

PRESENTACIÓN

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado (Dr. López Cabana).- En este año 2000 cambiaremos la metodología de las mesas redondas que realizamos en otras oportunidades. Como todo empieza por el Derecho Romano, decidimos comenzar con el estatuto de las personas, problema que hoy preocupa a todos, ya que lo he visto hasta en algunos códigos a los que normalmente no tenemos acceso en la Argentina, como el yemenita de 1992, cuyo artículo 3° dice: “El derecho musulmán está basado en la protección de las personas y la reparación de los daños”. De modo que, a pesar de ser culturas tan diferentes, en materia jurídica existen las mismas preocupaciones.

Este ciclo de siete mesas redondas se realiza como contribución académica a las Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se llevarán a cabo en el año 2001 en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales en esta ciudad de Buenos Aires.

Como todos los años, agradezco el aporte que el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires nos brinda a nivel técnico para registrar estas reuniones y luego publicarlas en la *Revista del Notariado*. De modo que éste es un auspicio muy generoso.

DERECHO ROMANO: STATUS DE LAS PERSONAS O ESTADO DE LAS PERSONAS

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Comenzamos con la exposición de la profesora titular consulta, doctora Nelly Louzán de Solimano, quien expondrá sobre el *status* de las personas y nos va a recrear la vida en Roma.

Dra. Louzán de Solimano.-

No tiene nada de particular que nos resulte difícil imaginar una sociedad distinta de la actual, en la que la condición de ser humano hace al individuo titular de pleno derecho. Es más, tenemos un sentimiento de rechazo hacia aquellos sistemas que discriminan a personas o grupos de personas.

Sin embargo, esa titularidad plena de derechos sólo es potencial y, de hecho, este tipo de discriminaciones se produce también en las sociedades más modernas y desarrolladas, aunque las normas jurídicas establezcan lo contrario.

Nuestra Constitución consagra en el Preámbulo principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político como valores inspiradores del Estado, los cuales se concretan en el artículo 16 al establecer que los hombres son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

A esto añadimos que el artículo 30 del Código Civil dice: “Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones”, y el 31 establece: “Las personas son de una existencia legal o una existencia física. Pueden adquirir los derechos y contraer las obligaciones que este Código reglamenta en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados les conceden o niegan las leyes”.

Es decir que para determinar la aptitud para ser sujetos de derecho y obligaciones existe en nuestro derecho un marco ordenador que, sin embargo, dista mucho de reflejarse en la realidad que vivimos.

En Roma, el mero hecho de nacer no era suficiente para que el nuevo ser se incorporase a la sociedad con todos sus derechos. Lo que hoy denominamos “personalidad” como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones estaba entonces condicionado por determinadas circunstancias.

Los romanos empleaban el término “persona” como sinónimo de “ser humano”. Prueba de ello nos la proporciona Gayo en sus *Instituciones* cuando, al iniciar la exposición sobre la condición de los hombres, dice que la gran división del derecho de personas es aquella por la que se establece que de todos los hombres unos son libres y otros son esclavos¹.

Pero no debemos olvidar que en Roma se pasó de un sistema en el que el *pater familiae* personificaba los intereses del grupo familiar que se aglutinaba bajo su poder, a otro en el que de manera paulatina se fue afirmando la autonomía del ciudadano mayor de edad, que se movía en un mundo de relaciones complejas que se producían en lugares muy distantes de Roma, con individuos que en ocasiones pertenecían a culturas muy diferentes de la romana.

La persona iniciaba su existencia con el nacimiento, de manera que al concebido no nacido –el *nasciturus*– no se lo consideraba, como decía Gayo, no existía. Esto explica que el feto fuera considerado primitivamente una porción

(1) Gayo I 1,9.

de su madre o de sus vísceras², sin perjuicio de que para algunos efectos se tuviera en cuenta el hecho del embarazo, como ocurría cuando Gayo decía que a los póstumos, es decir, los concebidos y no nacidos en el momento de otorgarlo, se les podía dar un tutor en el testamento, teniéndolos a tal efecto como si hubieran nacido.

Lo mismo ocurría con la regla según la cual el *status* de un hijo se determinaba como si hubiese nacido en el momento de la concepción, con lo que se quería evitar que naciera esclavo, por ejemplo, el hijo de una mujer que era esclava en el momento del parto y libre en el de la concepción.

Fue el propio Gayo quien dijo que la “*capitis deminutio*”³ era un cambio en el *status* que se tenía anteriormente, que se podía producir de tres modos: máxima⁴, cuando se perdían la libertad y la ciudadanía, como en el caso del que se sustraía al censo; media⁵, en los casos de los desterrados, etc.⁶, y mínima⁷, la que se producía en quien conservaba la ciudadanía y la libertad pero cambiaba su estado familiar, que es lo que acontecía en los supuestos de adopción y emancipación, entre otros.

A partir de esta clasificación gayana, la doctrina distinguió tres *status*: el *libertatis*, el *civitatis* y el *familiae*, de lo que se hace depender la capacidad jurídica y de obrar del individuo, aunque esa distribución es ajena a los juristas del principado.

En ocasiones, no resulta fácil precisar si un ser humano ha nacido o no para que pueda atribuírsele personalidad. Esta afirmación puede resultar sorprendente, pero tiene una explicación. Cuando antes decíamos que la existencia de un ser humano se iniciaba con el nacimiento, nos referíamos obviamente al alumbramiento con vida. De manera que puede darse el caso de que, ante la ausencia de signos de vida o ante signos equívocos –por ser en extremo débiles y breves–, se dude de si hubo nacimiento o no, entendiendo esto último en el sentido de que el feto no llegó a tener vida separado de la madre.

Tratándose de una cuestión de crucial importancia jurídica, de la que dependen aspectos de las relaciones familiares, tales como la sucesión *mortis causae*, los juristas romanos, ante los supuestos que la realidad ofrecía, trataron de establecer criterios que no resultaron ser menos sutiles y científicos que los que se recogen en nuestro Código Civil, que en su artículo 73 dice: “Repútese como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieron al parto hubieren oído la respiración o la voz de los nacidos, o hubiesen observado otros signos de vida”.

Aquí, los sabinianos y los proculeyanos, las dos escuelas jurídicas del siglo I antes de Cristo, opinaban de distinta manera. Para los segundos era necesario que el niño emitiera un vagido. Para los primeros, en cambio, bastaba cual-

(2) Ulpiano D 25, 4, 1, 1 y Papiniano D 32, 2, 9, 1.

(3) Gayo I 1, 159.

(4) Gayo I 1, 160.

(5) Gayo I 1, 161 y Justiniano I 1, 16, 1, 2 y 3.

(6) Pomponio D 50, 17, 18.

(7) Gayo I 1, 162.

quier signo de vida. Sin embargo, la muerte determinaba la extinción de la personalidad y, con ella, se producía la sucesión del fallecido. La ausencia en paradero desconocido de un ciudadano también podía dar lugar a que un magistrado, en forma discrecional, declarase que había fallecido.

Los juristas del período que nos ocupa tampoco establecieron presunciones para el caso de que se produjese el fallecimiento simultáneo, en el mismo siniestro, de personas llamadas a heredarse recíprocamente. En época justiniana se estableció una presunción en virtud de la cual, en el caso de padres e hijos que falleciesen al mismo tiempo, si se trataba de hijos púberes se entendía que morían después de sus padres y, si se trataba de impúberes, se los consideraba muertos con anterioridad.

Yo les dije a ustedes que, en realidad, la persona tenía en Roma tres *status*. La primera circunstancia que se exigía en el individuo era que fuera libre. De acuerdo con el *status libertatis*, los hombres podían clasificarse en libres o esclavos. Nosotros sabemos, por ejemplo, que los esclavos eran objetos del derecho y no sujetos. Por lo tanto, para ser sujeto de derecho en Roma se debía ser, primero, libre⁸.

El segundo era el *status civitatis*, por el cual los hombres se dividían en ciudadanos⁹ y no ciudadanos. Sabemos que había distintas categorías en los no ciudadanos, que algunos tenían muchos derechos privados, más, los latinos *veteres*¹⁰, y en escala descendente, los latinos *coloniarii*, los latinos *junianos*¹¹ y, finalmente, los peregrinos¹² y los *dedicticios*, que no poseían ningún derecho privado¹³.

Ahora bien, la persona debía tener también el tercer *status*, que era el *status familiae*. Por él los hombres se dividían en “*sui iuris*”, que tenían todos los derechos en sí mismos, y en “*alieni iuris*”, que eran las personas que dependían del *sui iuris*. Por eso, para ser sujeto de derecho en Roma era necesario ser libre, ciudadano y *sui iuris*, y la única persona que reunía estas tres características era el *pater familiae*. Por lo tanto, en Roma, el *pater familiae* era el único considerado sujeto de derecho.

Nosotros sabemos que esa libertad se podía perder en Roma por distintas *causas* y, en este sentido, debemos explicar lo que era la *capitis deminutio* máxima. Se podía perder porque una persona era tomada prisionera de guerra¹⁴; se podía perder porque cometía un delito infamante¹⁵, y también porque el deudor, en la época primitiva, al cumplirse el término en que debía hacer frente a sus obligaciones, era tomado prisionero por el acreedor, con consentimiento del magistrado, por una acción ejecutiva de aprehensión corporal. El

(8) Florentino D 1, 5, 4.

(9) Ulpiano 19, 5 y 5, 2.

(10) Gayo 1, 28 a 35.

(11) Ulpiano 19, 4 y 5, 4.

(12) Marciano en D 48, 19, 17, 1.

(13) Gayo 1, 14 y en D 28, 1, 8, 1.

(14) Marciano D 1, 5, 5, 1. I 1, 3, 4

(15) Gayo D 48, 19, 29.

magistrado autorizaba al acreedor –en esa época primitiva no existían en Roma cárceles públicas– a llevarse al deudor prisionero a su casa. Estando en la casa del acreedor, éste tenía que exponerlo, llevarlo al foro durante tres días para que lo vieran y supieran que estaba prisionero por deudas y, así, alguien podía presentarse a pagar la deuda o a garantizarla. De lo contrario –ya se establece en la Ley de las XII Tablas, en la Tabla III, cuando se refiere a la *manus iniectio*–, el deudor era vendido *Trans Tiberim* es decir, del otro lado del Tíber, como esclavo. Ahí perdía la libertad. Como vemos, respondía de sus deudas con su persona.

¿Cómo era esto de que respondía con su persona? Fijense que en la misma Ley de las XII Tablas se establece que si en el mercado no era comprado, no había quien apostara por él, se podía dividir su cuerpo en tantas partes como acreedores hubiere. Gayo nos dice que esto nunca se llegó a realizar. Ustedes piensen que los romanos fueron un pueblo eminentemente práctico. ¿Qué podían hacer con una parte del cuerpo del esclavo? Se lo daban al mayor acreedor, quien hacía trabajar al esclavo y así iba pagando sus deudas. Es decir que respondían con su persona; la obligación era penal o personal.

Pero en el año 326 antes de Cristo, la ley *Poetelia Papiria* va a impedir que respondan con su persona y va a hacer que respondan con su patrimonio. Va a cambiar completamente el aspecto del ciudadano romano. Entonces, prohíbe el *nexum*, que tengan que responder con su libertad por las deudas, y la obligación, de personal y penal, a partir del siglo IV antes de Cristo, se convierte en patrimonial, porque va a ser el patrimonio del deudor el que responderá por las deudas.

Vamos a ver que a partir de ese momento responderá con sus bienes. Éste es el más importante *status* que posee el hombre, la persona romana, que es el sujeto de derecho. El estatuto *civitatis* y el *familiae* son inferiores a la libertad. El don máspreciado que tiene un hombre que es sujeto de derecho es su libertad. Entonces, podemos decir que ya no va a responder más con su persona sino que a partir de ese momento van a ser los bienes del deudor la garantía común de los acreedores.

Con respecto al *estatuto*, debemos referirnos a las personas jurídicas; las primeras personas jurídicas que aparecen en Roma son los municipios, y luego surgen las corporaciones y fundaciones. La persona jurídica es una persona ideal o ente ideal, que va a tener estatutos para reglamentar toda su existencia, sus objetivos, sus autoridades, su funcionamiento, etcétera.

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Agradecemos a la doctora Louzán de Solimano por su esclarecedor aporte y damos la palabra al profesor titular ordinario de esta Facultad, doctor Rinaldi, quien nos ilustrará sobre el *status* en Roma.

Dr. Rinaldi.-

En primer término quiero señalar que muy frecuentemente los profesores de Derecho Romano pedimos a los alumnos que –en ciertos casos– digan pa-

labras en latín. Esto se hace por dos razones: la primera y más importante consiste en torturar a los alumnos, que es una vieja intención sádica de todos los profesores de todas las materias, y mucho más de los profesores de Derecho Romano, con lo cual los alumnos toman una aversión general a la materia. La segunda razón –y más profunda– reside en que muchas veces traducir es un peligro. Si uno traduce algunas palabras idiomáticamente, no hay inconveniente. Si se dice *lex*, la traducción al español es “ley”, pero resulta que el significado ideológico de lo que era *lex* en latín no es el mismo que el de nuestra ley. Tampoco es lo mismo decir *res publica*, refiriéndose a la República de los romanos que a nuestra República. Son conceptos distintos.

Por eso, si tenemos que hacer una traducción lineal del término *status*, como hacen García del Corral y Di Pietro, quienes dicen que simplemente significa “estado”, por supuesto no está mal, pero hay que referirse a aquello a lo que los romanos llamaban *status*, que no es exactamente a lo que nosotros llamamos hoy “estado”.

Ideológicamente traducido, *status* es un término indicativo de la posición del individuo en el cuadro del ordenamiento jurídico. Esta definición es del profesor italiano Giovanni Pugliese, que me parece oportuna porque implica que, dentro del cuadro jurídico, cada individuo tiene una posición, y la posición implica automáticamente referencia a otro. Yo estoy a la izquierda de y a la derecha de; no podría estar situado a la izquierda ni a la derecha de nada si no tuviera a alguien a mi lado.

No puede haber entonces *status* como una cosa individual o subjetiva. El *status* implica una comparación, lo que Giovanni Pugliese llama una situación de ventaja o de desventaja frente a otros. Pero requiere que haya otro, requiere una referencia, es una situación.

En Roma, “persona” era la persona física, pero no alcanzaba la condición de ser humano para ser sujeto de derecho. En este siglo XX que termina estamos demasiado acostumbrados a que cualquier ser humano, por ser tal, tenga derechos. Esto es así, afortunadamente, por lo menos en teoría, pero no era así a fines del siglo XIX, cuando en muchos lugares del mundo todavía existía la esclavitud; ni era así –mucho menos– antes. La equiparación del ser humano a sujeto de derecho es algo bastante moderno.

En consecuencia, para que hubiera “persona” tenía que haber persona física, concepción y no haber habido muerte. Digo “concepción” para terminar con esa injusta acusación que se hizo a Vélez Sársfield de que en el artículo 70 del Código Civil se había apartado del Derecho Romano. No es así, sino que cuando ese artículo dice que la vida comienza con la concepción, Vélez Sársfield no se aparta del Derecho Romano. Ése fue un error que cometió a principios de este siglo Salvat y que ha sido copiado por casi todos los autores. Vélez cita a Savigny pero no transcribe lo que éste dice sobre ese tema. Vélez omite *ex professo* la referencia a Savigny en el tema de la concepción. Se refiere a todas las otras circunstancias que cita Savigny, pero este tema no lo toca. El Código de Vélez sigue enrolado en la verdadera doctrina del Derecho Romano.

Dejando esta cuestión de lado, la existencia de una persona física era im-

prescindible, pero no suficiente, para ser titular de derechos subjetivos. También se requería saber cuál era su situación subjetiva de fondo, cuál era su *status*. El *status* es una posición respecto de un determinado dato; así como yo dije que estoy “a la izquierda de” y “a la derecha de”, el *status* implica una posición respecto de determinado dato. ¿Cuál puede ser ese dato? Su familia, por ejemplo.

En realidad, en el principio del Derecho Romano, los *status libertatis* y *civitatis* fueron uno solo, dado que la libertad era condición indispensable de la ciudadanía, y ser ciudadano de Roma o de cualquier comunidad reconocida por los romanos era imprescindible para ser libre. No hay una distinción originaria entre el *status libertatis* y el *status civitatis*.

El *status familiae* se configuró después, por una razón muy simple: porque en el principio de los tiempos del Derecho Romano, en lugar de haber familia, lo que había era *gens*. ¿Hubo entonces, en un principio, un *status gentis*? Sí, lo hubo. De acuerdo con la *gens*, uno podía ser miembro de la *gens*, *pater gens* –uno de los miembros–, o *cliens gens*, es decir, alguien que está adosado pero no incorporado; protegido, pero no sumado. Esto desaparece en otros tiempos históricos y, entonces, como la *gens* se divide en una inmensa cantidad de familias, aparece el *status familiae*.

Como bien lo dijo la doctora Solimano, para tener capacidad jurídica plena se requería tener el máximo grado de los *status*. En realidad, *status* implica desigualdad. Reitero que la igualdad frente a la ley de todos los seres humanos es un criterio relativamente moderno.

En realidad, esta cuestión de los tres *status: libertatis, civitatis y familiae* –les voy a dar una pésima noticia–, no es de los romanos sino posterior a la época de los romanos. Parece ser sólo una contrapartida de la clasificación que se hace de la *capitis deminutio* en el Digesto, es decir, de la disminución de la capacidad. ¿Los romanos distinguían la existencia de tres *status*? En realidad, los romanos distinguían la existencia del *status* y, dentro de los *status*, jugaban con distintas posibilidades. Cuando hablo de los romanos, me refiero a Ulpiano, a Gayo, a Paulo, es decir, a los autores indirectos del Digesto.

¿Qué significa *capitis deminutio*? Si uno sigue una traducción literal significa “disminución de capacidad”. Pero la traducción ideológica no es “disminución” sino “cambio”. En latín no se habla de disminución sino de *permutatio*, permuta, cambio de estado. A tal punto que cuando un *alieni iuris* era manumitido, también se decía que había una *capitis deminutio*, a pesar de que pasaba de ser un *alieni iuris* a ser *sui iuris*. No obstante, se llamaba *capitis deminutio* porque este término no significaba “disminución” sino “modificación” o “cambio”.

Finalmente, quiero señalar el lugar del Digesto de donde se extrae esta idea de la existencia de los tres *status*. Es en el Libro IV, Título V, párrafo 11, donde Paulo dice que: “Hay tres especies de disminución de cabeza: máxima, media y mínima”. Fíjense que está diciendo que la capacidad tiene tres especies; se pueden perder tres cosas; una es máxima, la otra media y la otra mínima.

No se refiere a cosas distintas sino a grados de una misma cosa; son grados de una *status*, no de tres. El *status* significa situación respecto de otro.

Luego sigue Paulo diciendo: “Porque tres son las cosas que tenemos...” –en realidad no dice “cosas”, no habla de *res*– “...libertad, ciudadanía y familia”. Cada uno de nosotros tenemos libertad –o no–, ciudadanía –o no– y familia. Siempre tenemos familia, aunque yo sea sólo *pater familiae* sin *filius familiae*. Así, pues, es sabido que cuando perdemos todas estas cosas –la libertad, la ciudadanía y la familia– es máxima la disminución de cabeza. Pero cuando perdemos la ciudadanía y retenemos la libertad, es media la disminución de cabeza. Y cuando se retiene la libertad y la ciudadanía, y tan sólo se cambia de familia, la disminución de cabeza es mínima. No significa que sea una disminución; uno puede pasar de una familia pobre a una muy rica; cambia de familia y mejora su condición. O puede pasar de ser *alieni iuris* a *sui iuris*, y mejora su condición. No obstante, la traducción habla de “disminución”; en realidad quiere decir “cambio”.

Lo que quería que quedara de alguna manera en claro es que cuando uno toma los conceptos del Derecho Romano sin pasarlos por el cedazo del análisis, se corre el mismo riesgo que cuando uno traduce literalmente sin hacerlo ideológicamente. Para los romanos la persona era una; el *status* también era uno. Podía perder una porción enorme, media o pequeña, o podía no perder nada y tenerlo todo. Así como mi situación entre ustedes es “a la derecha”, “a la izquierda”, “al norte” o “al sur” de los demás, mi estado es uno solo.

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Le agradecemos al doctor Rinaldi, con lo que damos por concluido el tema de Derecho Romano, tan propedéutico en estas cuestiones esenciales para entender el derecho contemporáneo.

PARTE GENERAL: ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Luego de haber ahondado en las raíces del Derecho Romano, podremos encontrar en nuestro régimen legal los actos de disposición, su posibilidad y régimen.

En primer término hará uso de la palabra el profesor titular regular de esta casa de estudios, doctor Tobías.

Dr. Tobías.-

Tengo la convicción de que la característica principal y, por lo tanto, el problema principal de este tema, que ha sido objeto de convocatoria para las Jornadas Nacionales, es el enfrentamiento de intereses, valores o derechos que se produce en múltiples situaciones en que una persona ejercita actos o comportamientos vinculados con lo que llamaríamos su esfera corporal. Este enfrentamiento de valores, intereses o derechos es, en ocasiones, sumamente comple-

jo de resolver y a veces se presenta en términos que bien podrían calificarse de dramáticos.

Como voy a centralizar mi exposición en los límites a la facultad de disponer aspectos del propio cuerpo, me parece de interés citar algunos supuestos que considero emblemáticos.

Un grupo de personas, fundada en convicciones religiosas, se dedica anualmente a autoinfligirse castigos o autoflagelarse. Alguno podría considerar que este comportamiento ha desaparecido en los tiempos actuales, pero no es así; Cifuentes recuerda que todos los años en Semana Santa en un pueblo de España este tipo de comportamiento es seguido por personas que actúan fundadas en profundas convicciones religiosas. ¿Existe el deber jurídico de impedirlo o están ejerciendo facultades emergentes de derechos personalísimos, constitucionales y propios de su esfera corporal?

Un transexual, ejercitando lo que considera su facultad de autodeterminación, aspira a transformar sus órganos sexuales –a los que considera una suerte de error de la naturaleza– para llegar a lo que entiende su plena salud psíquica. Ello acarreará una disminución permanente de un aspecto corporal trascendente como es su facultad de procrear. ¿Prima su voluntad o ésta se detiene frente a lo que va a ser una restricción permanente de su integridad física, cuando además pueden estar en juego las convicciones morales del medio social donde actúa?

Un científico prestigioso, buscando el reconocimiento mundial o fundado en razones solidarias, autoexperimenta drogas que ponen en riesgo su integridad física –y aun su vida– en aras de esos valores, prescindiendo de todas las pautas aceptadas por la ciencia médica en materia de experimentación científica para no poner en riesgo excesivo a la persona humana. ¿Existe el deber de limitar ese comportamiento o cabe aceptarlo porque está ejerciendo su facultad de autodeterminación?

Hace poco, un médico ginecólogo planteaba el problema que se le presentó frente a una paciente embarazada, que él consideraba de riesgo porque era drogadicta, a quien le sugirió hacerse el test de HIV y, frente a su negativa, decía, no tuvo más remedio que aceptarla. Sin embargo, esa negativa acarrea como efecto que –de encontrarse afectada por la enfermedad– no se le iban a poder aplicar drogas muy recientes que reducían drásticamente las posibilidades de transmisión del SIDA de madre a hijo (según algunos datos del 50 por ciento a algo más del 8 por ciento). El margen de libertad que cabe reconocer a las personas sobre su esfera corporal ¿debe primar sobre el interés eventual tan trascendente de su futura prole?

Las cuestiones se plantean en ese orden y, en general, el conflicto –que llamaríamos de principios o derechos– lo es respecto de lo que podríamos considerar valores trascendentes de la persona humana. El conflicto se plantea entre el valor libertad, el valor salud y el valor integridad física, y la función del intérprete es compatibilizar lo que se presenta como contradictorio, o –en todo caso– sacrificar un principio o derecho en beneficio de otro.

Como suele suceder en estos temas en que valores trascendentes se presen-

tan en términos que aparecen como incompatibles, el corolario en la práctica será que cada uno tenderá a resolver el conflicto sobre la base de la propia escala de valores. Esta actitud –muy cuestionable– suele ser común aun cuando están en juego valores tan significativos como en este tema de los actos de disposición sobre el propio cuerpo.

En la imposibilidad de considerar la multitud de situaciones particulares que se presentan para el análisis, me pareció que podría ser útil exponer las distintas tesis esbozadas alrededor de la facultad de la persona de resolver lo atinente a su propia esfera corporal y sus límites, así como mi propio punto de vista. Me pareció conveniente, además, presentar lo que considero algunas pautas objetivas para resolver los conflictos que se suelen presentar.

Por lo pronto habría que comenzar por decir lo obvio: lo que está en juego en esta materia son los derechos personalísimos.

Para una tesis muy extendida en la doctrina argentina, la facultad de disponer en orden a la propia esfera corporal es una manifestación configurativa de un derecho personalísimo autónomo, que es el **derecho a la disposición del propio cuerpo**. Este derecho sería independiente del derecho a la integridad física, que es concebido exclusivamente en un aspecto negativo. Mientras el derecho personalísimo a la integridad física integra la intangibilidad psicofísica de la persona frente a la amenaza o agresión de terceros, el derecho a la disposición del propio cuerpo actuaría en una faz positiva: es el aspecto que posibilita a la persona ejercer su voluntad respecto a su propia esfera corporal. Por lo tanto, el derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo sería un derecho autónomo que legitimaría el comportamiento del sujeto en su esfera corporal. De esta postura participan en nuestro país Bergoglio, Bielicki, y es la que se esbozó en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil.

Una segunda tesis, muy extendida en la doctrina argentina, postula que la facultad de ejercicio sobre aspectos del propio cuerpo es una manifestación del **derecho a la integridad física**.

Este derecho a la integridad física, a diferencia de la tesis anterior, es concebido en un sentido más amplio; abarca el aspecto negativo de la tutela de la integridad psicofísica frente a la agresión de terceros y, además, comprende un aspecto positivo, que es la facultad de la persona de disponer en todo lo atinente a su esfera corporal.

Ambas tesis, partiendo de la base propia de todos los derechos personalísimos que es su carácter relativamente indisponible, admiten que la facultad de disponer sobre el propio cuerpo tiene límites. Esos límites, siguiendo el criterio del conocidísimo artículo 5° del Código Civil italiano, se encuentran en la ley, en la moral y en las buenas costumbres, y en la circunstancia de que la facultad de disposición sobre el propio cuerpo no llegue a configurar una disminución permanente de la integridad física.

Este último supuesto, que luego nos explicará el doctor Del Azar, tiene a su vez el límite de los actos de disposición para beneficio de terceros –la hipótesis del trasplante– y aquellos casos en los que el acto de disposición genera una disminución permanente de la integridad física, pero para el mejoramiento o

curación de la salud. Es la hipótesis en que si el cirujano no amputa un brazo el paciente se muere: el acto de disposición genera una disminución permanente de nuestro cuerpo, pero está legitimado por el fin de salvación de la vida que lleva la finalidad del acto.

Hasta aquí las dos posturas que se pueden encontrar en la doctrina.

Yo quiero sugerir una tercera tesis, que no es mía pero la comparto, propuesta por un sector de la doctrina italiana. Hasta aquí, las tesis mencionadas plantean un derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo, en el que los límites son la moral y las buenas costumbres, el orden público, la ley o, como manifestación del derecho a la integridad física, la facultad de disponer del propio cuerpo con esos mismos límites.

Algunos autores italianos, sin embargo, han observado que en ninguna de estas tesis, dentro del ámbito de la facultad de disponer del propio cuerpo, se contempla la situación de quien se niega a que se intervenga sobre el propio cuerpo cuando alguien aspira a hacerlo en aras, por ejemplo, de la mejora de su salud. El derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo se refiere exclusivamente a los actos positivos, prescindiendo de la situación en que hay una voluntad negativa a la intervención de un tercero.

Además, ve con disfavor que el cuerpo se vea como una suerte de objeto autónomo sobre el que el titular ejerce derechos y, sobre la base de la consideración de la unidad inseparable entre cuerpo y mente, considera que, en rigor, la facultad de disponer sobre la esfera corporal de cada persona no se vincula con un derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo ni con un derecho a la integridad física, sino, simplemente, con el derecho a la libertad. La facultad de disponer o de comportarse en aspectos que inciden sobre la esfera corporal es simplemente una manifestación del derecho personalísimo a la libertad. Al disponer de aspectos de su esfera corporal, el sujeto ejercita su derecho a la libertad.

Como se advertirá, este derecho a la libertad es visto en sus dos aspectos: en su aspecto positivo, que es la facultad de disponer de facetas del propio cuerpo, y en su aspecto negativo, que es la facultad de oponerse a la pretendida intervención de un tercero sobre la esfera corporal.

De este modo, al disponer la persona sobre aspectos de su esfera corporal, en realidad lo que está haciendo es hacer uso del bien libertad que el ordenamiento jurídico tutela. A su vez, el derecho a la integridad física –en realidad, a la integridad psicofísica– es visto también desde dos aspectos; desde el aspecto de la tutela de la intangibilidad psicofísica respecto de la amenaza o agresión de terceros, y –aquí está la reconsideración sustancial de este tema– como **límite a la libertad del sujeto para disponer de su propio cuerpo**. Es decir, se parte de la consideración de que el derecho a la integridad psicofísica, que en realidad tiende a asimilarse con el derecho a la salud, es un valor constitucionalmente resguardado que es visto como facultad del sujeto pero, además, como interés de la colectividad.

A propósito de esto, debo señalar que un artículo de la Constitución italia-

na consagra el derecho a la salud como derecho fundamental de la persona, pero también como un interés de la colectividad toda en cuanto a la salud de cada uno de sus componentes.

Si esto fuera así –como lo creo–, la situación cambia en 180 grados. El verdadero conflicto no sería entre el derecho a la disposición del propio cuerpo y la moral, las buenas costumbres y el orden público, o entre éstos y el derecho a la integridad física.

En realidad, el conflicto se presenta entre el valor libertad, que permite al sujeto disponer de aspectos de su esfera corporal, y el derecho a la salud o a la integridad física, que es visto como una suerte de derecho supraindividual, en el sentido de que tutela un interés del sujeto pero además tutela un interés de la colectividad toda.

Esta característica **supraindividual** del derecho a la salud –o a la integridad psicofísica, pues ambos términos tienden a asimilarse en la doctrina– también está consagrado en algunas constituciones latinoamericanas, que ven en el derecho a la salud un derecho y un deber, lo cual refleja que trasciende el interés propio del individuo y se proyecta al interés de la comunidad toda.

Si todo esto fuera exacto, resultaría que el verdadero conflicto se presenta entre el derecho a la libertad, que es el que faculta al sujeto a disponer sobre aspectos de su esfera corporal, y el derecho a la integridad psicofísica, que resguarda la salud y la integridad psicofísica del sujeto. Las situaciones particulares que se presentan en la práctica, donde se advierte esta suerte de conflicto de interés entre el valor libertad, tutelado por el ordenamiento jurídico, y el valor salud e integridad física, que también tutela el ordenamiento jurídico, deben ser compatibilizadas por el intérprete o, en casos extremos, debe sacrificarse un derecho en beneficio de otro.

Éste es el tipo de dilema que suele presentarse en la práctica en torno a las facultades de un sujeto para disponer de su esfera corporal.

¿Pero cómo resolver tales conflictos entre el valor libertad y el valor integridad psicofísica? Por lo pronto, habría que decir que ambos son resguardados por el ordenamiento jurídico, y habría que agregar todavía que ambos tienen el carácter de principios reconocidos constitucionalmente. Para usar la terminología de algún autor, tanto el valor libertad como el valor integridad física tienen el carácter de principios fundantes. El derecho a la salud, en efecto, posee rango constitucional no sólo por vía del artículo 33 sino también a través de los tratados internacionales que han adquirido ahora rango constitucional.

¿Cómo solucionar los conflictos que se plantean en la realidad cuando dos principios constitucionales, ambos de carácter fundante de nuestro ordenamiento jurídico, se presentan enfrentados? Es el tema del paciente que se niega a la intervención en ejercicio de su libertad negativa, fundado en su convicción religiosa, y el médico le advierte que está en juego su vida si no acepta un tratamiento sencillo, indoloro, carente de todo riesgo, como una transfusión, inyección, etcétera. ¿Cómo darle primacía a uno u otro principio, siendo que ambos tienen la misma relevancia para nuestro ordenamiento?

El problema se puede solucionar por vía de admitir a priori, en abstracto, que uno tiene más jerarquía que el otro: el de la salud o el de la libertad. Esto se ha intentado en Italia, donde algunos autores priorizan doctrinariamente el valor libertad, salvo excepciones muy taxativas, y otros el valor salud, salvo excepciones expresas.

El tema, a mi juicio, requiere ser resuelto caso por caso y en función de cada circunstancia. Una de las pautas a computar es el motivo o finalidad del acto.

En ese sentido, quizás un intento de clasificación podría ser el siguiente: para comenzar, los actos realizados directa o inmediatamente por el sujeto que se agotan en su propia esfera personal y no entran en contacto con terceros.

Sobre la base de esta idea –que sería el caso del autocastigo, autoflagelación o autoexperimentación– se ha dicho que allí debe primar el valor libertad. La decisión de la persona no entra en interferencia con ningún tercero.

En otros casos en que hay conflicto entre la voluntad de la persona que acepta la intervención de un tercero para lesionarlo –sin ventaja alguna para su salud– y el interés supraindividual en que no se afecte su salud, se ha dicho que debe primar la integridad física, porque el ordenamiento no tutela que alguien pueda ser lesionado, aunque medie consentimiento de la víctima. Ahí debe priorizarse la integridad por encima del valor libertad.

En aquellos otros actos que, por ejemplo, tienen un fin solidario o de beneficio a terceros, se ha dicho que se puede admitir un mayor margen para priorizar el valor libertad.

Es muy difícil fijar pautas, y me parece que hay que conformarse con que el tema de la primacía de valores constitucionales de igual rango no se puede resolver en abstracto sino caso por caso.

En esa individualización caso por caso adquiere relevancia para la solución del problema el motivo o finalidad del acto de disposición de que se trata, y si éste guarda correspondencia con los valores constitucionales, se tenderá a priorizar el valor libertad, salud o integridad física, según el caso.

Desde el punto de vista que vengo exponiendo, hay que agregar, finalmente, que con frecuencia el conflicto no va a plantearse exclusivamente entre el valor libertad y el valor salud o el valor integridad física, sino que el valor libertad podrá entrar en conflicto con las creencias y los valores morales del medio social, en cuyo caso éstos constituirán un límite para el ejercicio del derecho a la libertad del interesado.

A fin de resolver ese nuevo tipo de conflicto, me parece relevante tener en cuenta lo expresado por un gran civilista argentino. López Olaciregui decía que una cosa es la moral individual –nuestras propias creencias o valores morales– y otra cosa es la moral social, que viene a ser una suerte de síntesis de las morales individuales (naturalmente, ellas no siempre coincidirán).

En la tarea de interpretación, tendiente a establecer si nos encontramos en presencia de un límite a la libertad del sujeto en su esfera corporal con fundamento en la regla moral, el intérprete no debe sujetarse a la propia moral individual, sino desentrañar cuál es la moral del medio social a que pertenece. A

propósito, no siempre, en presencia de ese tipo de dilemas, se han tenido en cuenta estas precisiones.

Muchas gracias.

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Agradecemos al profesor Tobías por su valiosa exposición. Lo que ha dicho sobre el dilema entre los valores en juego que tienen parecida relevancia me ha hecho recordar el problema que se genera cuando entran en conflicto la libertad de expresión y el derecho al honor, que alguna doctrina constitucionalista ha querido resolver con un ordenamiento jerárquico a priori de las garantías constitucionales.

Ello resulta bastante aleatorio, porque los mismos constitucionalistas que han intentado hacer esa clasificación la han cambiado con nuevas valoraciones. Me pregunto si eso no llegaría a ser como una tabla de posiciones donde algunas garantías constitucionales terminen yendo al descenso. Por lo tanto, a título individual, y sin comprometer en esto al Departamento, aplaudo la solución proporcionada por el doctor Tobías en el sentido de resolver caso por caso. Estoy convencido de que si los operadores de derecho opinamos así evitaremos las interpretaciones que propicien, sobre la base de un ordenamiento preestablecido de jerarquía de las garantías, que una computadora resuelva los casos en lugar de que lo haga un juez.

A continuación, el profesor Del Azar se referirá a los derechos personalísimos, y seguramente hará una mención al Proyecto de Código Civil.

Dr. Del Azar.-

Agradezco al doctor López Cabana esta convocatoria y quiero señalar mi acuerdo con la solución caso por caso propuesta por el doctor Tobías.

Creo que entre los derechos personalísimos, derechos estos que hacen a la dignidad del hombre y son esenciales a la condición humana, no deben prevalecer unos sobre otros. Cuando se trata de establecer un *ranking* entre ellos, se altera el equilibrio que pretende la ley y la “persona” se siente desprotegida. Por eso creo que estos derechos son cada vez menos absolutos y más relativos.

La protección de los derechos personalísimos ha tenido una lenta evolución. Poco o nada se ha tratado en el actual Código Civil; nos parece que ha llegado la hora de *aggiornar* la legislación de fines de siglo pasado a una realidad actual y a los cambios normativos introducidos por la reforma constitucional del año 1994; una de las razones invocadas por el PEN para crear la Comisión que proyectara un nuevo Código Civil. Si bien en los programas de Derecho Civil de la carrera de Abogacía de esta Facultad felizmente se vienen enseñando los derechos personalísimos desde hace tiempo, y están incluidos en los programas de Derecho Civil Parte General, no ocurre así en el Código de Vélez, que tiene una muy limitada normativa, por ejemplo, la tutela del derecho a la intimidad del artículo 1071 bis fue incorporada por la ley 21173, que constituyó un avance significativo. Por otra parte, el artículo 31 de la ley de

propiedad intelectual se refiere al retrato fotográfico en cuanto prohíbe su comercialización sin el previo y expreso consentimiento de la persona misma.

Debo decirles que, en gran medida, al incorporar a la Constitución convenciones o tratados internacionales de derechos humanos, en definitiva se reconoce lo que en el ámbito del Derecho Civil constituyen los derechos de la personalidad tanto física como espiritual: el derecho a la intimidad, al honor, a la imagen, a la integridad física, a la vida y el principio de inviolabilidad. Es por eso que este Proyecto de nuevo Código Civil establece el daño extrapatrimonial. Si bien está establecido el daño a la persona, **determina como daño extrapatrimonial al que interfiere en el proyecto de vida:** perjudicando la salud física o psíquica, impidiendo el pleno goce de la vida, limitando la libertad, la seguridad y/o dignidad personal, etcétera.

En definitiva, este Proyecto de nuevo Código Civil tiene una visión más humanizada del derecho. Pretende ser un código más solidario y menos individualista que el vigente, a través de la formulación de las bases para un régimen integral y sistemático que tutele los derechos de la personalidad.

Fernández Sessarego ha planteado la necesidad de revisar la cuestión de los derechos del hombre como persona, y no restringir su tutela a la reparación del daño una vez que éste se haya producido, sin haber previsto la forma de evitarlo.

El reconocimiento de los derechos personalísimos asegura un mínimo de dignidad del hombre como ser humano distinguiendo las fases que este Proyecto incorpora en su Libro II, Capítulo VI, Título I (“De la persona humana”). Encontraremos allí, del artículo 105 al 109, los derechos a la personalidad espiritual, y del 110 al 116, los derechos de la personalidad física. Ésta es una de las primeras manifestaciones concretas, una especie de estatuto, de los derechos personalísimos que la doctrina ha venido reclamando casi permanentemente —lo hacía ya desde las Jornadas Provinciales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Mercedes, en el año 1983, cuando establecía la necesidad de su regulación—.

En síntesis, la consolidación de los derechos personalísimos constituye, de alguna manera, una jerarquización de la dignidad del ser humano, no como esfera de imputación sino como una respuesta ética de la sociedad.

En el caso específico del derecho a la integridad física, aunque bien ha explicado el doctor Tobías los distintos puntos de vista sobre este tema y la tutela de la libertad, integra todo este sistema una clasificación tripartita de los derechos personalísimos, y en él se incluye el derecho de vivir. Este derecho está íntimamente relacionado con la inviolabilidad de la persona, con que se respete su vida desde el momento de la concepción y, en el caso de resultar violado, pueda ejercer por sí o a través de representantes las acciones resarcitorias pertinentes tendientes a la reparación del daño, no solamente material sino moral, según lo referido anteriormente.

Esta consideración del reconocimiento del principio de la vida a partir del momento de la concepción —ya no en el seno materno, como establece el Código de Vélez Sársfield— trae aparejado el reconocimiento del *status* jurídico

del embrión fecundado *in vitro* y su derecho a la posterior implantación como corolario de su derecho de nacer. Seguramente, esta simple enunciación no es suficiente para delimitar todos los derechos de los cuales son titulares el embrión y el preembrión, razón por la cual se hace necesaria una legislación especial sobre este tema específico, que regule esta cuestión tan compleja, a fin de no dejar nada librado al azar.

En cuanto al derecho a disponer del propio cuerpo, voy a hacer una presentación de los artículos del Proyecto; presumo que los que están presentes –con algunas excepciones– no los conocen; nos acompañan alumnos de esta casa, así que vale la pena mencionarlos.

Este aspecto positivo del cual hablaba el doctor Tobías, el de disponer en forma relativa del propio cuerpo, ya sea dando un órgano, prestando el propio cuerpo para investigaciones científicas o médicas, dando sangre, disponiendo de la suerte del propio cadáver, debe estar regulado para una mejor tutela de la integridad personal. **¿Qué dice el artículo 110 del Proyecto de unificación?:**

“Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resultan contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, salvo que sean requeridos para la curación o el mejoramiento de la salud de la persona.

“La dación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial.

“El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo, no puede ser suplido y su revocación no causa responsabilidad alguna”.

Las reglas que establece el artículo 110 son las siguientes. Primero, que dicha intervención quirúrgica no cause una disminución permanente a la integridad física. Es momento de preguntarse, entonces, cuál es el tratamiento para los casos de transexualidad o hermafroditismo, en que el drama existencial de esa persona es incomprendido por la sociedad, lo que la margina de la vida comunitaria. La intervención quirúrgica es asumida por el transexual o hermafrodita como un acto liberador del estado de opresión en el que se halla inmerso. Es más, rechaza cualquier terapia por estar convencido de que ella es insuficiente o ineficaz.

Otro caso interesante a considerar es el de los matrimonios estériles que desean alquilar el vientre de otra mujer, la cual dispone de su cuerpo para un acto humanitario, o las prácticas esterilizantes, o la dación de órganos para ser implantados en otro al margen de las disposiciones que específicamente regulan los trasplantes, o el derecho a la procreación mediante técnicas de fecundación asistida ante situaciones que involucren a mujeres solas o parejas de homosexuales, o la fecundación *post mortem*, por ejemplo. ¿Estos casos estarían permitidos en el nuevo ordenamiento? La respuesta sería que no, si nos atenemos a la segunda regla, que considera que los actos de disposición no deben ser contrarios a la moral ni a las buenas costumbres, a menos que se pruebe que son necesarios para la curación o el mejoramiento de la salud de la persona.

Lo importante es destacar que el consentimiento del sujeto no legitima las prácticas prohibidas. Sin embargo, se hace necesario considerar cada caso en particular, partiendo de normas claras que no están contenidas en el Proyecto en cuestión.

El artículo 112 consagra el respeto a las decisiones personales sobre el propio cuerpo —a lo que se refería el doctor Tobías—; se trataría de ciertos casos de decisiones de vida o muerte tomadas por pacientes mediante los testamentos vitales que les permiten de antemano establecer qué tipo de tratamiento esperan recibir y a los que no desean ser sometidos en caso de enfermedades irreversibles, incurables y terminales.

El artículo 114 determina cómo debe darse el consentimiento: “Cuando las circunstancias lo aconsejan, el paciente o quien debe dar su consentimiento en el caso del artículo precedente, debe ser informado razonablemente sobre el procedimiento médico, sus consecuencias y sus posibilidades curativas”. Esto es lo que se ha dado en llamar el consentimiento informado, lo cual necesita dos ingredientes importantes: la información precisa del médico al paciente sobre su estado de salud, la intervención quirúrgica o el tratamiento al que será sometido, y cuáles son las consecuencias claras y concretas de este tratamiento.

La forma que se requiere es una declaración de voluntad del paciente en cuanto a la información que el médico debe proporcionar.

El consentimiento informado determina la responsabilidad médica de dar a conocer cuáles son los riesgos que encierra al tratamiento propuesto, las alternativas posibles, cuántas y cuáles son las posibilidades de éxito, a fin de que el paciente pueda participar inteligentemente en la aceptación o no del tratamiento.

La excepción a este principio lo establece el artículo 113. Si el paciente es incapaz de ejercicio o no está en aptitud de expresar su voluntad, debe recabarse el consentimiento de su representante legal, cónyuge o pariente más próximo, en presencia del médico que se ocupe de él. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación tiene por objeto evitar un mal grave al paciente. La negativa injustificada de las personas antes mencionadas a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del incapaz se suple por autorización judicial.

En este artículo resulta claro que los padres o representantes legales sólo pueden consentir actos sobre el cuerpo de los incapaces cuando son exigidos para la curación o mejoramiento de su salud.

Pero nos surge la duda sobre la situación de los embriones supernumerarios crioconservados. ¿Estarían contenidos dentro de esta enumeración? Y, por lo tanto, ¿podrían los padres decidir sobre su derecho a nacer o no?

El artículo en análisis, en su parte final, habilita a suplir el consentimiento del representante legal con la autorización judicial si la negativa resulta injustificada, en obvia alusión a los casos en los que exista conflicto de derechos entre los de la salud del incapaz y el de las libres convicciones religiosas de su representante legal. Indudablemente, como decía el doctor Tobías, va de suyo

que esto está referido a los abundantes casos de los Testigos de Jehová y otras expresiones respecto de decisiones judiciales que se han tomado.

El requisito del consentimiento informado, que debe prestar el paciente en forma previa al acto médico a realizarse, no sólo implica una modificación en la relación paternalista, que durante mucho tiempo ha regido a la relación médico-paciente en beneficio exclusivo de éste último, sino que implica un avance en la relación interpersonal establecida entre ambos, por el que se obtiene: para el paciente las ventajas de conocer su situación, decisiones a tomar y consecuencias posibles del tratamiento a seguir o desechar; para el médico la posibilidad de poder compartir con el paciente la decisión última respecto de la aceptación o rechazo de tratamientos que pueden ser invasivos o dolorosos y/o que alteren la calidad de vida del paciente.

Un elemento innovador de este Proyecto es la referencia específica a las **prácticas eugenésicas**, que están prohibidas, según lo establece el **artículo 111**:

“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”.

El término “eugenesia” fue tradicionalmente entendido como la “aplicación de las leyes biológicas de la herencia para el perfeccionamiento de la especie humana”.

Otra definición la caracteriza como “la ciencia y el arte que trata de mejorar la dotación genética de la humanidad”.

En la actualidad, con las nuevas técnicas de biología molecular, puede decirse que la eugenesia intenta el mejoramiento de la especie humana, ya sea eliminando los caracteres genéticos indeseables o incrementando en la descendencia el número de los componentes hereditarios apreciados.

La disposición expresada en el Proyecto prohíbe las prácticas eugenésicas destinadas a la selección de genes, sexo o caracteres físicos de los seres humanos y de la descendencia, salvo que estas prácticas tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas.

Resulta necesario hacer referencia a los **casos de clonación**, tan difundidos, o a la formación en laboratorios de híbridos con la utilización de células, tejidos y órganos fetales mediante la disponibilidad de embriones sobrantes a través de técnicas de fertilización asistida, prácticas que resultan ser contrarias a la naturaleza y dignidad del ser humano, que deberían estar comprendidas en la prohibición antes enumerada.

El descubrimiento del mapa genético humano sobre la base de marcadores

de ADN, para permitir a los investigadores localizar fácil y rápidamente los genes, es capaz de generar el peligro de la obligatoriedad que puede revestir la realización de un examen sobre la dotación genética de un individuo bajo la máscara de una prevención de enfermedades, cuando en realidad puede encubrir criterios de selección positivos o negativos.

Estas innovaciones en materia biogenética necesitan de una regulación que prevea severas sanciones en caso de su desobediencia.

Por último, dentro de este capítulo de los actos de disposición del propio cuerpo, el artículo 116 habla de la disposición sobre el cadáver y las exequias, y dice: “La persona capaz de otorgar testamento 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 no se expresa la voluntad del fallecido, la decisión corresponde al cónyuge no separado judicialmente, y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino contrario a los principios religiosos del difunto”.

El Proyecto sienta dos reglas fundamentales: la primera es que la propia persona capaz pueda disponer el modo y circunstancias de sus exequias, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. La segunda es que si la persona nada ha expresado, la decisión corresponde al cónyuge no separado judicialmente y, en su defecto, a los parientes según el orden sucesorio. Este orden impuesto por la segunda regla deja abierto el interrogante de cuál será el destino del cadáver en caso de tratarse de parejas de concubinos o directamente no tener parientes.

El tema de los derechos personalísimos es apasionante y motivo de muchas discusiones. Por ser una cuestión que hace a la condición humana, se van a expresar distintas teorías, doctrinas o posiciones. Estoy de acuerdo con el doctor Tobías respecto de la diferenciación en el tema de la libertad y los límites que existen en los actos de disposición del propio cuerpo.

El substrato de los derechos personalísimos debe ser la libertad del hombre. En todos los casos en que, pedagógicamente o para la enumeración del Código o para atender a los distintos requerimientos, se hace una clasificación de los derechos personalísimos —a la integridad física, a la vida, a la disposición del propio cuerpo, o los referidos al espíritu, como los derechos a la intimidad, al honor, a la imagen de la persona— subyace en ellos la libertad del hombre. Si el hombre no se maneja con la libertad necesaria para defender sus propios derechos personalísimos, tampoco defenderá su propia condición que hace a la dignidad del ser humano.

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- El profesor Del Azar nos ha llevado a las profundidades de los matices que este tema genera. Agradecemos su exposición. Seguramente las Jornadas Nacionales del año próximo serán muy interesantes, sobre todo en esta comisión dedicada a Parte General.

Ya dijimos que el Código de Yemen y el derecho musulmán en general protegen a la persona humana específicamente, pero quisiera finalizar con una cita del artículo 10 del Código de Québec, que me fascina y que ha sido tomada en cuenta por el Proyecto legislativo al que ha hecho referencia el orador preopinante. Dice que “la persona humana es inviolable”. Creo que sobre esa base se debe trabajar en este Proyecto de Código Civil, que supongo reemplazará con ventaja al del doctor Vélez Sársfield, que realmente hemos disfrutado durante 130 años; ya es hora de darle un descanso a este Código de quien fuera profesor de esta Facultad, aunque aclaro que de Economía Política.

Los invito a la mesa redonda N° 2, organizada por este Departamento, y que se referirá a los intereses en las obligaciones dinerarias, que también será un tema de las Jornadas Nacionales del año próximo. *(Aplausos.)*

- Con lo que finalizó el acto.