalidad física y espiritual, y ampara sus libertades”.

10. El primer párrafo del art.10 del Código Civil de Quebec dispone: “Toda persona es inviolable y tiene derecho a su integridad”.

11. El art. 16 del Código Napoleón, según la versión introducida en 1994, dice: “La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe cualquier ataque a su dignidad y garantiza el respeto al ser humano desde el comienzo de su vida”.

Art. 52. Afectaciones a la dignidad

Texto y fuentes

El artículo 52 establece cuáles son las consecuencias del atentado a los derechos de la personalidad espiritual. Lo hace disponiendo que “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier otro modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...”.

La fuente del artículo es el artículo 105 del Proyecto de 1998, que a su vez estaba inspirado en el art. 110 del Proyecto elaborado por la Comisión del Decreto 468/92.

Derechos tutelados

Ha de examinarse el texto desde dos perspectivas: la enumeración de derechos tutelados y los efectos de la lesión a los mismos.

Carácter de la enumeración

En cuanto a la enumeración es –como ya se señaló– no taxativa, pues el texto comprende al menoscabo “de cualquier otro modo” de la “dignidad personal”. Con lo que la persona que sufra una discriminación o se vea afectada en sus libertades podría ejercer las acciones tendientes a prevenir tal atentado o a obtener la reparación del daño que haya sufrido.

Derecho a la intimidad

Debe destacarse que el artículo bajo comentario no define el derecho a la intimidad, así como tampoco precisa los contenidos del derecho al honor o la reputación ni a la identidad. Así lo hacían también los artículos 110 del Proyecto de 1993 y 105 del Proyecto de 1998. Es más, la nota al art. 110 del Proyecto de 1993 explicaba que “[S]iguiendo los criterios de la doctrina nacional tejida alrededor del artículo 1971 bis del Código Civil, se elimina el requisito de que el hecho no sea un delito del derecho criminal y la mención de la arbitrariedad y la alusión a la equidad como pauta de determinación de la indemnización”. Por lo demás, era obvio que el texto de 1993, como

el de 1998, eliminaban las ejemplificaciones de conductas violatorias de la intimidad que hace el vigente artículo 1071 bis.

Y, finalmente, debe tenerse en cuenta que tanto en los antecedentes nacionales como en el artículo 52 del Proyecto de 2012 se alude a la “intimidad personal y familiar” con lo que se adopta la terminología de la ley española del 5 de mayo de 1982, adecuando además, la tutela a lo previsto en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone que “[N]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia...”. También se sigue a la Convención en cuanto ésta garantiza a toda persona la protección contra ataques ilegales a “su honra o reputación”.

De lo que concluimos que la idea de los antecedentes nacionales era que resultaba suficiente con una norma abierta, que se limitara a enumerar de manera no taxativa ciertos derechos –intimidad personal y familiar, honra o reputación, imagen e identidad– y consagrara de manera explícita cuáles eran las acciones que podría ejercer el titular afectado. Ésta es la metodología que siguen muchos de los antecedentes del derecho comparado; así el artículo 9º del Código Napoleón se limita a establecer que “Chacun a droit au respect de sa vie privée”; y el art. 80 del Código portugués reza: “1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”. En la misma corriente están el artículo 14 del Código Civil peruano de 1994 y el art. 18 del Código Civil boliviano de 1975.¹² Cabe apuntar que en cambio el Código de Quebec hace una breve enumeración de casos de violación del derecho a la vida privada.¹³

12. Cabe señalar que el artículo 80 del Código de Portugal contiene un inciso 2º que da una pauta para interpretar la extensión del derecho a la vida privada, disponiendo “A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”; el código boliviano alude a la “condición” de la persona afectada.

13. Es el art. 36 del Código. “En particular pueden ser considerados lesivos de la vida privada de una persona los siguientes actos: 1º Ingresar a su morada o apoderarse de cualquier cosa; 2º Interceptar o utilizar voluntariamente una comunicación privada; 3º Captar o utilizar su imagen o su voz mientras se encuentra en lugares privados; 4º Vigilar su vida privada por cualquier medio que sea; 5º Utilizar su nombre, imagen, parecido o voz para cualquier otro fin que no sea la legítima información al público; 6º Utilizar su correspondencia, manuscritos u otros documentos personales” (traducción al español tomada de “Código Civil de Quebec” sous la direction de Julio César Rivera avec la collaboration de Mme. Alejandra Tello - M. Walter Viegas, Wilson & Lafleur Limitée, Montréal, 1998).

Pero he aquí que el Proyecto de 2012 contiene una norma en el artículo 1770 –incluida en la Sección “Supuestos especiales de responsabilidad”– que bajo el acápite “Protección de la vida privada” dice: “El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”.

Con lo cual se produce una superposición injustificada entre los artículos 52 y 1770, que no son coherentes entre sí. Adviértase que:

El art. 52 alude explícitamente a la intimidad personal y familiar; el art. 1770 no contiene previsión alguna relativa a la intimidad familiar.

El art. 52 alude a la prevención y a la reparación; el art. 1770 no menciona la prevención.

El art. 52 no requiere que la afectación a la intimidad sea arbitraria; mientras que el art. 1770 mantiene este requisito calificador de la conducta antijurídica cuya supresión se propicia desde hace 20 años en los proyectos de reforma.

Derecho al honor y a la identidad

Como anticipamos, el Proyecto no define el derecho al honor, limitándose como el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos a mencionar el “honor o reputación”, por lo que serán aplicables los criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia que han definido el contenido de este derecho.

En cuanto al derecho a la identidad, comprende tanto la identidad biológica, la sexual y la identidad dinámica de acuerdo a los criterios que ha desarrollado la jurisprudencia italiana que tiene repercusión en la doctrina argentina.¹⁴

14. V. J. C. Rivera, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 5ª ed., 2010, N°782, p. 807 y ss.

Derecho a la imagen

El derecho a la imagen aparece más claramente definido en el art. 53, estableciendo que son ilícitas tanto la captación como la reproducción no consentidas de la imagen y de la voz. La extensión a la voz tiene antecedentes en el Código boliviano y en el peruano, así como en la ley española del 5 de mayo de 1982 y en el Código de Quebec. En la misma orientación están los proyectos nacionales de 1993 y 1998, así como ha sido propiciada por la doctrina nacional.

Luego enumera los casos en que tal captación o reproducción están justificadas; tal enumeración reproduce la que hiciera el artículo 112 del Proyecto de 1993; es interesante señalar que el inciso 3º considera lícita la captación o reproducción de la imagen o de la voz cuando se trata del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general, con lo cual se introduce la idea de abuso del derecho relacionada con la actividad de la prensa. En definitiva, la doctrina nacional y la jurisprudencia ya han hecho uso de tal idea en reiteradas oportunidades.

Lo curioso es que el proyecto de ley que se refiere a la legislación complementaria no prevé la derogación del art. 31 de la ley 11.723, lo que sería conveniente para evitar incoherencias entre ambos textos. Por empezar comprende a la voz (como el Código de Perú, art. 15, y el de Quebec, art. 36, inc. 5º). Define la conducta ilícita como la captación o reproducción, las que sólo son justificadas en los casos que enumera.

Concluye con una norma de cierre sobre la reproducción de la imagen de las personas fallecidas, estableciendo quiénes pueden dar el consentimiento y que a los veinte años de la muerte es lícita la reproducción no ofensiva.

Efectos de la lesión a estos derechos

El art. 52 correctamente dispone que ante el atentado a estos derechos de la personalidad espiritual su titular tiene el derecho de accionar para reclamar la prevención o la reparación de los daños. Obviamente, frente al ataque iniciado se puede reclamar también su cesación; así lo prevé expresamente

el art. 1770.¹⁵ La idea de la prevención es coherente con el artículo 43 de la Constitución Nacional así como con las reglas generales sobre responsabilidad civil.¹⁶ Cuando la afectación al derecho a la vida privada o a la honra, así como a los demás derechos de la personalidad espiritual provenga de la prensa, debe compatibilizarse la acción preventiva con las garantías de que goza el derecho a la libertad de expresión no sólo en la Constitución Nacional sino también en el derecho supranacional (art. 13 Convención Americana de Derechos Humanos).¹⁷

Conclusiones

La normativa proyectada es en general adecuada y se corresponde con los antecedentes nacionales y del derecho comparado. De todos modos, no cabe duda que la subsistencia de un precepto como el del art. 1770 sume en la perplejidad y debe ser considerado como una inadvertencia de la comisión, por lo que sería conveniente que el Congreso suprima tal regla. También debería suprimirse el art. 31 de la ley 11.723.

Disposición de estos derechos

Texto y fuentes

El art. 55 del Proyecto de 2012 dice: “El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable”.

15. El art. 70, inc. 2º del Código de Portugal dispone: “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

16. El art. 1708 que tiene un acápite que dice: “Funciones de la responsabilidad” expone: “Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva”.

17. En este punto cabe recordar que conforme a los criterios establecidos por la Corte Americana de Derechos Humanos, la protección de la prensa contra la censura previa es absoluta y comprende a la censura administrativa y judicial. De todos modos cabría reconocer alguna excepción cuando se trate de la protección de personas vulnerables, como los menores.

La idea de que los derechos de la personalidad pueden disponerse y que el consentimiento para la disposición es libremente revocable tiene sólidos antecedentes en el derecho comparado ya que aparece por vez primera en el Código Civil de Portugal (art. 81) y estuvo incluida en el Proyecto de 1993 (art. 115) y en el de 1998 (art. 108).

Sin embargo, la norma ahora incluida en el Proyecto de 2012 presenta una diferencia significativa con todos los antecedentes mencionados.

En efecto, tanto el Código portugués como los proyectos nacionales y la ley española del 5 de mayo de 1982 (art. 2º, inciso 3º), prevén que la revocación del consentimiento podría dar lugar a resarcir los daños causados, salvo disposición legal en contrario. En principio, ello se limitaría al denominado daño al interés negativo.

Esta referencia a la reparación del daño no aparece en el Proyecto de 2012 y ello seguramente causará algún debate doctrinario, en particular porque el art. 55 del Proyecto señala expresamente que el consentimiento es “libremente revocable”.

Comentario de algunas disposiciones del Proyecto sobre derechos sobre la personalidad física

Reglas sobre la disposición del propio cuerpo

El Proyecto de 2012 contiene varias reglas importantes en esta materia, sobre la cual, cabe advertir, se ha avanzado mucho en la legislación especial, en particular con la denominada Ley de Derechos de los Pacientes N°26.529.

Así contiene:

Una regla general sobre actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56) los que no son autorizados cuando causen una disminución permanente de la integridad, o sean contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres, salvo que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. De modo que no son autorizados, por ejemplo, los actos de automutilación. La ablación de órganos aparece remitida a la legislación especial.

Como en materia de disposición de derechos de la personalidad espiritual, se dispone que el consentimiento no puede ser suplido y es revocable libremente.¹⁸

Prácticas prohibidas

El art. 57 del Proyecto dispone la prohibición de las prácticas que tiendan a la modificación genética de la descendencia. El único comentario que dedican los Fundamentos a esta disposición es que se ha eliminado la expresión “prácticas eugenésicas” por así haberlo recomendado la comunidad científica, sin ninguna otra precisión.

El texto propuesto aparece como una significativa simplificación del art. 111 del Proyecto de 1998.¹⁹ La propuesta de 1998 era más amplia, pues contenía una regla de principio que prohibía todas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos (párrafo primero) y luego establecía la prohibición de toda práctica que afectara la integridad de la especie humana o que de cualquier modo tendiera a la selección de las personas, o a la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos.

Ese Proyecto de 1998 se había inspirado en el art. 16.4 del Código francés, incorporado por la ley 94-653 del 29 de julio de 1994.²⁰ El Código

18. En este caso el Proyecto de 1998 sí establecía que la revocación “no causa responsabilidad alguna” (art. 110).

19. Proyecto de 1998, Art. 111: “Prácticas eugenésicas. Quedan prohibidas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos. Ninguna modificación puede ser realizada a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres de la descendencia de la persona, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas. Es prohibida toda práctica que afecte la integridad de la especie humana, o que de cualquier modo tienda a la selección de las personas o la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas”.

20. El art. 16.4 del Código francés fue reformado por la ley N°2004-800 del 6 de agosto de 2004. El texto vigente dice: “Nulne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivant e ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à

francés completa la regulación con la prohibición de todo contrato sobre el cuerpo humano²¹ y la nulificación de todo acuerdo dirigido a la procreación o gestación por cuenta de otro.²²

Estos antecedentes hacen sospechar que la reducción de la prohibición de las prácticas eugenésicas puede tener relación con la injustificada y por nadie reclamada legitimación de la gestación por otro que inopinadamente propicia el Proyecto de 2012.

Más allá de las motivaciones, lo cierto es que la norma aparece injustificadamente restringida.

Investigación en salud humana

El Proyecto incorpora una norma extensa sobre investigación en salud humana (art. 58) que no estaba prevista en el Proyecto de 1998. Ella establece una serie de requisitos para la realización de investigaciones relativas a intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas) cuya eficacia o seguridad no estén comprobadas. La enumeración de los requisitos en el Código no parece una técnica aconsejable²³ pues

la prévention et au traitement des maladies génétiques, auc une transformation ne peut être apporté eaux caracteres génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne”.

21. Cód. Francés, art. 16.5.: “Les conventions ayant pour effet de conférer un evaleur patrimoniale au corps humain, à ses élément sou à ses produits sont nulls”.

22. Cód. Francés, art. 16.7.: “Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle”.

23. Esos requisitos son:

- a) ser precedida de una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas para las personas que participan en la investigación en relación con los beneficios previsibles para ellos y para otras personas afectadas por la enfermedad que se investiga;
- b) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que se sujeta a la investigación; el consentimiento es libremente revocable;
- c) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;
- d) asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la investigación.
- e) el ser parte de protocolos de investigación para determinar su eficacia y seguridad;
- f) contar con la aprobación previa por parte de un comité de evaluación de ética en la investigación;
- g) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente.

ellos pueden variar de acuerdo a la evolución de la ciencia y las prácticas, con lo que hubiera sido mejor dejar su determinación a la legislación especial. Máxime teniendo en cuenta que subsiste la ley de derechos del paciente, que podría ser el receptáculo de tal reglamentación detallada.

Tratamientos médicos

Los proyectos de 1993 y 1998 establecían el principio básico en la materia, esto es, que nadie puede ser sometido a tratamiento médico sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario. El Proyecto de 2012 expone el mismo principio pero además aclara que el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresa por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada respecto a:

- a) Su estado de salud.
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos.
- c) Los beneficios esperados del procedimiento.
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles.
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto.
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.
- g) En caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable.
- h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Habida cuenta que subsiste la ley de derechos del paciente debemos mencionar que:

Los dos últimos incisos no figuran en el artículo 5º de la ley 26.529.

La ley 26.529 exige que en ciertos casos el consentimiento sea por escrito, requisito que no aparece en el artículo 59, que no contiene una regla sobre forma de la declaración de voluntad.

El Proyecto de 2012 también contiene normas sobre capacidad de las personas menores de edad respecto de los actos sobre su propio cuerpo que deben tomarse en consideración (art. 26 del Proyecto).

Directivas médicas anticipadas

Una vieja aspiración de la doctrina argentina es la incorporación de reglas sobre directivas anticipadas, lo que se concretó con la sanción de la ley de derechos del paciente N°26.529.²⁴

Lo interesante de la norma prevista por el Proyecto (art. 60) es que autoriza a la persona plenamente capaz no sólo a anticipar directivas, sino también a conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Asimismo puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela.

Si bien al tratar del mandato se prevé su extinción por la muerte o incapacidad del mandante (art. 1329), es obvio que tal causal no se aplica al mandato concebido en previsión de la propia incapacidad, ya que ello implicaría la frustración de su finalidad.

Disposición del cadáver

Finalmente el art. 61 sobre las “Exequias” dispone: “La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la

24. Ley 26.529, art. 11: “Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”.

voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad”.

Disposición similar hallamos en el Proyecto de 1998, aunque en él se decía que los parientes no podían dar al cadáver un destino “contrario a los principios religiosos del difunto”.

Conclusiones

Es un acierto la incorporación de un capítulo de derechos personalísimos al Código Civil.

La mayor parte de las disposiciones previstas tiene sólidos antecedentes en el derecho comparado y en los anteriores proyectos de reforma argentinos, así como cabe reconocer una clara coincidencia doctrinaria con las soluciones propuestas.

Resulta objetable la inexplicada reducción de las reglas sobre prácticas eugenésicas; es difícilmente justificable que no aparezca una norma que excluya toda práctica que atente contra la integridad de la especie humana.

Las normas sobre investigaciones en seres humanos y sobre consentimiento informado debieron limitarse a establecer los principios básicos, dejando a la legislación especial el detalle de la información a suministrar al paciente.

Sería conveniente eliminar el art. 1770 que virtualmente reproduce el artículo 1071 bis vigente, así como propiciar la derogación del art. 31 de la ley 11.723.