

## Lo Humano

**Autor: Matías Augusto Monteros**

UCSE-DASS

[matiasaugustomonteros@gmail.com](mailto:matiasaugustomonteros@gmail.com)

Profesor de Educación Secundaria en Filosofía. Egresado del Instituto de Formación Superior N° 5 “José Eugenio Tello”. Estudiante de 2° año de Abogacía de la Universidad Santiago del Estero, Departamento Académico San Salvador.

### Resumen

el presente trabajo tiene por finalidad poner en relevancia en primer término la cuestión de la Constitucionalización del Derecho Privado, esta labor se verá espejada en los tres primeros ejes en los cuales sucintamente retratare este aspecto. En un segundo momento, los apartados contiguos se centraran exclusivamente en un tema bastante controvertido como resulta ser “el comienzo de la personalidad.”

### Palabras clave

Constitucionalización del Derecho Privado; Código Civil y Comercial Art. 19 Comienzo de la Existencia; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Ley N° 26.862 de Reproducción Medicamento Asistida; Bioética.



## *Abstract*

*The purpose of this paper is to put the issue of the Constitutionalization of Private Law first in relevance, this work will be reflected in the first three axes in which I will succinctly portray this aspect. In a second moment, the contiguous sections will focus exclusively on a very controversial subject as it turns out to be "the beginning of the personality."*

## *Key Words*

*Constitutionalization of Private Law; Civil and Commercial Code Art. 19, Beginning of Existence; Inter-American Commission on Human Rights; Law N°. 26,862 of Medically Assisted Reproduction; Bioethics.*

# La constitucionalización del derecho privado

## De Vélez Sarsfield, a los Tratados Internacionales

La temática propuesta por el Congreso, me pareció muy ambiciosa, en razón de mis limitados conocimientos jurídicos. El nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994) recoge el articulado de los 11 Tratados Internacionales que adquirieron jerarquía constitucional por el art 72 inciso 22 (in fine). El reciente código convoca a los operadores del derecho a dejar la apacible exegesis del Código de Vélez (1869) en razón de que ahora en más su labor exigirá un mayor esfuerzo, ya que el ámbito con el cual estaban familiarizados ha dejado paso a la incertidumbre que plantean dichas Convenciones. Dadas las nuevas circunstancias el jurista tendrá que salir de sus certezas normativas para ingresar al exótico campo que inauguran los Tratados Internacionales. Hoy la doctrina y la jurisprudencia que venían receptando sus principios se emplazaron como la vanguardia que supo asimilar en la casuística aquellos preceptos que subyacen en los Tratados. Esta digresión referente a los Tratados no puede soslayarse por el hecho mismo que el CCyC en los art 1y 2 (in fine) de manera taxativa señalan ese horizonte marcado por los Organismos Internacionales que configuran el nuevo escenario del CCyC ampliando el radio de interpretación y tonificando las fuentes. Ahora bien la incorporación de los mencionados artículos en el Título Preliminar no es un dato menor, ya que traza un sendero legal del cual no podrán excusarse quienes pretenden reflexionar sobre sus fundamentos habida cuenta que constituyen las máximas que tutelan el plexo normativo.



## Legislador y Juez

Sería contradictorio todo intento por remover ciertos rasgos conservadores presentes en el derogado código de Vélez a través de sucesivas reformas para ajustar su enfoque normativo a las circunstancias actuales. Es mucho más razonable terminar con esta política gradualista que suponía socorrer los vacíos legales con leves e intermitentes modificaciones que de alguna manera deformaban los criterios preexistentes. La respuesta a una realidad vertiginosa demandaba una iniciativa mucho más contundente que superara los estériles retoques que insinuaban cierta mejoría en el paciente. La realidad sobre-excedía al Código lo desbordaba por todas partes, las fisuras eran cada vez más evidentes y su reanimación con tímidas innovaciones no ofrecían un buen pronóstico. Sin embargo, fue la jurisprudencia en su sano equilibrio jurídico la que pudo dar consistencia a las reformas. Las sentencias venían a suplir las deficiencias de las reformas y a su vez sacar el mejor provecho de ellas. Porque convengamos una cosa, si bien el legislador intenta conciliar las normas con el contexto, es el juez quien expropia esa simbiosis para darle vida al derecho. Son los casos, con los que cotidianamente debe lidiar un juez, que le imprimen ese dinamismo; las normas van adquiriendo agilidad cuando recogen esos retazos de la realidad y el juez como un artesano va suturando los efectos. El art 3 del CCyC establece: *“el juez debe resolver los asuntos llevados a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada” si bien trae a consideración el hecho de evitar sentencias arbitrarias como lo señala Lorenzetti*” a mi modo de ver otorga al juez un papel protagónico en el diseño del tejido normativo ya que en sus sentencias estará espejada ésta labor artesanal donde no solo pondera la situación específica del caso sino que suministra un material erudito, fértil, abundante en consideraciones que trascienden el presente para ofrecernos originales recorridos aun no explorados.

## La Constitucionalización

El desenlace era inevitable, un Código moderno no podía desentenderse de la Constitución. La anemia que venía arrastrando el Código de Vélez era purgada por la doctrina o la jurisprudencia que frecuentemente invocaba los artículos de la Constitución para dar mayor solidez a sus argumentos. Fue una decisión acertada la de amarrar el Código a la Constitución, recortando las asimetrías mediante una plataforma de principios con el fin de disimular las falencias que en ocasiones dejaban muy expuesto el derogado Código.

En este apartado conviene poner de relieve la tan mentada distinción entre Derecho Público y Derecho Privado; tal antinomia no puede tener más que un vestigio didáctico; la enseñanza del derecho no puede eludir tal distinción pero quienes se dedican a la ciencia jurídica no pueden entender al derecho como parcelas aisladas que operan de manera autónoma. La complejidad fue sedimentando poco a poco esta concurrencia menguando a



su vez la brecha que separa las disciplinas jurídicas, surcadas de ahora en más por principios que se irradian quirúrgicamente en el campo público y privado. Los derechos humanos, de las personas con capacidades diferentes, del medio ambiente, de la mujer, de los niños, del usuario que emergen de los tratados internacionales, que integran la Carta Magna Nacional, confirman la porosidad de las fronteras que se levantan, inútilmente, entre los diferentes campos jurídicos.

## Comienzo de la personalidad

### Lo Humano

El Código Civil y Comercial prescinde del art. 30 CC que consideraba: *“son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones”*. En su reemplazo acude a la categoría persona humana para referenciar las personas físicas o de existencia visible del CC. Esta innovación encuentra un sustento sólido en lo que afirma Guillermo Borda, el positivismo desplegado por Kelsen que formaliza la justificación para disociar la persona de lo humano; esa exagerada exaltación ius positivista lo condujo a sus conclusiones finales: *“persona, jurídicamente hablando, no es una algo concreto y externo al derecho; es simplemente un centro de imputación de normas, es una manera de designar la unidad de una pluralidad de normas que estatuyen derechos y deberes”*; Lo humano se ha disuelto en las normas, porque la noción de persona escindida de lo normativo no tiene ninguna sustancialidad, *“el hombre es persona en la medida en que su conducta se encuentra prevista, como facultad o deber, por el orden jurídico”*. El correlato facultad-deber logro adelgazar la idea de persona despojándola de las leyes naturales, deformando la descripción de lo humano que tuvo que ser anulada de su Teoría Pura del Derecho por el inconveniente que resultaba reconocer un orden de prelación que ubicaba al derecho como un producto de la persona. Su febril logicismo, *“Si A es, B debe ser”*, se reproducía sin excepciones desvirtuando todo lo que tocaba construyendo categorías asépticas, con el único propósito de alcanzar esa extrema pureza que en un mismo movimiento proscribía arbitrariamente lo humano.

En clara oposición el Proyecto del Código Civil y Comercial de 1998 señalaba en sus fundamentos que la definición de persona se encontraba sometida a la acción del concepto capacidad perturbando su esencia (*lo humano*); tal equivoco equiparaba la persona a uno de sus atributos ignorando que el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin.

A su vez no se puede soslayar, como lo indica Julio Rivera, *“como ha permeado la noción ius naturalista de persona, identificada con el hombre”*. Está claro que ésta posición por lo general ha sido relegada y rechazada por ser considerada portadora de ideología. ¿Quisiera



saber dónde se encuentra la neutralidad del positivismo?, acaso la Ley de Ciudadanía del Régimen Nacionalsocialista que disminuía la condición de los judíos, al considerarlos como ciudadanos de segunda clase y deshumanizarlos, ¿no estaba saturada de ideología? Sea cual sea la respuesta, no podemos ser tan ingenuos y sostener que una posición está dotada de contenido ideológico y la otra se encuentra esterilizada. Más aun, lo peligroso es asistir a la caricaturesca situación en la que se otorga al ordenamiento la prerrogativa de atribuir o excluir la condición de lo humano. Es en estas circunstancias donde el iusnaturalismo actúa como un anticuerpo rehabilitando el derecho reconociendo que *el único requisito para ser persona es la condición humana* saneando de este modo los delirios positivistas que algunos países (la Alemania- Nazi), llevaron a la práctica.

## Comienzo de la Personalidad

Según el Código de Vélez la personalidad humana se inicia con la concepción del ser en el seno materno. El art. 70 establecía: *“desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de la persona humana”*, en consonancia con el art 63 que declara: *“son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”*. Sería bastante irreverente cuestionar el contenido de los artículos aduciendo la falta de perspectiva velezana; su impronta estaba siendo amenazada con los novedosos métodos científicos que hacían crujir su articulado. El reciente Código Civil y Comercial permeable a las innovaciones científico-tecnológicas no podía excusarse de la responsabilidad de actualizar el texto de los art 70 y 63 (in fine) para dar cuenta de la fecundación extra corpórea (in vitro) evento que ni siquiera se manifestaba como ficción en el imaginario de Velezano.

Es necesario entender que, en aquellos tiempos, Vélez quería divorciarse de la tradición romanista, según la cual se ubica el momento inicial de la existencia de la persona en el día de su nacimiento. Para alejarse de aquellas huellas latinas, expandió retroactivamente el momento inicial de la vida humana hasta subsumir el periodo de la concepción, armonizando de este modo su razonamiento con los argumentos de Freitas (el juriconsulto brasileño).

El CCyC en su art 19 señala, Comienzo de la Existencia: *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción.”* Un breve análisis diacrónico exhibirá la vulnerabilidad en la que ha caído la redacción final.

Lo expuesto ratifica, sin reparos, que se mantuvo en pie y absuelto de objeciones la tradición jurídica que dispone: *“la existencia de la persona humana comienza con la concepción”*, por tanto, reconoce al ser humano en su etapa anterior al nacimiento como *“persona por nacer”*.

El nudo problemático fuente de opiniones disímiles es la cuestión del embrión no implantado (no transferidos al seno materno) ¿existe una protección jurídica adecuada? y



de ser así ¿ello supone reconocer algún estatus jurídico a las células germinales? La cronología de los hechos traslada el asunto a disposiciones transitorias, con lo cual se delega al legislador la tarea de establecer un marco regulativo que resguarde la situación de dichos embriones.

## La prudencia de Lorenzetti y la certeza del caso Artavia Murillo

En el Código Civil y Comercial comentado de Lorenzetti sobre el art 19 declara *“persiste la falta de criterio acerca del momento mismo de la concepción...tan así es que algunos autores sostienen que este debate sobre el instante preciso relativo al surgimiento de la persona humana deviene estéril. Se trata de una incertidumbre que escapa al ámbito jurídico, por lo cual el Código no puede resolver.”* La clausura que se impone a la discusión sobre el momento exacto del surgimiento de la persona humana cancela las especulaciones que pueden sobrevenir del campo del derecho para diferirlas a los ámbitos de las ciencias sociales-biológicas. La idea matriz del positivismo asentada en la normalización de la vida es atemperada, de este modo, por la volubilidad de perspectivas que subyacen en éstas disciplinas; la flaqueza del art 19 solo puede, en consecuencia, ser entendida a partir de la mirada unilateral que procede del derecho; de ahí que el escueto texto deja a la intemperie una pluralidad de situaciones que de no ser reguladas pueden dispensar determinados efectos que en su proyección colocarían en suspenso valores y principios, atenuando la capacidad de maniobra del derecho frente a la ciencia que en su hacer no encuentra señalado su devenir.

En consonancia con el punto sobre los embriones no implantados, es ineludible invocar el fallo Artavia Murillo (noviembre 2012) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en esta sentencia la CIDH no reconoce personalidad a los embriones no implantados; Julio Rivera señala que el fallo se produce a instancia del reclamo realizado por un grupo de nueve matrimonios que presentaban problemas de infertilidad y consideraron vulnerados sus derechos cuando la Corte Suprema de Costa Rica denegó las prácticas de fertilización (in vitro). Los actores llevaron el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual resolvió favorablemente especificando que las pruebas científicas distinguen dos momentos en el desarrollo del embrión, la fecundación y la implantación; el Tribunal Supranacional considero que solo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo de la “concepción.”

## Ley 26.862 “Fertilización Asistida” y sus Ambiguos Recovecos

En el apartado 2.2 subtítulo Comienzo de la Personalidad, para ser más preciso en las notas consignadas sobre los incidentes que rodearon la redacción del art 19 realizado por



Lafferrière Jorge Nicolás, se anunciaba la facultad del legislador para configurar la normatividad conveniente que asista la situación de los embriones no implantados. Sin embargo la Ley 26.862 de Fertilización Asistida desconoce la situación jurídica de los embriones no implantados. Julio Rivera plantea que el estatus jurídico del embrión no implantado no se filtra en el articulado *“la ley no niega la condición de persona a los embriones, pero tampoco la afirma.”* La incertidumbre, que se instala por ausencia de normas no hace más que sugerir ciertas prácticas médicas sustraídas de la moral. La ineficacia legal precipita acciones, que camufladas en el slogan *“restituir la aptitud procreacional”*, pueden desbordar los endeble contornos morales que el legislador llamativamente no tuvo en cuenta.

### Una respuesta de la Jurisprudencia a lo Humano

El desarrollo de la ciencia y la técnica permitió visualizar con certeza aquellos rincones de la humanidad que resultaban inaccesibles, es así, como el comienzo de la vida humana a partir del patrocinio de la genética ha explorado un camino con exuberantes resultados que, por su complejidad, derivan en dilemas éticos.

La respuesta jurisprudencial, sobre *“la existencia de proporcionalidad”* entre el menú de procedimientos que está a cargo de los servicios públicos o privados de salud con respecto a la exigencia de una regulación intensiva que controle las prácticas médicas, está comenzando a dar algunos frutos.

En este sentido se inscribe el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala D de la Ciudad de Buenos Aires *“Sucintamente se describen los autos del caso: se presentan los padres de una menor, reclamando por sí y en representación de su hija, los daños derivados como consecuencia del tratamiento de fertilización asistida heteróloga (FIV) que tuviera como resultado el nacimiento de la niña con una grave patología genética (fibrosis quística), dirigiendo la acción contra el médico que llevó adelante la fecundación intrauterina, el centro que facilitara los óvulos y el médico a cargo del banco de semen que también proporcionara el gameto masculino, haciendo extensiva la acción a la respectiva aseguradora, con fundamento en la deficiente selección del material genético cuya responsabilidad atribuyen a los demandados. La Cámara resolvió hacer lugar a la demanda de la actora y confirmar la sentencia.”*

En el fallo, la Cámara cuestiona el exiguo control de los procedimientos de fertilización asistida que provocaron la sobreviniente patología de la menor, especificando *“la deficiente selección del material genético”*.

Ahora bien, ¿de qué material genético se trata? La respuesta es axiomática, **¡de material genético humano!**

El art 51 del Código Civil y Comercial dispone *“la persona humana es inviolable y en*



*cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.*” Un juicio temerario pero no por eso irracional cuantificaría la inviolabilidad de la persona humana hasta la situación misma de las células germinales; mediante una interpretación extensiva de la norma se alcanzaría la actuación sobre material genético humano adjudicando a estos eventos una protección jurídica en el marco de los derechos personalísimos.

Cuando Julio Rivera califica a los gametos humanos como *“bienes de la personalidad que están fuera de comercio”*, podría discrepar parcialmente con sus comentarios porque todavía continúan arraigados en el paradigma patrimonialista del cual el Código Civil y Comercial pretende, por lo menos en este caso, diferenciarse; *“bienes extra-comercio”* constituye una cualificación extemporánea ya que nos encontramos en el ámbito de los derechos personalísimos donde lo que prevalece por antonomasia es la naturaleza humana en cualquiera de sus estadios.

## La Bioética y lo Humano

La definición propuesta por la Encyclopedia of Bioethics señala que *“es un estudio sistemático de las dimensiones morales (se incluyen la visión moral, las decisiones, la conducta y las opciones políticas) de las ciencias de la vida y la salud, usando distintas metodologías éticas en una visión interdisciplinar”*.

Tanto el fallo Artavia Murillo como la Ley 26.862 (con ciertas deficiencias) son concurrentes en sus intenciones en cuanto al propósito de garantizar, a aquellas personas que padecen alguna incapacidad para procrear, los medios que dispone la medicina para superar tal dificultad. Lo cual no obsta eximir cualquier otro tipo de utilización de métodos que distorsionen el fin preventivo y curativo que debe condicionar todo tipo de prácticas. La manipulación y destrucción de células germinales encuentra en la Bioética una restricción en función de los principios éticos que deberían moldear el espacio de la medicina moderando sus impactos en la vida.

Los patrones éticos, por lo tanto, ejercen (por analogía al derecho administrativo) un poder de policía con el fin de resguardar la vida orbitando sobre las prácticas que pongan en riesgo su desarrollo. La bioética, como una nueva disciplina, ha venido a ocupar un lugar que la medicina hubiese preferido que siga vacante por la molestia que causa reconocer una auditoría sobre sus acciones. La comunidad de la medicina no debería alarmarse por la emergencia de pautas éticas que aminoren la anarquía que pueden aparecer en algunos espacios de investigación; estas pautas no tienen el propósito de censurar los proyectos que apuntalan mejorar la calidad de vida, sino que pretenden enderezar las acciones que asuman cierto grado de intimidad con la eugenesia; en esta dirección cabe mencionar el impedimento dispuesto en el art 57 que *“prohíbe toda practica destinada a producir una alteración genética del embrión”*.



## Conclusiones

1- La Bioética, como disciplina donde convergen principios y valores morales, se instituye como un dique que modera el avance de ciertas normativas, que en ocasiones, se justifican en panfletos sociales a los cuales los legisladores son muy afines.

Es decir, me parece razonable discutir todos aquellos temas que en la contingencia se articulan en la sociedad (por ejemplo el proyecto de ley para despenalizar el aborto); ahora bien es también atendible entender que *“vivimos en una sociedad fragmentada donde en función de una proliferación de luchas particulares (feministas, ecologistas) se pueden deslizar algunas demandas que se vuelvan hegemónicas”* y a su vez atractivas al legislador. Pero en el caso de los operadores del derecho, la situación no es la misma, ellos no pueden moverse con la melodía edulcorante de la sociedad, por el contrario, deben ser mucho más prudente al momento de hacer operativo las normativas emanadas del Poder Legislativo; es en ese instante cuando la Bioética se emplaza en las decisiones de los juristas y con su intensidad se irradia en esas lagunas normativas para despejar la incertidumbre y en el mejor de los casos deconstruir aquellas demandas sociales que aparentan cierto grado de razonabilidad en las argumentaciones.

2- Por otro lado el Código Civil y Comercial en su Título Preliminar cuando hace referencia a las Fuentes de Derecho reseña la Constitución Nacional y a las Convenciones y Acuerdos Internacionales receptadas en consecuencia. Entre las Acuerdos cabe mencionar la Convención sobre los Derechos del Niño (C.D.N.) que en su artículo 1° señala *“se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”*. Lo que quiero significar es que el proceso de Constitucionalización del Código Civil y Comercial implica su permeabilidad a estos acuerdos y sus articulados. Pero, me resulta significativo advertir la ausencia de la armonización moral entre la legislación local con la internacional; en esta dirección la Ley de Fertilización Asistida presenta un serio déficit en su redacción. Tal vez en el apuro por favorecer la aptitud procreacional no se tuvo en cuenta:

- la mala praxis en la aplicación de la norma en cada caso concreto.
- que podían germinar una pluralidad de interpretaciones que alcanzarían extremos que rozarían la eugenesia.

Por lo cual considero conveniente robustecer la norma con una mayor dosis de precisión y claridad para evitar cualquier tipo de ambigüedades o equívocos en las que puede incurrir el agente del derecho.

## Bibliografía

- Ricardo Luis Lorenzetti (2014). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo N° 1. Ed. Rubinzal Culzoni.



- Enrique R. Aftalion (1999). Introducción al Derecho. Ed. Abeledo Perrot.
- Rivera J. Cesar y Graciela Medina (2016). Derecho Civil Parte General. Ed. Abeledo Perrot.
- <http://www.corteidh.or.cr>; [extracto del caso Artavia Murillo sometido a la CIDH. Los hechos del presente caso se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo N° 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro \(FIV\) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000.](#)
- Autor: Lafferrière, Jorge Nicolás (2013) La persona por nacer en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis del ARTÍCULO 19. Texto del Proyecto del Poder Ejecutivo presentado en junio de 2012. “ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.” Texto del pre-dictamen presentado el 14 de noviembre de 2013. “ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer”. Disposición transitoria: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.”
- Texto final aprobado por el Senado de la Nación del 27 de noviembre de 2013 y por la Cámara de Diputados el primero de octubre de 2014. “ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. Disposición transitoria: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.”
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala D de la Ciudad de Buenos Aires (Octubre 2016). Expte. N° 60.201/2012 “GIMENEZ, Ariel Martín y otros c/ RIVARA, Luis Rubén y otros s/ Daños y Perjuicios-Resp. Profesionales Médicos y Aux.
- <http://www.bioeticaparatodos.com/tag/encyclopedia-of-bioethics>. En 1978, el Kennedy Institute de la Universidad jesuita de Georgetown en Estados Unidos, había publicado la primera Enciclopedia de Bioética en cuatro volúmenes, dirigida por Warren Reich, un teólogo católico, donde se define a la Bioética como el "estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la salud, examinado a la luz de los valores y principios morales".
- Butler, J., Slavoj, Z., Laclau, E (2009) Contingencia, Hegemonía, Universalidad; México; Ed. Fondo de Cultura Económica.