

## **DERECHOS Y ACTOS PERSONALÍSIMOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

**Por María Delia Pereiro de Grigaravicius<sup>1</sup>**

*Fecha de recepción: 28 de noviembre de 2020*

*Fecha de aprobación: 28 de noviembre de 2020*

### **Resumen**

En el presente trabajo analizaremos los Derechos y Actos Personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación, por considerar que lo aborda de una manera metodológicamente muy interesante y con un enfoque moderno e integral.

### **Abstract**

In this work we will analyze the Rights and Very Personal Acts in the Civil and Commercial Code of the Nation, considering that it addresses it in a very interesting methodological way and with a modern and comprehensive approach.

---

<sup>1</sup> Abogada, escribana y doctora en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) en el área Derecho Civil. Profesora de Doctorado y Posgrado en la Facultad de Derecho de la UBA y la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Miembro del Seminario Permanente de Investigación "Problemática de Daños en la Sociedad Actual" del Instituto A. L. Gioja de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro del Instituto de Derecho Ambiental de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC) y autora de publicaciones en el país y el extranjero.

## **Resumo**

Neste trabalho iremos analisar os Direitos e Atos Muito Pessoais no Código Civil e Comercial da Nação, considerando que os aborda de uma forma metodológica muito interessante e com uma abordagem moderna e abrangente.

## **Palabras clave**

Derechos y Actos Personalísimos, Código Civil y Comercial de la Nación, Código Civil de Vélez Sársfield.

## **Keywords**

Very Personal Rights and Acts, Civil and Commercial Code of the Nation, Civil Code of Vélez Sársfield.

## **Palavras chave**

Direitos e atos muito pessoais, Código Civil e Comercial da Nação, Código Civil de Vélez Sársfield.

## **1. Introducción**

El nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina aprobado mediante la Ley 26.994, publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre de 2014, Decreto 1795 /14 cuya entrada en vigencia fue el 1 de agosto de 2015, no sólo derogó los dos pilares fundamentales en materia de Derecho Privado, el Código Civil y el Código Comercial, además de numerosas leyes complementarias, sino que unificó ambos regímenes en varios aspectos y produjo numerosos cambios acordes a los

nuevos derechos introducidos en la Reforma Constitucional de 1994, así como los Tratados Internacionales incorporados a la misma.

Esta realidad producirá, sin lugar a duda, una importante cantidad de situaciones que se verán de alguna manera abarcadas por el derogado y el actual régimen vigente.

Esa convivencia normativa necesariamente generará distintas situaciones con el fin de aplicar adecuadamente la norma a un caso concreto en el período de transición del régimen anterior al vigente.

Uno de los principios más delicados es el de irretroactividad, que fue claramente incorporado al nuevo Código Civil y Comercial en el art. 7°, siendo su claro antecedente la Ley 17.711 sancionada en 1968.

Siguiendo el pensamiento de su autor Guillermo Borda que no compartía la noción de derechos adquiridos, utilizando la expresión situaciones jurídicas el art. 7° receptó ese pensamiento en los siguientes términos: “Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario...” agregando que “...la retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”.

Cabe destacar que el art. 7° del Código Civil y Comercial no menciona los derechos adquiridos.

Luego de haberse introducido una reforma, le cabe a la jurisprudencia fijar los criterios de cómo se habrán de aplicar las modificaciones que se hubieran efectuado y ejercer sobre éstas el control de constitucionalidad. Son los jueces quienes deben pronunciarse sobre este delicado tema (Salerno, 2019, p. 181).

Si bien el principio de irretroactividad de las leyes es muy importante en todos los aspectos del derecho, se torna mucho más delicado al abordar el tema de los “Derechos y Actos Personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

Este tema que analizaremos en el presente trabajo es abordado en el Código Civil y Comercial de una manera integral y metodológicamente muy interesante y con un enfoque moderno e integral.

## **2. Los derechos y actos personalísimos con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial**

Si bien el Código Civil sancionado mediante la Ley 340 no regulaba los Derechos y actos Personalísimos su autor, Vélez Sarsfield (1869), no desconocía su existencia e importancia, lo cual quedó reflejado en su nota al artículo 2312 que decía:

Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales como ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien *in jure*... (nota al art. 2313 del Código Civil, 1869).

El autor nombra derechos como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, que hoy son el eje central de numerosos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, pero además reconoce que el ataque a dichos derechos dará lugar al reclamo de una reparación por parte de la persona afectada. Un adelantado en su tiempo los incorpora en una nota, pero no redacta una norma específica para su protección.

No debemos olvidar que estos Derechos se encontraban amparados por nuestra Constitución Nacional ya en 1853.

El derecho a la privacidad e intimidad, regulado en nuestros días tiene su fundamento constitucional en el art. 19 de nuestra Ley Suprema.

En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, los hechos o actos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y

cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad.

Nos vuelve un poco a la doctrina del derecho natural, cualquiera pueda ser la tendencia que dentro de esta doctrina adopte.

Una primera base “*iusnaturalista*” es que el Estado no otorga, no crea los derechos individuales, sino que los reconoce, los constata, los consigna, no emanan del Estado, sino que se le imponen desde afuera.

Como uno de los derechos fundamentales de la persona humana tenemos la libertad, ésta penetra en el ámbito de la constitución del Estado para ser positivizada o negada.

Cuando ocurre lo primero, el Estado tiene forma democrática; cuando ocurre lo segundo, autoritaria o totalitaria.

Continuando con nuestro concepto, destacaremos una fórmula positiva que consagra nuestra Constitución: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados..." (art. 19).

Ello implica el derecho a la no intervención del Estado dentro de esa área, mientras la conducta no trascienda al ámbito público, lesionando el orden, la moral pública, o los derechos ajenos.

Nos encontramos aquí frente a la libertad de intimidad. El art. 19 distingue un orden moral natural y un orden jurídico positivo de las acciones humanas, pues como a alguna de estas acciones que denomina "privadas" las reserva al solo juzgamiento de Dios y a otras llamadas públicas las somete al juicio de los magistrados del Estado, vale decir que la Constitución reconoce un orden de conducta instituido por Dios y otro instituido por el Estado.

Al derecho del individuo corresponde correlativamente el deber del Estado de no violar la esfera jurídica privada. Al reconocer el área de libertad individual, el Estado debe constitucionalizarla como derecho, o sea, en su *status* de derecho público subjetivo.

Muchas acciones de las que los terceros se anotan pertenecen a la privacidad: mi vida familiar, mi situación económica, mi modo de vestir, de usar el cabello, de asumir privadamente mi concepción ética y religiosa, o mi sexualidad, impiden la intrusión del Estado y de los demás particulares, aunque todo eso "se sepa" o sea advertido por terceros.

El ámbito sustraído por el art. 19 de la Constitución Nacional no es solamente el del fuero íntimo, es el derecho genérico al aseguramiento de un área de exclusión solamente reservada a cada persona y sólo penetrable por su libre voluntad, que se impone como límite al Estado y a los particulares (Pereiro, 1990, p. 174).

Este derecho a la privacidad está además en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 conocida como Pacto de San José de Costa Rica en su art. 11 que fue aprobado por la República Argentina mediante Ley 23.054, del año 1984 e incorporado a nuestra Constitución Nacional mediante la reforma del año 1994, en el art. 75, inciso 22.

Por su parte, el Código Civil mediante la ley 20.889 incorporó el art. 32 bis, sancionado el 30 de setiembre de 1974 y promulgado el 17 de octubre del mismo año.

Con posterioridad, la ley 21.173 incorporó al Código Civil el art. 1071 bis, vigente hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, y derogó la ley 20.889. Dicha ley fue sancionada el 30 de setiembre de 1975 y promulgada el 15 de octubre del mismo año.

Vale la pena recordar el texto del recientemente derogado art. 1071 bis del Código Civil cuyo texto decía:

El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.

Otros derechos quedaron protegidos por leyes complementarias, algunas muy antiguas, como es la Ley 11.723 que en su art. 31 protegía el Derecho a la Imagen.

Los avances de la ciencia en varios aspectos, así como el A.D.N. hicieron necesarias numerosas normativas adaptadas a la nueva realidad, como la Ley Trasplantes de órganos, la de Derechos del Paciente, la de Protección de los Datos Personales, la de Salud Mental, entre otras.

La doctrina y la jurisprudencia también fueron desarrollando diferentes posturas e interpretaciones en materia de Derechos Personalísimos.

Vale decir que esta era la normativa vigente en materia de Derechos y Actos personalísimos al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, además del art. 19 de la Constitución Nacional y los demás Tratados Internacionales incorporados a la Carta Magna mediante la Reforma Constitucional de 1994.

No cabe duda de que se hacía necesario un nuevo abordaje sobre el tema.

### **3. Los derechos y actos personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación**

El nuevo Código Civil y Comercial, con muy buen criterio, desarrolló este tema de una manera metódica y dándole un tratamiento profundo y preferencial.

Lo hizo en el Capítulo 3 bajo el Título “Derechos y actos personalísimos”, abarcando los arts. 51 a 61 de ese cuerpo legal.

Como bien sabemos este Código carece de notas. Sin perjuicio de ello es interesante conocer lo que manifiesta en la Presentación del Código Civil y Comercial el presidente de la Comisión de Reformas (decreto 191/ 2011), con relación al tema que estamos abordando.

En el título VI. Tutela de la persona humana dedica un párrafo especial a este tema que nos parece importante transcribir en el presente trabajo:

Existe un amplio reconocimiento de los derechos personalísimos (Arts.51 y ss.) que incluye la inviolabilidad de la persona humana (Art.51), la protección de la imagen (Art.53), investigación en seres humanos (Art.59), el reconocimiento de mayores libertades en materia de nombre (Arts.62 y ss.); el valor otorgado a la autodeterminación en relación a los intereses atinentes a la esfera vital de la persona (Arts. 55,56,58,59,561 y cc.) en el marco axiológico de la dignidad humana (Arts. 51,52,279 y 1004) (Lorenzetti, 2012).

Estas normas se inscriben en una fuerte tradición humanística (Lorenzetti, p. XXXVI).

Si bien el nuevo Código Civil y Comercial, plasmó en un sistema normativo metódico y ordenado estos derechos, como lo manifestamos, distintas normas del Derecho Privado y el Derecho Público, así como los Tratados Internacionales, la doctrina y la jurisprudencia fueron desarrollando teorías muy modernas y enriquecedoras.

Estimamos que un punto de inflexión en materia de Derechos y Actos Personalísimos se produjo en el rico debate en el que tuvimos oportunidad de participar e intervenir que se generó en las II Jornadas Provinciales de Derecho Civil, celebradas en el Departamento Judicial de Mercedes, Partido de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, durante el mes de junio del año 1983.

En dichas jornadas se arribaron a importantes conclusiones en la materia, entre ellas, la de incorporar en el Derecho Argentino, en el Libro Primero, Sección Primera, Título II del Código Civil, un régimen integral y sistemático sobre los derechos personalísimos.

Asimismo, se avanzó sobre la regulación de temas como la disposición de partes no renovables del cuerpo humano, la protección del honor, el derecho a réplica, la supresión del art. 1071 bis del Código Civil del requisito de que el hecho sea un delito penal, la regulación de la informática de modo que no pueda lesionar derechos personalísimos, entre otros temas de avanzada en la materia.

Esta propuesta progresista en su tiempo ha quedado plasmada y modernizada en el Código Civil y Comercial, cuyo análisis estamos abordando en el presente trabajo.

Como bien ha expresado Cifuentes (1995), se levanta cada vez más alta y visible la bandera del respeto por la persona humana. Se la erige como valor fundamental de nuestra época.

La legislación individualista del siglo pasado denotaba una preocupación exagerada por los valores patrimoniales. El hombre se colocaba fuera de la concepción jurídica.

Los derechos personalísimos son una defensa de reconocida trascendencia (Cifuentes, 1995, p.109).

El desarrollo de la ciencia, la técnica y las condiciones de la vida moderna, así como tienden a mejorar el estado sanitario de la población y prolongar la duración normal de la vida, también aumentan los riesgos de daños y exponen a la persona a un destino incierto.

La fecundación asistida mediante diversas técnicas que fueron apareciendo ante el problema de la imposibilidad de tener hijos, así como los diagnósticos prenatales que se fueron implementando desde los laboratorios con equipos integrados principalmente por biólogos y médicos fueron uno de los grandes temas del siglo XX y lo es más aún en el siglo XXI.

Frente a esta realidad, sin pretender detener los avances de la ciencia, debemos tener presente que el cuerpo humano no puede ser reducido a un complejo de tejidos, órganos y funciones, ya que es parte constitutiva de una persona que a través de él se expresa y se manifiesta.

Por lo tanto, cualquier intervención sobre el cuerpo humano no alcanza únicamente los tejidos, órganos y funciones, afectan también a la persona misma, encierra, por lo tanto, un significado y una responsabilidad moral.

Respetar la dignidad humana implica salvaguardar su identidad, por eso deben buscarse criterios concordantes con ello cuando se utilizan procedimientos no estrictamente terapéuticos sino destinados a mejorar la condición biológica humana, investigar sobre embriones o fetos humanos, efectuar diagnósticos prenatales o aplicar los diversos métodos de fecundación asistida.

No podemos negar que la revolución biológica está en marcha. Ya no es posible volver al pasado (Pereiro de Grigaravicius, 2019, p. 41).

El desarrollo tecnológico se ha dado y continúa avanzando en todos los niveles. Es importante destacar que la Encíclica “*Laudato si*” -Alabado sea- elaborada por el Papa Francisco y publicada el 18 de junio de 2015 sobre el “el cuidado de la casa común” por el “deterioro ambiental global” destaca el “deterioro de la calidad de vida humana y degradación social” hace una mención especial al dominio del poder económico sobre el conjunto de la humanidad.

Señalando que en el Punto 104 que

...no podemos ignorar que la energía nuclear, la biotecnología, la informática, el conocimiento de nuestro propio ADN y otras capacidades que hemos adquirido nos dan un tremendo poder. Mejor dicho dan a quienes tiene el conocimiento, y sobre todo el poder económico para utilizarlo, un dominio impresionante sobre el conjunto de la humanidad y del mundo entero... (punto 104).

Esta realidad ha dado lugar a un nuevo derecho de daños ante la necesidad de amparar a la persona frente al maquinismo, siendo las inmisiones industriales y empresarias en general otras de las principales fuentes de contaminación del medio ambiente que derivan en problemas en la salud de la población (Pereiro de Grigaravicius, 2016).

Sin duda alguna se ha penetrado, asimismo, en la intimidad de las personas, mediante los avances tecnológicos, las redes sociales, la publicación de datos relacionados a la religión, sexo, edad, relaciones laborales y/o personales que pertenecen a la esfera íntima de la persona.

Es por ello que afirmamos que el nuevo Código Civil y Comercial hizo un acertado abordaje sobre los hechos y actos personalísimos, cada vez más vulnerados.

Por esta nueva realidad es que nos parece muy adecuada la metodología del nuevo Código al regular los Derechos y Actos Personalísimos en el Capítulo 3 dentro del Título I, Persona Humana.

Anteriormente se transcribió el art. 1071 bis, ahora derogado, que

fundamentalmente abordó el tema de la intimidad de la persona humana, así como la compensación económica, para el caso de la existencia de daños.

Si tomamos el nuevo código podemos afirmar que este artículo se ve reflejado en los arts. 51, 52, 53, 55, 71 y 72 dentro del título Derechos y Actos Personalísimos, ya citado, así como del “Nombre” Capítulo 4 y en los arts. 1738, 1740 y concordantes, estos últimos, en el Título V, Capítulo I, Sección 4ta. “Daño Resarcible” y el art. 1770 contemplado en los supuestos especiales de responsabilidad.

Son requisitos para la aplicación del art. 1071 bis del Código Civil, ahora derogado, el entrometimiento en la vida ajena; que la intromisión sea arbitraria; que de acuerdo con las circunstancias de persona, tiempo y lugar la interferencia perturbe la intimidad personal y familiar del perjudicado (Pereiro de Grigaravicius, 1990, p. 174), sea publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad.

Este artículo, cuyo sustento en la Constitución Nacional hemos analizado con anterioridad, moderno para su época, fue aplicado e interpretado por muchísima doctrina y jurisprudencia.

En la actualidad, con la evolución en materia de Derechos Humanos, así como en la difusión de las noticias, con rapidez y fácilmente replicables, desarrolló sus conceptos en el art.51 Inviolabilidad de la persona humana; art. 52 Afectación de la Dignidad; art. 53 Derecho a la imagen; art. 55 Disposición de derechos personalísimos y art. 71 Acciones de Protección del nombre.

En el art. 52 al decir “...su intimidad personal o familiar...” introduce un interesante elemento, la protección a la familia.

Pero su protección específica aparece en el artículo 1770, que se relaciona con los arts. ya mencionados 1738 y 1740.

El art. 1770 dice:

Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe

ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

Si alguna crítica puede hacerse a este artículo es referirse a “diario o periódico” cuando debería buscarse una expresión genérica que incluya a la radio y la TV o los medios electrónicos.

La previsión de la publicación de la sentencia aparece duplicada, porque está también en el art. 1740 que, de hecho, sólo habla de “publicación de la sentencia” sin determinar dónde.

Nuestro criterio es que debería publicarse la sentencia en el mismo medio clásico o electrónico en el que se publicó el hecho que dio lugar a la demanda.

Para que sea leída por el mismo público, por ejemplo, una determinada red social, eso independientemente de que también se ordene su publicación en uno de los medios clásicos, diario o T.V.

El art. 55 contempla el consentimiento para la disposición de actos personalísimos, pero les pone un acertado límite, como son la ley, la moral y las buenas costumbres.

Son muy interesantes la incorporación en este título de los derechos que protegen la integridad de la persona, en todos sus aspectos, así el art. 54 nos habla de actos peligrosos, excepto que correspondan a su actividad habitual.

El art. 56 regula los “actos de disposición sobre el propio cuerpo” que debe relacionarse con el art. 17 Derecho sobre el cuerpo humano. En este último remarca claramente que no deben tener un fin comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, mientras que el art. 56, además de repetir conceptos relacionados con el art. 17, nos remite a la ley especial de trasplante de órganos, tejidos y células.

Este artículo en su parte final nos habla del consentimiento, aclarando que no puede ser suplido y es libremente revocable, debiendo por supuesto tener presente las partes del Código que desarrollan ampliamente este tema.

Un artículo novedoso y de gran actualidad dado los avances de la ciencia es el art. 57 que nos dice: Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.

Era necesaria una norma clara que lo manifestara, atento a que todo lo relacionado con embriones no implantados quedó supeditado a una ley especial conforme el art. 9 inciso segundo del título preliminar.

Al sancionarse el art. 58, investigación en seres humanos, nos habla de una serie de límites y condiciones relacionados con las prácticas médicas, lo que además se encuentra regulado por una ley especial, la Ley “Derechos del Paciente” 26.529 y sus sucesivas modificaciones.

De igual manera se debe hacer con el art. 59 sobre el consentimiento informado e investigaciones para actos médicos e investigaciones en salud y el art. 60 sobre directivas anticipadas, que se encuentran contempladas en el art. 11 de la misma ley.

El art. 60, prevé, como la expresáramos, la posibilidad de formular directivas médicas anticipadas.

Cabe notar que la previsión es más amplia que la contenida en artículo 11 de la Ley 26.529, sustituido por el art. 6 de la Ley 26.742 B.O. 24/05/2012, y también que lo que anuncia el título del artículo, porque incluye además de las directivas médicas la previsión del mandato para ser ejercido en caso de incapacidad de la persona y la elección del propio curador. Se trata de innovaciones positivas y largamente reclamadas por la doctrina, y especialmente por los escribanos.

Sin embargo, esta norma debería armonizarse con el propuesto art. 1329, que prevé la caducidad del mandato por la incapacidad del mandante, con lo que la previsión del art. 60 resultaría vacía de contenido. Una interpretación armónica exige considerar a este una excepción a aquella regla (Navarro Floria, 2012).

Es importante también mencionar que el nuevo art. 11 introduce una serie de detalles sobre la forma en que debe formalizarse la declaración de voluntad, que es también importante tener presente al tiempo de su realización, atento a que está regulado por una ley especial por lo que deberá armonizarse con lo regulado por el Código Civil y Comercial en este tema.

La Directivas médicas anticipadas, también conocidas como Testamento vital, son también importantes para la familia, atento a que ésta en muchas oportunidades debe tomar determinaciones frente a los tratamientos médicos a seguir con relación a un familiar cercano, ya sea porque ha sufrido un accidente o que por otro motivo esté en estado de inconciencia, pero que con determinados tratamientos su vida puede salvarse, o bien para un familiar que ya no tiene posibilidades de viabilidad. Esto también puede ocurrir cuando el enfermo es un menor.

Un tema que nada tiene que ver con lo afectivo pero que lleva a muchas personas en la actualidad a redactar estas directivas es la falta de ética de algunos médicos o instituciones sanitarias cuando se encuentran frente a un paciente que tiene un sistema de salud prepago, que responde ampliamente a las necesidades económicas requeridas o, por el contrario, tienen una Obra Social que paga por la atención médica un arancel mínimo previamente acordado.

Esto lleva a muchos médicos e instituciones sanitarias a utilizar prácticas costosas y muchas veces cruentas, cuando existen otros caminos para arribar al mismo resultado, o en casos de “enfermedades terminales” e irreversibles, prolongar la vida con lo que podemos llamar “encarnizamiento terapéutico” para obtener importantes ganancias con los gastos que se generan, así como la estadía en terapia intensiva, sin importar el sufrimiento del paciente.

En el caso de Obras Sociales que no dejan importantes réditos, lo que puede suceder es que, por ejemplo, frente a un cuadro de anemia posterior a un parto, que requiere un tratamiento con productos farmacológicos y una internación más prolongada, los médicos opten por una transfusión de sangre y un alta rápida sin tener

presente que actualmente la sangre es una cosa riesgosa que debe ser aplicada cuando no existen métodos sustitutivos.

Lo mismo ocurre cuando el impedimento del enfermo se debe a un tema religioso como es el caso de los Testigos de Jehová

Cabe aclarar que, si bien el testamento vital en sus orígenes atendía al estado terminal, la realidad de los tiempos ha ido progresivamente avanzando en el sentido de que se trata de una decisión que puede ser requerida por el individuo en cualquier situación que se encuentre, como lo venimos explicando y por las razones expuestas.

Puede decirse que son declaraciones de voluntad efectuadas por una persona mayor de edad, competente en términos bioéticos y capaz en términos jurídicos, de manera libre, mediante la cual manifiesta anticipadamente la voluntad de dejar expresadas instrucciones relacionadas con la toma de decisiones vinculadas a su salud, sin necesidad de expresión de causa alguna, para que sean tenidas en cuenta en el momento en el que concurran circunstancias que no le permitan expresar personalmente su voluntad.

Es importante que se encuentre expresamente consignado el derecho sin perjuicio de que nuestra jurisprudencia ya con anterioridad a la legislación vigente dictó casos de resonancia, así fue en el caso “Bahamondez” resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mes de abril de 1993.

Marcelo Bahamondez, fue internado en el Hospital Regional de Ushuaia en razón de estar afectado por una hemorragia digestiva con anemia, pero se negó a recibir transfusiones de sangre por ser Testigo de Jehová. El juez de Primera Instancia había autorizado las transfusiones de sangre que fueran necesarias para su adecuado tratamiento médico.

Se apeló esa sentencia y la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un “suicidio lentificado”, realizado por un medio no violento y no por propia mano, sino por la omisión propia del suicida que no admitía tratamiento y de ese modo se dejaba morir.

El defensor oficial del paciente interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema, pero al momento de considerar la cuestión la Corte constató que en junio de 1989 el paciente había sido dado de alta.

Por ello 5 de los 9 jueces consideraron que no correspondía dictar un pronunciamiento ante la inexistencia de agravio actual, es decir, no subsistía una cuestión litigiosa que requería una sentencia. Sin embargo, dos jueces se unieron a la opinión de la minoría y por ello seis jueces de la Corte Suprema expresaron su opinión respecto de los miembros del culto Testigos de Jehová. Consideraron el respeto por la autonomía individual, la privacidad y la esfera íntima de la persona, de manera tal que la libertad del individuo sólo puede ser excepcionalmente limitada por algún interés público relevante, reivindicando la tarea de la Corte como garante supremo de los derechos humanos.

A partir del Caso Bahamondez la jurisprudencia que se inclina por respetar la decisión del paciente a no transfundirse, en las condiciones arriba mencionadas, es abrumadora. Sin embargo, es menester aclarar que no ocurre lo mismo con los menores, donde en caso de oposición de los padres a que se practiquen en sus hijos transfusiones sanguíneas, se debe recurrir a la justicia, porque en estos casos el derecho a la libertad de cultos debe ceder ante el derecho a la vida y a la salud de los incapaces teniendo en cuenta que el ejercicio de la patria potestad no debe ser abusivo y que los menores que no pueden decidir por sí mismos deben ser protegidos por el Estado.

En el mismo sentido en un reciente caso, el 1 de junio del año 2012 ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación a raíz del pedido de un padre para que los médicos tratantes de su hijo mayor de edad, Pablo J. Albarracini Ottonelli, que se encontraba internado en la clínica Bazterrica de la Ciudad de Buenos Aires efectuaran una transfusión de sangre necesaria para su restablecimiento y que el paciente se negaba a recibir por haber expresado su voluntad de no ser transfundido por ser Testigo de Jehová.

Se resolvió en favor de la voluntad del paciente, pues debía primar la decisión adoptada por Pablo Albarracini Ottonelli en las directivas anticipadas, las cuales se encontraban fundadas en el principio de autodeterminación, de libertad de conciencia y religiosa (Pereiro de Grigaravicius, 2014, p. 182).

Por último, el art. 61 regula lo relacionado con las exequias, respetando plenamente la voluntad del ahora fallecido. Este novedoso artículo dice:

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

Es una norma que reconoce que el cadáver, por respeto a la persona humana que lo ha habitado en vida, no puede ser tratado como una “cosa” ni ser objeto de actos jurídicos.

Su destino debe ser el que haya señalado la persona antes de morir, siempre que no contradiga las buenas costumbres (Llambías, 1964, p. 266).

El Código Civil y Comercial, asimismo, entre los nuevos derechos reales enumerados en el art. 1887, en el inciso f) agrega el cementerio privado.

Lo regula en el Título VI, Conjuntos inmobiliarios, Capítulo 3, en los arts. 2103/13.

Además de las normas que regulan el Derecho Real, en sí mismo, impone normas que tienen en cuenta el respeto de la persona fallecida y de aquellos familiares y/o personas cercanas que van al cementerio, al establecer en el art. 2108 inciso a) el deber del titular del derecho sepultura de “mantener el decoro, la sobriedad, y el respeto que exigen el lugar y el derecho de otros”.

Frente a la realidad de este nuevo desarrollo inmobiliario el codificador, muy acertadamente, lo regula en concordancia con lo establecido en el art. 61 que acabamos de analizar.

#### **4. Conclusión**

Habiendo realizado un recorrido por los Derechos y Actos Personalísimos incorporados al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, así como su raigambre constitucional en el art. 19 de la Constitución Nacional de 1853, no debemos olvidar que este código debe analizarse teniendo presente lo regulado por el art. 1° en el que nos dice expresamente que los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la Constitución Nacional y los Tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.

Por eso en la presentación del Código, de la que ya hablamos con anterioridad, Lorenzetti (2012) alude a la Constitucionalización del Derecho Privado, así como del Diálogo de fuentes, relacionando esto con lo normado en el art. 1° del Código Civil y Comercial.

En el tema que hemos analizado es indispensable recordar estas advertencias, porque no sólo la letra de la normativa de este código alcanza para su interpretación si no se analiza la Constitución Nacional, los Tratados incorporados a la Constitución y los nuevos que en el futuro la República Argentina sea parte, además de las leyes especiales dictadas o a dictarse, que se relacionen con el tema aquí tratado.

#### **5. Bibliografía y fuentes de información**

##### **5.1 Bibliografía**

Cifuentes, S. (1995). *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires: Astrea.

Lorenzetti, R. (2012). *Presentación del Anteproyecto de nuevo Código Civil y Comercial unificado*. Buenos Aires.

Llambías, J. (1964). *Tratado de Derecho Civil* (Parte General, Tomo I). Buenos Aires: Perrot.

Navarro Floria, J. (2012). Los derechos personalísimos. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derechos-personalisimos-navarro-floria.pdf>

Pereiro de Grigaravicius, M. (1990). El derecho a la intimidad en el Código Civil y su raíz en el art. 19 de la Constitución Nacional. *La Ley*, 1990(A), 174.

Pereiro de Grigaravicius, M. (2014). La Bioética en relación con el comienzo de la vida. Nuevo Código Civil y Comercial La calidad de vida. La muerte digna y el Testamento Vital. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 1(Enero/Febrero), 182.

Pereiro de Grigaravicius, M. (1 de noviembre de 2016). La Justicia Constitucional y el Poder Económico. La responsabilidad civil. Principio de “no regresión”. Encíclica “Laudato si”. *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, 2. Recuperado de <http://aajc.com.ar/home/revista-argentina-de-justicia-constitucional-numero-2-noviembre-2016/>

Pereiro de Grigaravicius, M. (2019). La medicina y la ingeniería genética como causa de daño. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 8, 41-55.

Salerno, M. (2019). Supervivencia en el tiempo de las leyes abrogadas. Justicia Restaurativa, Contratos, Infanticidio y la Medicina Antroposófica: estudios postdoctorales. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires.

Vélez Sarsfield, D. (25 de septiembre de 1869). *Código Civil. Ley 340*. Nota al art. 2312.

## **5.2 Fuentes de información**

II Jornadas Provinciales de Derecho Civil celebradas en el Departamento Judicial de Mercedes, Partido de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, 2/4 de junio de 1983.

Ley 24.430. Constitución de la Nación Argentina. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm>