

## Apuntes sobre los actos jurídicos personalísimos: una categoría necesaria

Notes on personal rights: a necessary category

Ángel Luis Moia | angelmoia@yahoo.com.ar

Instituto de Derecho Civil

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Nacional del Litoral

### Resumen

La incorporación legislativa de los derechos personalísimos y la consecuente categoría de las relaciones jurídicas extrapatrimoniales importa un replanteo de la teoría general de institutos como el acto jurídico. Se analiza la normativa vigente proyectándosela sobre los preceptos del acto jurídico, abordando dos emergentes puntuales como lo son la autonomía de la voluntad y la representación.

### Abstract

The legislative incorporation of personal rights and the consequent category of extra-patrimonial legal relations require a rethinking of the general theory of institutes as the legal act. The current regulations are analyzed by projecting them on the precepts of the legal act, addressing two specific emergencies such as the autonomy of the will and representation.

### Palabras clave

Código Civil y Comercial • Derechos personalísimos • Actos jurídicos personalísimos • Autonomía de la voluntad • Representación

### Key words

Civil and Commercial Code • Personal rights • Legal acts on personal rights • Free Will • Representation

*Hace tiempo que se vio superado el criterio según el cual la propiedad representaba el ámbito de distinción privilegiado entre los individuos. Si a mitad del siglo XIX Alexis de Tocqueville identificaba a la propiedad como el escenario de la gran confrontación «entre los que poseen y los que no poseen», actualmente —considerando que las nuevas posibilidades científicas han revalorizado el interés sobre la relación entre la persona y su propio cuerpo—, la descripción de la hora actual puede configurarse en la medida de un campo de batalla que tiene por objeto al cuerpo humano, con sus innumerables aplicaciones técnicas y científicas. (Salaris, 2007:2)*

## 1. El Código Civil y Comercial y la personalización del derecho privado

Los cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial resultan momento propicio para repasar su trascendencia en el derecho privado nacional. En especial, desde la Parte

General del Derecho Civil, donde se dieron quizás los cambios más profundos junto con la materia de familia. El denominador común de ambas es la reconsideración de la persona humana como eje del sistema jurídico y el replanteo de sus relaciones más esenciales.

La doctrina ha entendido estas repercusiones, como ha sucedido en otros ámbitos, oscilando entre la ruptura y la continuidad de la tradición jurídica civilista en nuestro país. Para algunos, el nuevo código importó un quiebre con lo precedente, una ruptura que nos obliga a pensar a partir de él los problemas del derecho y de la persona. Otros, sostienen la accidentalidad de las normas y ven en su contenido un hito más en un largo proceso que afecta a la consideración del derecho en sí mismo y resulta un emergente de un devenir que ya estaba presente en nuestras prácticas. Se ha dicho al respecto que

En general, predomina en nuestras Facultades de Derecho una inercia de reproducción de una cultura al servicio de la matriz del Estado de Derecho Legal, ello no obstante todos los cambios que resultan visibles en la realidad, lo que hablan de un nuevo modelo de Estado, de Derecho y de jurista, al que precisamente denominamos «Estado de Derecho Constitucional y Democrático». Para cubrir esa distancia entre teoría y realidad, se necesita que al menos desde otros espacios institucionales, como los poderes judiciales, se reacciones apropiadamente y se procure proporcionarles a los juristas un aparato conceptual idóneo que les permita comprender y operar en aquel nuevo contexto. (Vigo, 2015:9)

Los ejes de la reforma, según se reconoce en sus fundamentos<sup>(1)</sup>, son tributarios de inquietudes y movimientos que venían produciéndose en nuestro derecho. Así, la constitucionalización del derecho privado se expresó en la reforma constitucional de 1994<sup>(2)</sup>, sin perjuicio de contar con hitos previos en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema<sup>(3)</sup>

Sobre estas pautas, la convocatoria a presentar aportes para este número de la Revista de la Facultad, dedicado a la valoración crítica de los cinco años de la norma, nos lleva a pensar el tema en perspectiva más que en retrospectiva. Antes que mirar hacia atrás, consideramos que resulta más útil revisar algunos aspectos de su contenido con miras a lo que aún no se ha desarrollado y es necesario.

Dentro de la Parte General, el proceso de constitucionalización del derecho privado tuvo dos facetas principales. Una se proyectó sobre el sistema de fuentes, y la otra ordenó a lo que los mismos redactores llamaron la *personalización* del derecho privado. En esta última senda se inscribe nuestro aporte en torno a las derivaciones de la regulación expresa de los derechos personalísimos.

Transitadas ya las explicaciones de las normas sobre estos derechos, resta analizar sus proyecciones sobre otros institutos que resultan tributarios de su aplicación. En especial la situación del acto jurídico, cuya regulación no se ha modificado al respecto.

<sup>(1)</sup> En la nota de elevación del anteproyecto, la Comisión redactora reconoció como principios basilares de la propuesta su identidad latinoamericana, la constitucionalización del derecho privado, la igualdad y el paradigma no discriminatorio, la valorización de los derechos individuales y colectivos, el reconocimiento de una sociedad multicultural y la seguridad jurídica. Cf. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

<sup>(2)</sup> Rivera, Julio César (s/d) El derecho privado constitucional, *RDPyC* 7, pp. 27 y ss. y Mosset Iturraspe, Jorge (2011) *Derecho Civil Constitucional*. Ed. Rubinzal Culzoni.

<sup>(3)</sup> Fallos 302:1.284, 308:1.118, 308:1.160

## 2. La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial y la reglamentación de los derechos y actos personalísimos

### A) El proceso de recodificación y la persona humana

El proceso de recodificación en nuestro país tuvo como uno de sus pilares la resignificación del sistema normativo desde la óptica de la tutela de la persona humana. Este paradigma personalista, expresado como personalización del derecho privado contestó a la concepción que guio a la codificación decimonónica, que tuvo un signo esencialmente patrimonialista. En aquella lectura, el hombre era considerado como titular de un patrimonio y generador de bienes y servicios. Desde esta perspectiva, se explicaban otras instituciones, como lo fue la responsabilidad civil, donde el daño esencialmente se consideraba en su dimensión material, relegando otras derivaciones.

La denominación tradicional de *persona de existencia visible* se cambió por la de persona humana, a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como en el extrapatrimonial. Se sigue claramente el sentido de los tratados internacionales de derechos humanos, donde se reconoce la identidad del ser humano con la persona humana<sup>(4)</sup>.

El desarrollo de la faz extrapatrimonial de la persona humana implicó la inclusión de normas sobre los derechos personalísimos y sus implicancias. A su vez, esta decisión exigía la incorporación lógica de otras categorías que dieran marco a una situación de juridicidad de las relaciones que se anudaban sobre partes del cuerpo humano, disposiciones sobre estos derechos, así como prestaciones dirigidas derechamente a producir la generación de vida, entre otras.

Mismas consideraciones pueden formularse con respecto al resto de los derechos personalísimos cuyo sustento trasciende al cuerpo humano.

### B) La regulación de los bienes personalísimos en el título preliminar

La finalidad de hacer patente el giro personalista de la codificación se tradujo en la ampliación de los bienes jurídicamente considerados. Luego de reproducir la clásica distinción romana entre bienes y cosas en la dimensión individual (art. 16), el art. 17 admite la consideración del cuerpo humano y sus partes como objeto de relaciones jurídicas, pero sin admitir su valor comercial. Se reconocen otros valores alternativos con relevancia jurídica, todos de contenido no patrimonial<sup>(5)</sup>.

Al justificar esta categorización de los bienes en el título preliminar puede leerse en sus fundamentos que «la concepción patrimonialista ha ido cambiando, y aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo humano, órganos, genes, etcétera». Esta afirmación resulta

---

<sup>(4)</sup> Vgr. art. 1.2 PS.J.C.R.

<sup>(5)</sup> Al respecto se ha dicho que «La solución que prevé este artículo es crear una categoría de objeto de derechos que no tienen valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto, a una enumeración negativa («bienes que no tienen un valor económico» o «extrapatrimoniales»). El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la sociedad). En todos los casos se trata de valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad». Cf. Lorenzetti (2014:83) anotación al art. 17.

esencialmente semejante a lo que ya planteara Dalmacio Vélez Sársfield en la nota al art. 2.312 del código derogado.

Al justificar la norma que definía a los bienes, al inicio del tratamiento de los derechos reales, sostenía el codificador con cita de Durantón, Marcadé y Touillier, que

Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son 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 constituya un bien, jurídicamente hablando.

Más adelante, señala la posibilidad de que se vinculen a una relación económica, sin resentir esto su entidad propia.

En lo que respecta al cuerpo humano y sus partes se trata de una inquietud que atraviesa las distintas normas y que ya estaba presente —aunque embrionariamente—, en el pensamiento del codificador decimonónico.

### C) Los derechos personalísimos como objeto en la Parte General

Complementariamente con estas disposiciones, la sistematización orgánica de la Parte General incluye como tema expreso a los *derechos y actos personalísimos* (arts. 51 a 61). Se trata, como explicó la Comisión redactora del cumplimiento de un reclamo de la doctrina nacional. Su regulación se considera como operativización de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Luego de explicitar un principio constitucional esencial como es la inviolabilidad de la persona humana (art. 51) se enuncia la alternativa de la protección reparatoria o preventiva con respecto a las afectaciones de la «intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad».

Este elenco resulta claramente enunciativo en atención a la genérica comprensión de las situaciones en «que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal». Debe, entonces, considerarse que el campo de los derechos personalísimos se encuentra abierto y no limitado a los que son materia de regulación explícita en este apartado (derecho a la imagen, en el art. 53; la integridad física en los arts. 56, 58, 59)

El constante avance de las investigaciones biológicas y médicas, el desarrollo de la ciencia y la técnica plantean nuevas fronteras para la preservación de la dignidad esencial de la persona humana. Su inserción en el marco de las relaciones jurídicas, de suyo extrapatrimoniales, abre una serie de interrogantes sobre su instrumentación y sobre otras categorías jurídicas vinculadas a la dinámica de la relación<sup>(6)</sup>.

## 3. Una temática en constante desarrollo

El tema de los derechos de la personalidad, o personalísimos como los denomina el código, fue ampliamente desarrollado tanto por la doctrina y la jurisprudencia durante la vigencia del código velezano.

<sup>(6)</sup> Bustos Pueche, José (1996). *El derecho Civil ante el reto de la nueva genética*. Dykinson.

Baste como ejemplo el tratamiento en las Jornadas de Derecho en Homenaje al Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, desarrolladas en la Universidad Nacional de Córdoba en 1950, donde se trató la comunicación del Dr. Jorge Antoni, Profesor de la Universidad Nacional de Tucumán. En su trabajo titulado «Actos de disposición sobre el propio cuerpo» (1950) el referido autor pasaba revista a las legislaciones de la época, a la vez que reflexiona sobre la importancia no sólo del reconocimiento del derecho sobre el propio cuerpo, sino también de la necesidad de sistematizar los actos que en ejercicio de ese derecho se celebren. Desde esta premisa, sigue directamente la normativa sobre los actos jurídicos establecida por Vélez y estructura su estudio sobre la oposición de actos de disposición y actos de administración.

Al abordar este último capítulo, avanza sobre los derechos que hoy llamaríamos de la integridad espiritual y analiza la situación del derecho a la imagen. Con respecto a este, se cuestiona sobre la configuración de los negocios jurídicos sobre el soporte físico en el que se registra la imagen y la incidencia del derecho extrapatrimonial y personalísimo.

Finalmente, en sus conclusiones podemos leer: «es necesario entonces que en el derecho civil o común se establezcan principios de índole general para que los que hacen contrataciones de esta naturaleza sepan a qué atenerse».

Esta última reflexión es la que trataremos de trasladar a la legislación vigente sobre la materia.

## 4. Una categoría ausente, los actos jurídicos personalísimos

### A) Los derechos personalísimos y su dinámica

La mención a los *actos personalísimos* con la que se encabeza el capítulo respectivo no puede entenderse solo referida a los expresamente regulados allí, como es el supuesto de los artículos 56 (actos de disposición sobre el propio cuerpo), 60 (directivas médicas anticipadas) y 61 (titulado como «exequias», y referido a los actos de disposición del propio cadáver y su tratamiento). Antes bien, debe analizarse con detenimiento el contenido de las normas y su integración con los principios propios de la materia para verificar un campo mucho más extenso.

La dinámica que estos derechos implican en la vida civil exige una constante adopción de decisiones que responden tanto a cuestiones médicas y científicas (arts. 56, 58 y 59), pero que trascienden la materialidad del cuerpo humano. Recorriendo el capítulo específico nos encontramos con la mención al consentimiento para el empleo de la imagen, tanto por su propio titular como por sus herederos (art. 53), así como el art. 56 prevé una cláusula general sobre la posibilidad de disponer de ellos, sin limitaciones sobre su categorización. Quedan, pues, incluidos tanto los derechos de la integridad física, como los derechos de la integridad espiritual y la libertad misma.

Sobre la base de esta noción de su disponibilidad relativa<sup>(7)</sup> en otras partes del mismo Código se hacen referencias a estas decisiones, que se traducirán necesariamente en actos. Valgan como ejemplos lo establecido en el art. 26 para los tratamientos médicos en el caso de los menores de edad y las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo y

---

<sup>(7)</sup> Rivera, Julio (2020). *Instituciones de Derecho Civil*. Parte General, Tomo I. Abeledo Perrot, p. 1119.

la referencia al consentimiento de la víctima que el art. 1.720 —inserto en el tratamiento de la responsabilidad civil como fuente de las obligaciones—, donde se establece como límite la disponibilidad del bien en cuestión. Esta referencia se vincula necesariamente con las previsiones de los artículos 56 y 17 antes mencionados.

## B) La teoría de los actos jurídicos

El profuso tratamiento de los derechos subjetivos personalísimos que se ha hecho desde la entrada en vigencia del Código no tiene un congruente desarrollo de los instrumentos jurídicos que los operativizan.

Si partimos de la exhortación que se planteaba el profesor Antoni a mediados del siglo pasado, debemos pensar el problema desde la teoría general de los actos jurídicos. A pesar de una primera tentación de analizarlo desde la teoría del contrato, como ya lo sostuviera Nicolau en su tesis doctoral, la naturaleza misma de estos actos excluye su inclusión automática dentro del concepto de contrato.<sup>(8)</sup>

Esta conclusión se ve ratificada parcialmente a tenor del diseño que el Código vigente tiene de esta figura. El art. 1.003 hace extensivas las disposiciones legisladas para el objeto de los actos jurídicos (arts. 279 y 280), destacando que debe ser susceptible de apreciación económica<sup>(9)</sup>, más allá de que el interés que suscite sea de contenido extrapatrimonial. Estas previsiones se complementan con el artículo siguiente, que descarta como objeto de los contratos a los hechos imposibles, prohibidos por las leyes, contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos. Son igualmente ajenos a los contratos los bienes que las leyes expresamente hayan excluido.

Se hace una referencia aparte a los contratos que tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano. Para estos casos se reitera la aplicación de lo dispuesto en la Parte General (arts. 17 y 56).

*Prima facie* resultaría difícil compatibilizar este último supuesto con la exigencia previa de que el objeto del contrato sea susceptible de valoración económica, lo que por definición excluye a los derechos personalísimos<sup>(10)</sup>. Concomitantemente, sólo se refiere a los derechos referidos a la integridad física, sin dar una respuesta para los otros tipos de derechos personalísimos.

El problema en sí desborda a la figura del contrato<sup>(11)</sup>, ya que los actos relacionados con los derechos personalísimos, si consideramos a los supuestos típicos, no se agotan en

<sup>(8)</sup> Nicolau, Noemí (1990) *Vida humana y Derecho Civil. Exigencia y posibilidad de una teoría del negocio jurídico personalísimo en el Derecho argentino, desde la perspectiva de los actos vinculados al principio y fin de la vida* (Tesis inédita de doctorado). Santa Fe.

<sup>(9)</sup> Al explicar el particular señala Lorenzetti que «el carácter patrimonial de un objeto es una caracterización jurídica, pero en muchos casos hay cláusulas generales que permiten adaptar el carácter conforme a las circunstancias de tiempo y lugar. Las costumbres actuales muestran una «patrimonialización» creciente de todo un universo de cuestiones complejas, como por ejemplo la patentabilidad de los genes, la comercialización de ciertos aspectos de los derechos personalísimos como la voz o la imagen, que pueden ser objeto de ciertos contratos, o las producciones intelectuales, que hasta no hace mucho tiempo no eran consideradas patrimoniales» (Lorenzetti, 2018:472)

<sup>(10)</sup> Parte de la doctrina considera que, a pesar de la letra de la ley, estos derechos se resultan ajenos al ámbito contractual por tratarse de bienes fuera del comercio, cf. Di Chiazza, Iván G., anotación al art. 1.004 en Lorenzetti, Ricardo (Dir. Gral.) [2020]. *Código Civil y Comercial explicado. Obligaciones y contratos*, Tomo I. Ed. Rubinzal Culzoni, p. 515. En contra Benavente (2015:103).

<sup>(11)</sup> Resulta lógico considerar la proximidad conceptual que permitiría aplicar análogamente algunas disposiciones de los contratos, adecuándoselas a la realidad de este tipo de actos. En el derecho comparado se ha dicho al respecto

los actos negociales. Las directivas médicas anticipadas, así como las disposiciones sobre exequias y destino del cadáver resultan ser unilaterales, al igual que la donación de órganos (arts. 21 y ccdtes. ley 27.447), por ejemplo.

Un rápido repaso por el código nos revela una amplia gama de actos de este tipo. La incorporación de las técnicas de reproducción asistida dentro de las reglas de filiación (arts. 560/562) contiene una serie de normas al respecto y abre el camino a otros negocios personalísimos atípicos.

El horizonte también muestra la posibilidad de incorporación jurisprudencial de otros actos atípicos. El caso de la maternidad subrogada, parte de la propuesta del anteproyecto de código que no fue admitida por el Congreso, se ha venido abriendo camino en los tribunales<sup>(12)</sup> lo que implica la aparición de nuevos desafíos para el derecho Civil.

Resulta claro entonces que se trata de una temática que requiere una referencia propia dentro de la teoría de los actos jurídicos, cuya normativa ha permanecido esencialmente inalterada con respecto a sus antecedentes.

Aún la doctrina sigue tratando incidentalmente el tema. Al referir a la clasificación de los actos jurídicos se ensaya la distinción entre negocios patrimoniales y no patrimoniales, según tengan por fin inmediato producir efecto sobre el patrimonio o no<sup>(13)</sup>. Dentro de esta última categoría se plantea la diferenciación de los negocios extrapatrimoniales familiares y nos no familiares, según estén regidos por el derecho de familia o no.

Entre los no regidos por el derecho de familia se incluyen estos actos sobre derechos personalísimos, realizando una somera descripción.

## 5. Dos ejemplos de problemas: la autonomía de la voluntad y la representación para su realización

La naturaleza de los derechos involucrados en estos actos condiciona su configuración, dejando de lado las previsiones generales de la materia. Debe considerarse que la reforma, como se reconoce en sus fundamentos, optó por preservar el molde normativo existente en el código derogado, siguiendo la senda de los proyectos anteriores.

La construcción del tipo específico de actos requiere indagar en la compatibilidad de las disposiciones generales con las singulares aristas de los derechos personalísimos. En miras a los límites propios de la convocatoria, trataremos solo de evidenciar algunas adecuaciones que exige la naturaleza de estos derechos.

---

«El contrato de arrendamiento de útero: una aproximación teórica Nos ha parecido apropiado dar inicio a este capítulo, refiriéndonos a algunas de las denominaciones que se ha dado a este tipo de contrato. Genéricamente, como ya se ha dicho, se habla de maternidad subrogada, o bien, de madres de sustitución... En definitiva, se habla de arrendamiento de útero por la incapacidad que se tiene de abandonar los moldes tradicionales, o más propiamente, los contratos nominados. Resulta difícil por el riesgo que implica (y muchos de nosotros somos temerosos del riesgo), crear nuevas fórmulas contractuales; más aún, cuando en casos como el que nos preocupa, existen ciertas similitudes con figuras contractuales latamente reguladas por nuestra legislación.» (Silva Salcedo, 1996:33-34)

<sup>(12)</sup> J. Flia. N° 4 de Morón, 5.3.20, A.P. Y. y otro/a c/ A.M.G. y otro/a s/ acciones de impugnación de filiación; J. Flia. N°6 de Córdoba, 13.8.19, F. C. y otro; J. Flia. N° 2 de Zárate, 1.7.19, F.F. M. y otros s/ solicita homologación; RDF 2.020-II, pág. 53; JNCiv, N° 1, 3.4.19; O.F., G.A. y ots. s/ autorización, RDF 2.019-IV, pág. 53.

<sup>(13)</sup> Rivera, Julio (2020). *Instituciones de Derecho Civil*. Parte General, Tomo II. Abeledo Perrot, p. 318.

A partir de la estimación de los elementos esenciales del acto jurídico, analizaremos el rol y funcionamiento de la autonomía de la voluntad y, como derivado, las posibilidades de la representación en su celebración.

### A) La autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad es uno de los presupuestos esenciales del negocio jurídico, según la tesis clásica<sup>(14)</sup>, que la refería a las relaciones de contenido patrimonial<sup>(15)</sup>. Sin embargo, se reconoce pacíficamente que, en general, «en cuanto esa voluntad se manifiesta lícitamente —y con ello, dentro de los límites de la moral y las buenas costumbres— en materia en la cual rige el principio de autonomía, el derecho la reconoce como fuente productora de consecuencias jurídicas y provee los medios necesarios —acciones— para su eficacia», con claras implicancias con respecto a la dignidad personal relacionada (Rivera, 2020:215).

La Corte Suprema ha tenido ocasión de expedirse sobre la extensión de la autonomía de la voluntad en el ámbito de estos derechos al sostener que:

Con sustento en el art. 19 de la Constitución Nacional, que concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su vida y de cuanto les es propio, es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal, que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada, idea que ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos «con o sin expresión de causa».<sup>(16)</sup>

En la letra del Código existen disposiciones expresas que modalizan la disponibilidad voluntaria de estos derechos, condicionando la configuración de los actos consecuentes<sup>(17)</sup>.

La ley establece limitaciones absolutas (arts. 57 y 60) y relativas (arts. 55, 56 y 58) y dispensas de la obligatoriedad de cumplimiento de actos considerados como peligrosos, es decir que pongan en riesgo la vida o la integridad —no solamente física— de la persona (arts. 54). En todos los casos, la regla es la revocabilidad del consentimiento expresado (art. 55).

En cuanto a las vedas absolutas, se impide toda práctica destinada a producir alteraciones genéticas de la descendencia, así como las directivas vitales que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas.

<sup>(14)</sup> Cifuentes, Santos (1986) *Negocio jurídico*. Astrea. En las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Buenos Aires en 1997, la Comisión 3 concluyó que «La autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho, de fuente constitucional, cuya aplicación excede el ámbito de los contratos alcanzando los actos jurídicos».

<sup>(15)</sup> Llambías, Jorge (1984) *Tratado de Derecho Civil*. Parte General, Tomo II, Perrot, p. 313. Este autor reflexiona a partir de la influencia que en el código derogado tenía el tratamiento de este tema a partir de la normativa de los contratos, con eje en el art. 1.197 C.C.

<sup>(16)</sup> Fallos 335:799 y 316:479, entre otros.

<sup>(17)</sup> Como ya se señaló, la disponibilidad de los derechos repercute directamente en la apreciación de otros institutos, como es el caso del consentimiento del damnificado como eximente de responsabilidad (art. 1.720 C.C. y C.). En los fundamentos de la norma se dice que «se aplica solamente a bienes disponibles y con todas las seguridades de la voluntad libre, resulta necesaria, porque de lo contrario muchos vínculos contractuales no serían posibles».



Con mayor flexibilidad, el Código admite la disponibilidad en los actos personalísimos respetando los límites propios de la autonomía de la voluntad —la ley, la moral y las buenas costumbres—, que deben significarse en torno a los caracteres propios de los derechos personalísimos. Si se trata de los derechos de la integridad física<sup>(18)</sup>, se prohíbe todo acto que ocasione una disminución permanente, salvo que ello resulte necesario para el mejoramiento de la salud de la persona y, excepcionalmente de un tercero.

En todos los supuestos, el consentimiento supone la disponibilidad de información clara, precisa y adecuada (arg. 59).

También debe considerarse la ampliación de la tutela de la autonomía privada en el caso de los niños. Según dispone el art. 26 según el tipo de tratamiento médico de que se trate, su incidencia resulta dirimente. A partir de los 16 años, según reza la parte final de la norma, se considera al niño como adulto para los actos atinentes al cuidado de su cuerpo<sup>(19)</sup>.

Como puede apreciarse, la autonomía privada en lo extrapatrimonial tiene una dimensión particular, consecuente con la tendencia expresada por la reforma hacia su preservación (arg. art. 31 incs. a, b, f). A diferencia de lo establecido en el campo patrimonial su funcionamiento resulta restringido y subordinado a la realidad de la persona humana, pautas estas que deben ser desarrolladas<sup>(20)</sup>.

## B) La representación

### B. 1. La representación en general y el mandato

Entre las novedades que incorporó el Código Civil y Comercial, se cuenta el tratamiento orgánico de la representación dentro de la Parte General (arts. 358 a 381). Previamente, se trataba de una categoría que se derivaba de las reglas del contrato de mando y se reconstruía conceptualmente.

Como regla, todos los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante (art. 358), salvo que la ley lo prohíba. En estos casos, se exige sin más que sean otorgados por su titular.

Se distinguen tres tipos de representación: la voluntaria, la legal y la orgánica. La representación en el ámbito del derecho de familia posee reglas propias, en cuyo subsidio operan las reglas generales contenidas en esta parte del código. En el supuesto que estamos analizando, lógicamente, trataremos las dos primeras.

El mandato (arts. 1.319 a 1.339), como contrato sustancialmente representativo, se presume oneroso (art. 1.322) y puede ser conferido aún a una persona incapaz (art. 1.323). El mandatario debe cumplir con los actos encomendados, según las instrucciones que hubiera recibido, de conformidad con la naturaleza del negocio que constituye su objeto y con un margen de discrecionalidad amplio (arg. art. 1.324 inc. a).

---

<sup>(18)</sup> La doctrina comparada ha señalado la particular consideración que este capítulo tiene en materia negocial, postulándose un necesario equilibrio entre la interferencia normativa y la disponibilidad privada. La integridad física, se ha dicho,

<sup>(19)</sup> Este tema fue objeto de debate en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Bahía Blanca entre el 1 y el 3 de octubre de 2.015. Entre las conclusiones de la Comisión N° 1, de Parte General, se consignó por mayoría que esta disposición se ceñía sólo a los actos ordenados al cuidado de su cuerpo, mientras que la minoría consideró que la misma no tenía tal limitación (conclusión 13).

<sup>(20)</sup> Resta, Giorgio (2005). *Autonomía privada e diritti della personalità*. Jovene Editore, pp. 4–8.

Por definición, podríamos afirmar a priori, que los actos personalísimos son un ejemplo de aquellos que están excluidos de su posible celebración por terceros. Sin embargo, las disposiciones específicas de algunos de ellos dan la respuesta contraria.

## B. 2. Algunos supuestos específicos de actos personalísimos que admiten la representación o la expresión vicaria de la voluntad

El art. 60, que trata sobre las directivas médicas anticipadas, prevé la posibilidad de «conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresa el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela».

De la literalidad de la norma surge la posibilidad de que se celebre un contrato de mandato ordenado a la realización de actos jurídicos personalísimos involucrados con la salud del mandante y, aún, para el escenario de su propia incapacidad. Más allá de la permisión legal, ya la posibilidad de que el mandato pueda desarrollarse en el campo de la capacidad, cuyas reglas resultan esencialmente imperativas, exige una adecuación de las disposiciones genéricas del contrato.

La amplitud de atribuciones que se le reconocen al mandatario —figura por definición pensada para la concreción de negocios de contenido patrimonial— choca con la nota de inherencia, propia de los derechos personalísimos. Su misma denominación da cuenta de la esencialidad de la persona titular de los derechos en la expresión de la voluntad sobre los mismos.

A pesar de la indicación al mandato, es plausible afirma que el indicado para expresar la voluntad en este campo responde más al perfil del nuncio, como figura que al mandatario. Seguimos en su distinción las enseñanzas de Diez Picazo, quien al caracterizar a cada uno señala que:

con arreglo a la fórmula que podríamos denominar clásica, la diferencia entre el representante y el nuncio radica en que mientras el primero forma o crea por sí mismo la voluntad negocial, es decir, es el autor material del negocio, el segundo, en cambio, se limita a transmitir o transpolar una voluntad negocial ya creada o formada por el principal o *dominus negotii*. (Diez Picazo, 1992:52–53)

En esta lógica, el habilitado para expresar la voluntad de otro se presume que debe responder de modo estricto a las instrucciones de aquél, dado el linaje de los derechos involucrados<sup>(21)</sup>.

Esta conclusión resulta ratificada por el contenido del art. 61. Al establecer quienes pueden expresar vicariamente el destino que se le ha de dar a los restos mortales de una

<sup>(21)</sup> Se ha sostenido que «la autorización que la ley asigna a personas vinculadas al paciente —impedido para expresarse por sí y en forma plena debido a su discapacidad— a hacer operativa su voluntad no significa autorizarlos decidir la cuestión en función de sus propios valores, principios o preferencias sino que por el contrario, ellas sólo pueden intervenir exclusivamente dando testimonio juramentado de la voluntad de aquél con el objeto de hacerla efectiva y garantizar la autodeterminación de aquél en plena correspondencia con los principios del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 26.378, que integra el bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto en la Ley 27.044». Fallos 338:556.

persona<sup>(22)</sup>, el mismo legislador ha remarcado expresamente restricciones. Solo ante la falta de una voluntad personal del difunto —sea expresa o presumida—, pueden expresarse el cónyuge, el último conviviente y, a falta de estos, los parientes según el orden sucesorio. Ahora bien, estos no tienen la libre disponibilidad del mandatario/representante, sino que se restringe la decisión en función del destino que habría querido el difunto, de haber podido expresar su voluntad.

Claramente la norma adecua los márgenes de la representación —extendida más allá de la muerte— o de la declaración vicaria, a la voluntad del fallecido, lo que resulta coherente con el carácter personalísimo del acto. Se prioriza su voluntad, acotando las posibilidades de los terceros, lo que impone una hermenéutica razonable para interpretar el funcionamiento del instituto en los distintos supuestos<sup>(23)</sup>.

Al respecto ha sostenido la Corte Suprema que:

En supuestos en que el paciente se encuentre imposibilitado de expresar su consentimiento a causa de su estado físico o psíquico, el art. 6° de la Ley 26529 —que remite al art. 21 de la Ley 24.193— determina qué personas vinculadas a él —y en qué orden de prelación— pueden hacer operativa la voluntad de aquél y resultar sus interlocutores ante los médicos a la hora de decidir la continuidad del tratamiento o el cese del soporte vital, sin que pueda considerarse una transferencia a aquellas de un poder incondicionado para disponer la suerte del paciente mayor de edad que se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia.<sup>(24)</sup>

Como norma de clausura —en ausencia de previsión voluntaria— el art. 59 regula el supuesto genérico de que el consentimiento informado para los actos médicos no pueda ser prestado por el paciente mismo en modo alguno. En este caso se hace valer la representación legal, al apoyo, al cónyuge, al conviviente, a los parientes, incluso al «allegado que acompañe al paciente» —figura por cierto difusa—. En casos extremos el médico tratante puede asumir la decisión en pos de evitar un mal grave al paciente.

Esta norma debe compatibilizarse con la indispensable personalidad en la prestación del consentimiento para los actos de disposición del propio cuerpo estatuido por la parte final del art. 56.

También se ha previsto la intervención de terceros —representantes o vicarios— en los casos de decisiones sobre los derechos personalísimos sobre la integridad espiritual, como sucede en el art. 53. Esto nos lleva a interrogarnos sobre la posibilidad de emplear este mismo instrumento en el caso de otros derechos de este tipo. En los márgenes antes descriptos, resulta razonable concluir por la afirmativa.

---

<sup>(22)</sup> Cifuentes (1995) manifiesta que la incidencia de terceros se encuentra en los límites de los derechos personalísimos, por haberse extinguido el sujeto. Sin embargo, reconoce la pertinencia del tema y su presencia en algunos de los proyectos de reforma previos.

<sup>(23)</sup> Ante la vacancia legislativa previa sostenía Cifuentes que «la voluntad del causante es decisiva para establecer las condiciones de su inhumación, y en su ausencia, el derecho corresponde al cónyuge viudo; derecho que no es absoluto sino preferencial y caducable... El principio que gobierna es el de la voluntad del causante, y es indiscutible el derecho de disponer el destino ulterior de los restos mortales, voluntad que prevalece sobre las del viudo o los parientes, y aun contra sus creencias o deseos». (1995:412)

<sup>(24)</sup> Fallos 338:556.

Debe entenderse la configuración de la representación dentro del acotado margen que la sustancia de estos derechos permite.

## 6. Conclusiones

Pasados ya cinco años de la vigencia del Código Civil y Comercial, puede afirmarse que se ha consolidado un paradigma de personalización del derecho privado. Se trata de profundas transformaciones que trasciende al mismo Código, sin perjuicio de que haya desempeñado un rol gravitante en las mismas.

La incorporación de los derechos personalísimos en el centro del sistema de derecho privado ha significado un importante avance en la tutela de la persona humana. Sin embargo, aún no se ha desplegado plenamente su contenido, articulándose con otros institutos, como es el caso del negocio jurídico. En tanto se admitió la inserción de los bienes personalísimos entre los posibles objetos de relaciones jurídicas extrapatrimoniales, deben pensarse los ajustes correspondientes en la teoría del acto jurídico.

Estos ajustes implican una armonización interna de las disposiciones del Código, reconociendo la identidad de los actos personalísimos, que trasciende la categoría expansiva de los contratos.

El desarrollo de las ciencias biológicas abre un trascendente horizonte para el derecho civil en el campo de los actos personalísimos. Ante ellos, nos repetimos el interrogante del profesor Antoni al tratar tempranamente el tema, cuáles son las reglas generales para abordar el tema y cuáles las soluciones a dar. No solo es una cuestión de explicación normativa del Código vigente, sino también de solución para los casos que interpelan al derecho civil cotidianamente.

## Bibliografía

- ANTONI, Jorge (1950) Actos de disposición sobre el propio cuerpo. En *Estudios en homenaje a Don Dalmacio Vélez Sársfield*, Imprenta de la Universidad.
- BENAVENTE, María Isabel (2015) El objeto del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación. En *LL suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*.
- BUSTOS PUECHE, José (1996). *El derecho Civil ante el reto de la nueva genética*. Dykinson.
- CARRERA, Valeria (2004) *Autorresponsabilidad e autonomía privada*. Giappichelli.
- CIFUENTES, Santos (1986) *Negocio jurídico*. Astrea.
- (1995) *Derechos personalísimos*. Astrea.
- D'ARRIGO, Cosimo (1999) *Autonomía privada e integridad física*. Giuffré.
- DIEZ PICAZO, Luis (1992) *La representación en el derecho privado*. Civitas.
- LLAMBIAS, Jorge (1984). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo II. Perrot.
- LORENZETTI, Ricardo L. (Dir. Gral.) [2020]. *Código Civil y Comercial explicado. Obligaciones y contratos*, Tomo I. Ed. Rubinzal Culzoni.
- (Dir.) [2014]. *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Tomo I. Ed. Rubinzal Culzoni.
- MORO ALMARAZ, Ma. Jesús (1988). *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Bosch.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (2011). *Derecho Civil Constitucional*. Ed. Rubinzal Culzoni.
- RIVERA, Julio (2020). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Tomo I. Ed. Abeledo Perrot.
- (s/d). *El derecho privado constitucional*, RDPyC 7.
- SALARIS, M. Giuseppin (2007). *Corpo umano e Diritto Civile*. Giuffré.
- SALUX, Edgardo (Dir.) [2018] *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Ed. Rubinzal Culzoni.
- SILVA SALCEDO, Paulina (1996) *Arrendamiento de útero*. Editorial Jurídica Conosur.
- TOBIÁS, José (2018) *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. La Ley.
- VIGO, Rodolfo Luis (2015) *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Ed. Rubinzal Culzoni.