EL ORDENAMIENTO JURIDICO Y LA PROTECCION DE LA PERSONA (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Nociones fundamentales

1. En general el Derecho debe tender a la protección de la persona (1), pero cabe preguntarse qué significa específicamente el tema del seminario "ordenamiento jurídico y protección de la persona". Entendemos que se trata de la protección contra las **agresiones genéricas** que puede sufrir el ser humano como tal, excluyendo por ejemplo las que puede padecer como trabajador, consumidor, integrante de una minoría, etc., ya que de lo contrario se abordaría todo el Derecho.

Para enriquecer las posibilidades de investigación vale tratar el tema desde una perspectiva **tridimensional**, referida a realidad social, normas y valores y, en particular, desde la teoría **trialista** del mundo jurídico que reconoce en éste repartos de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica a la vida) captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (2). Dado que nos referiremos al tema desde un punto de vista científico -no estrictamente filosófico- el orden de tratamiento de las dimensiones será normo-socio-dikelógico. En cuanto a las dimensiones positivas (normológica y sociológica) tomamos como base el Derecho argentino.

II. La protección en el mundo jurídico en general

a) Dimensión normológica

2. La protección de la persona parte, como es habitual, de **normas constitucionales**. Los primeros 35 artículos de la Constitución Nacional tienen numerosas normas protectoras tradicionales que provienen del siglo pasado, pero en 1957 se agregó el artículo 14 bis, con diversos derechos sociales, y recientemente se ha incorporado a continuación un capítulo con nuevos

(*) Notas básicas del Seminario que sobre el tema dictó el autor en el Departamento de Derecho Privado General de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Palermo (Italia).

(**) Investigador del CONICET.

El autor agradece la colaboración de la profesora doctora Noemí L. Nicolau en la búsqueda de material jurisprudencial.

(1) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 446 y ss.

(2) Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976.

derechos y garantías. Entre éstos cabe mencionar el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y el deber de preservarlo (art. 41). También vale destacar que el inciso 22 del artículo 75 otorga jerarquía constitucional a **pactos, convenciones** y **declaraciones** internacionales diversos, referidos a los derechos humanos.

3. Otras reglas de protección de la persona, que constituyen el núcleo tradicional de la referencia al tema, surgen del **Código Civil**. La protección se otorga a incapaces de hecho, inhabilitados y ausentes, aunque en este caso parece referirse más al patrimonio que a la persona. El amparo se relaciona con la imposibilidad de la persona de ejercer debidamente sus derechos y obligaciones por actos propios, sobre todo por inmadurez.

Según el artículo 54 tienen incapacidad absoluta 1) las **personas por nacer**; 2) los **menores impúberes**; 3) los **dementes**; 4) los **sordomudos** que no saben darse a entender por escrito.

Conforme al artículo 126, en el texto que le dio la ley 17.711 -de 1968- son menores las personas que no hubiesen cumplido la edad de veintiún años, y de acuerdo con el artículo 127 son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos, en tanto son menores adultos los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos.

El artículo 128 dispone que desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral, y el menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización (3).

El artículo 131 establece que los menores que contraen matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con ciertas limitaciones y que los menores que hubieren cumplido 18 años podrán emanciparse por habilitación de edad con su consentimiento y mediante decisión de quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad. Si se encontraran bajo tutela, podrá el juez habilitarlos a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste. Entre la habilitación de los menores que maduran más rápidamente y su maduración hay correspondencia por "afinidad", mas entre la emancipación de los menores que contraen matrimonio y éste hay sólo correspondencia por "atracción" de la figura matrimonial.

Para conocer el régimen de los menores adultos vale tener en cuenta principalmente los artículos 55 y 282 a 286 (reformados por ley 23.264, de 1985). El primero legisla que los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar. De los artículos 282 a 286 surgen sus relativas posibilidades de contratar y de defender judicialmente sus derechos y sus facultades de reconocer hijos y testar (4).

Aunque todo el Derecho **Penal** está muy orientado a la protección, cabe tener especialmente en cuenta el artículo 12 del Código de esa materia, según el cual la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal de acuerdo a la índole del delito. El penado queda sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

(3) También hay que tener en cuenta las reglas de autorización para ejercer el comercio contenidas en el Código de Comercio.
(4) En relación con el tema puede tenerse en cuenta por ej. LLAMBIAS, Jorge Joaquín (dir), "Código Civil anotado", Bs. As., Abeledo-Perrot, t. I, 1978, págs. 273/274.

Para muchos este artículo se refiere a la capacidad de hecho, por la imposibilidad de ejercer adecuadamente los derechos y obligaciones por actos propios. Sin embargo, la posibilidad de prolongación más allá de la privación de la libertad arroja dudas acerca de esta interpretación.

Vale recordar que la ley 17.711 agregó el artículo 152 bis que en su momento significó un importante cambio en la filosofía del Código. De acuerdo a sus disposiciones podrá inhabilitarse judicialmente: 1) a quienes por **embriaguez habitual** o **uso de estupefacientes** estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; 2) a los **disminuidos** en sus facultades cuando, sin llegar al supuesto de demencia, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio; 3) a quienes por la **prodigalidad** en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener la inhabilitación de este último punto sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador el inhabilitado no podrá disponer de sus bienes por actos entre vivos. El inhabilitado podrá otorgar por sí solo actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

El Derecho argentino conoce las instituciones tradicionales de protección de la **patria potestad**, la **tutela** y la **curatela**. Conforme al texto que dio al artículo 264 del Código Civil la ley 23.264, la patria potestad es básicamente ejercida por el padre y la madre. La patria potestad se extingue normalmente por la mayoría de edad, pero también, de acuerdo al artículo 307 (texto ley 23.264), el padre o la madre quedan privados de la patria potestad 1) por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo; 2) por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero; 3) por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, inconducta notoria o delincuencia. De acuerdo con el artículo 59, a más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el ministerio de menores. También como institución de protección cabe tener en cuenta la **adopción**, contemplada en la ley 19.134.

4. El artículo 1071 bis, introducido en el Código Civil por ley 21.173 -de 1975- dispone en relación con los "derechos personalísimos": "El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico

del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación" (5).

5. Una característica que diferencia al Derecho argentino respecto del italiano es la existencia de la diferenciación entre menores impúberes y menores adultos. Aunque la distinción ha sido criticada en el país rioplatense (6) señalando que tiene escasa significación porque las dos categorías quedan reguladas por los mismos principios y sometidas a una condición general de incapacidad y porque el régimen de cambio sería gradual, de acuerdo con lo conversado con juristas peninsulares puede resultar útil que se discuta en el marco italiano la conveniencia o inconveniencia de utilizar tal categorización básica.

6. En el Derecho Internacional Privado la protección de la persona se rige en general por el Derecho de su **domicilio**, aunque está ganando consideración la ley de su **residencia habitual** y también se utiliza la ley de la residencia para las medidas urgentes. Se asegura, por vía convencional, la restitución de menores, en trámites de fuerte apoyo administrativo, y se tiende a reprimir el tráfico de menores, tema éste sobre el cual versa una reciente Convención de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado realizada en Méjico (Cidip V).

b) Dimensión sociológica

7. En el marco jurisprudencial, cabe recordar por ejemplo que respecto de **menores adultos** se ha dicho, en el caso "Pereira, Mabel B. c. Ritiro, Pascual y otro" (Suprema Corte de Buenos Aires, 26-6-1990, "El Derecho", t. 140, págs. 237 y ss.) que el principio de incapacidad que gobierna el régimen de los menores adultos cesa respecto de aquellos actos que las leyes les autoricen celebrar y para los cuales, por lógica consecuencia, son capaces (arts. 55, 126, 127, 129 y conc., Código Civil).

En cuanto a **inhabilitación**, se ha declarado en el caso "F., E.M." (Cámara Nacional Civil, sala H, 4-10-1989, en "La Ley", 1990-B, págs. 103 y ss.) que la misma constituye la realización ordenada de la idea de asistencia, que es esencialmente apropiada para los casos en que el sujeto, si bien dotado de discernimiento para la generalidad de los actos, ostenta fallas indudables en algunos aspectos; de ahí que resulta suficiente someter al inhabilitado al contralor de un curador sólo en esos aspectos determinados. El régimen de inhabilitación o de semicapacidad es el medio técnico escogido para suplir las deficiencias psíquicas de que adolecen ciertas personas, cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y, consiguientemente para su familia. Se ha establecido, asimismo, que la inhabilitación no constituye, en rigor, una incapacidad, sino que consiste en una limitación a la capacidad del afectado, en los términos y condiciones que resulten de la sentencia ("Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del personal del Banco de la Prov. de Bs. As. v. M. de S., I. F.", Cámara Nacional Civil, sala C, 30-6-1989, en "Jurisprudencia Argentina", 1993-II, pág. 125, síntesis).

(5) Acerca de los derechos personalísimos cabe tomar en consideración por ej. CIFUENTES, Santos, "Los derechos personalísimos", Bs. As., Lerner, 1974; NICOLAU, Noemí Lidia, "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 humana", Santa Fe, tesis doctoral Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, 1990.

(6) Puede v. LLAMBIAS, op. cit., t. I, págs. 274/275.

Respecto de la **emancipación**, en el caso "Alvarez Iglesias, María C. c. Pérez de Muñoz, Dolores" (Cámara Nacional Civil, sala K, 10-4-1989, en "La Ley", 1991-C, págs. 190 y ss., con nota de Gloria Hilda Arson de Glinberg) se ha indicado que el menor adquiere con su emancipación la capacidad plena propia del mayor de edad, pasando dicha capacidad a ser la regla y la incapacidad la excepción. Así, si bien es cierto que la capacidad del menor emancipado se encuentra limitada por las prohibiciones impuestas por los arts. 134 y 135 del Cód. Civil, una interpretación literal del texto legal permite concluir que estas restricciones y limitaciones rigen sólo para los menores emancipados por matrimonio, pero no para aquellos que lo han sido por habilitación de edad.

En cuanto al **artículo 12 del Código Penal** se ha dicho, en el caso "F., E. A." (Cámara Nacional Civil, sala B, 29-9-1992, en "La Ley", 1992-F, págs. 484 y ss.) que la circunstancia de que la curatela prevista en esa disposición se encuentra contemplada dentro de dicho cuerpo normativo no significa que deba atribuírsele a la figura carácter punitivo o represivo, como accesoria de la condena de prisión, sino que se trata de una incapacidad de hecho, regida por el derecho civil, que tiene por objeto evitar perjuicios en los bienes del condenado, o sea que tiende a su protección o asistencia, dado que como éste se encuentra privado de su libertad por un tiempo que el legislador estimó como relativamente prolongado, no se encuentra en condiciones de hacerlo por sí mismo. Es decir, reviste carácter o naturaleza tuitivo, tratándose de un supuesto particular de incapacidad de hecho limitada a determinados actos, sin afectar la capacidad jurídica general del sujeto. En el caso "Videla, Jorge R." el dictamen del Asesor de Menores de Cámara había dicho: "Practicamente nadie sostiene hoy que la incapacidad de hecho que establece el art. 12 del cód. penal sea una condena accesoria de la pena privativa de libertad que se impone al condenado, porque si así lo fuera, entre otros supuestos, ésta debería mantenerse cuando el condenado recupera su libertad por los diversos motivos establecidos en la ley penal antes del vencimiento de la condena y ello no es así." Agregaba el referido dictamen "La doctrina y la jurisprudencia se han encaminado definitivamente a sostener que esta limitación de la capacidad de hecho, como las restantes de la ley civil, tiene su fundamento en la protección del incapaz o sea que no es una medida sancionatoria sino tuitiva." (Cámara Nacional Civil, sala D, 6-2-1989, en "El Derecho", t. 137, págs. 292 y ss., con nota de Alicia Josefina Stratta).

Respecto de la **patria potestad** se ha establecido en el caso "B., B. c. C.H., V." (Cámara Nacional Civil, sala F, 30-5-1990, en "La Ley", 1991-C, págs. 198 y ss.) que si bien el Estado posee un control sobre la forma en la que los padres ejercen su autoridad y decisión respecto del destino de sus hijos, su intervención se debe limitar a aquellos casos en los que la conducta de los padres exige su actuación para preservar el orden público y proteger a los menores. La potestad del poder jurisdiccional del Estado para sustituir a los padres en el ejercicio de los derechos que les son inherentes, sólo se justifica cuando hay elementos que manifiestamente se revelan como peligrosos para los menores. En el caso "T., M. E. c. S., H. A." (Cámara Nacional Civil, sala J, 28-11-1991, en "La Ley", 1992-E, págs. 373 y ss.) se dijo que la designación de un asistente social para la realización de un informe socio ambiental con referencia a la situación de los menores, aparece como una intromisión no justificada en la temática referida a la autoridad de los padres, cuando sin razones que la apoyen, a los ojos de los hijos una persona ajena se

inmiscuirá menguando el poder de decisión que les está reservado a aquéllos. Sin perjuicio de las facultades que la ley concede a los jueces (art. 264, ter. Cód. Civil entre otros) a efectos de ser ejercidas en la oportunidad correspondiente, en tanto y en cuanto no se denuncie un abandono en el cuidado y educación de los hijos, o una pérdida de autoridad de los padres, no es aconsejable designar a funcionarios para que indaguen en la relación familiar.

Acerca de la **adopción**, en la especie "M., J." se indicó que la finalidad de la ley 19.134 ha sido la de proteger a la infancia abandonada y preservar primordialmente el interés del menor a desarrollarse en el seno de una familia, donde sea destinatario de vínculos afectivos; la ley no conoce un derecho intangible de los padres respecto de su propia prole, cuando el interés de ésta resulta claramente comprometido en relación a otras alternativas más satisfactorias. Dentro de ese contexto, la ruptura del vínculo de sangre aparece como una consecuencia determinada por la voluntad legislativa de tutelar, por todos los medios posibles, tanto al adoptado, sujeto de la asistencia, como a aquéllos que lo asisten y que tienen el derecho de asistirlo y educarlo exclusivamente, sin la peligrosa interferencia de quien abandonó al menor y no cuidó de él por largo tiempo (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13-11-1990, en "La Ley", 1991-B, págs. 470 y ss., con nota de Jorge Adolfo Mazzinghi; en "Jurisprudencia Argentina", 1990-IV, págs. 574 y ss.; en "El Derecho", t. 141, págs. 263 y ss., con notas de Germán J. Bidart Campos y Delia M. Gutiérrez)

En cuanto a los **derechos personalísimos** cabe tener en cuenta por ejemplo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Claudia Graciela Saguir y Dib" ("Fallos", 302, págs. 1284 y ss.) según la cual el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes es el derecho a la vida. Incluso se dijo que el peligro en la vida de una persona es de gravedad institucional y frente a ella no corresponde la interpretación rigurosamente literal de la ley. Asimismo vale considerar el caso "Aldama, Angel c/Souvenir Publicidad S. R. L. y/u otro " (Cámara Nacional Civil, sala C, 22-4-1981, en "La Ley", 1981-D, págs. 444 y ss., con nota de Jorge Mosset Iturraspe) en que se condenó al pago de una indemnización y a publicar el fallo ante una publicación falsa que, en sentido de broma, se hizo de la muerte del actor.

Acerca de la **restitución de menores** en el ámbito internacional, en la especie "P. H., M. C. c. N. L., E. A." (Cámara Nacional Civil, sala B, 26-9-1989, en "La Ley", 1991-A, págs. 323 y ss., con nota de Alicia M. Perugini de Paz y Geuse y Raúl Alberto Ramayo) se dijo que la carencia de previsión expresa en nuestra ley positiva respecto de las medidas a adoptar para el caso permite utilizar como pauta orientadora las prescripciones del Convenio que sobre la materia se suscribiera con la República Oriental del Uruguay en la ciudad de Montevideo el 31 de julio de 1981 y aprobado por ley 22. 546.

8. Para comprender los "repartos" del régimen de protección de la persona y reconocer si sus normas son fieles y exactas hay que apreciar: a) a quiénes se protege; b) quiénes protegen; c) qué se protege; d) cómo se decide la protección y e) qué razones están presentes.

En el primer aspecto, o sea a **quiénes se protege**, en primer término se encuentran los

habitantes en general a los que se refiere la Constitución Nacional, los incapacitados, los inhabilitados y los titulares de los derechos personalísimos. Sin embargo, también cabe reconocer la protección que se brinda a los familiares, principalmente en la inhabilitación del pródigo, y el conjunto de la sociedad cuando cualquier persona del pueblo puede pedir la declaración de demencia de un demente furioso o que incomode a sus vecinos.

En cuanto a **quiénes protegen**, ocupa un lugar muy destacado la familia, aunque el gobierno lo hace a través de órganos muy diversos como el constituyente, el legislador, el juez, el ministerio público y también interviene la comunidad en general. La protección puede tornarse agresiva como, según algunos, habría ocurrido con el amparo que la hermana de Nietzsche habría producido sobre este loco genial al falsificar escritos que se le atribuyen (7).

Acerca de **qué se protege**, es importante tener en cuenta, desde un punto de vista básico, que en la realidad las particularidades de las personas a proteger son infinitas. Vale recordar que un menor o un demente pueden ser superdotados para la creación, como Mozart (8) o Van Gogh (9). A menudo cabe preguntarse cómo proteger a un genio evitando frustrar su genialidad. ¿Podría el padre de Mozart haberle impedido legítimamente que estudiara o creara música?.

Para reconocer el objeto de la protección conviene adelantar algo de lo que diremos en cuanto a los valores. Aunque el marco constitucional resguarda las posibilidades de personalización fundamentales, en el Derecho Civil se amparan en general las posibilidades de la persona protegida de realizar la **salud** y la **verdad** para la **utilidad**, como ocurre con los dementes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito y los drogadictos. También se amparan la realización del **amor** y la **utilidad** en el pródigo y de cierto modo la **verdad** y la **utilidad** en el penado. Los derechos personalísimos resguardan, en cambio, la **dignidad** y el **misterio** último de la condición humana.

Respecto a **cómo se decide** la protección se advierte la preocupación por dar audiencia a las personas protegidas, aunque quizás la conciencia contemporánea exija una creciente atención a la voluntad de ellas que el Derecho Positivo no alcanza todavía a consagrar.

En cuanto a las **razones** de los repartos protectores, es notorio que los menores impúberes realizan por sí mismos contratos de reducido valor que la comunidad considera plenamente razonables, al punto que puede decirse que hay una costumbre contraria a la ley, que debe prevalecer sobre ella.

La protección de la persona se resuelve en general con **repartos autoritarios**, que como tales realizan el valor poder, pero dentro de tales repartos hay marcos para la posible autonomía que satisface el valor cooperación. Asimismo el amparo suele responder a una planificación gubernamental que cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad, aunque -como ya señalamos- mucho depende de la razonabilidad social y de la consecuente ejemplaridad que satisface el valor solidaridad.

En materia de protección de la persona hay frecuentes **límites necesarios** surgidos de la naturaleza de las cosas, por ejemplo en cuanto a los llamados "derechos sociales" que consagra el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que a menudo no se pueden cumplir. Asimismo es destacado el fracaso en cuanto a la protección real de menores de escasos recursos, llamados

(7) Al respecto cabe recordar v. gr. las investigaciones de Karl Schlechta. Acerca de la vida del filósofo-poeta puede tenerse en cuenta por ej. FRENZEL, Ivo, "Nietzsche", trad. Rosa Pilar Blanco, Barcelona, Salvat, 1985.

(8) Vale recordar no obstante que la niñez de Mozart suele ser descripta como un período encantador (por ej. LARRAN de VERE, A., "Grandes Músicos", Bs. As., Atlántida, 1947, págs. 17 y ss.).

(9) Puede v. por ej. FRANK, Herbert, "Van Gogh", trad. Mercedes García de las Heras y Brigitte Meyer, Barcelona, Salvat, 1985.

a menudo los "chicos de la calle". Tal vez podría decirse que el amparo sólo funciona relativamente bien cuando no se trata de sectores marginales. Además, la fuerza de las inclinaciones psíquicas y de la realidad económica hace que las restricciones a la capacidad de los menores impúberes para realizar pequeños contratos, a las que nos hemos referido, sean dejadas de lado. En estos sentidos las normas son con frecuencia inexactas.

En el régimen de protección del Derecho argentino hay una posible carencia de norma por novedad científico técnica en el caso del **embrión** no implantado, que tiene necesidad de un régimen especial, y una carencia por novedad jurídica de carácter sociológico en cuanto a la situación de los **ancianos** marginados por sus familias.

c) Dimensión dikelógica

9. Según ya indicamos, a menudo la protección de la persona significa la búsqueda de que la falta de un valor como la **salud** o la **verdad** no dificulte la realización de los valores **utilidad** y **justicia** y, en definitiva, tampoco la satisfacción del valor **humanidad**. Sin embargo a veces, con el importante ejemplo de la escasa protección que pueden brindarse a los derechos sociales y en particular a los menores, se evidencia la falta de integración entre la utilidad y la justicia. Los derechos personalísimos tienden a evitar que los valores inferiores, como la verdad y la utilidad, se subviertan contra el valor **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser).

Toda la protección de la persona requiere importantes despliegues de realización del valor **amor** y en definitiva ha de coadyuvar a la satisfacción del más alto valor a nuestro alcance que es la **humanidad**. En nuestro tiempo, la protección de la persona suele reflejar la **crisis axiológica** que lleva a preguntarse con especial intensidad qué es y debe ser la persona y con qué títulos se puede intervenir para protegerla.

El amparo de la persona suele significar el recurso a clases de justicia (vías para su descubrimiento) muy difíciles de admitir en nuestros días. La protección se basa mucho en la justicia **extraconsensual, con acepción** (consideración) de personas, **asimétrica, dialogal** y **espontánea**, mas en esta época son más fáciles las referencias a la justicia consensual, sin acepción de personas, simétrica (porque todo lo simetriza la moneda), monologal y conmutativa. El resguardo de la persona se apoya en la justicia "partial" o en la justicia gubernamental, pero tiene siempre fuerte significado sectorial. A veces es justicia de participación porque resguarda el patrimonio familiar y no sólo justicia de aislamiento.

En ciertos casos, como en la incapacidad y en los derechos personalísimos, se tiene en cuenta que el complejo real no sea indebidamente fraccionado, haciendo que la superficie prevalezca sobre el fondo. Se procura resguardar la profundidad de la persona. En la falta específica de capacidad por escasa edad hay una relación fuerte con las influencias del futuro, que suele resolverse en términos de fraccionamientos del complejo temporal estableciendo líneas fronterizas generales del tiempo de incapacidad, pero también deben producirse desfraccionamientos de este complejo a través de la emancipación y la habilitación. La aceleración de la historia suele llevar al acortamiento de la minoridad. Es mucho lo que debe hacerse para proteger a la ancianidad y su carga de influencias del pasado y su limitado porvenir. En la

inhabilitación del pródigo suele atenderse en especial al complejo personal de la familia y a las consecuencias. En la emancipación por matrimonio la legitimación proviene de las influencias que ejerce el reparto matrimonial.

La protección se resuelve con frecuencia según **criterios generales orientadores**, pero en verdad se trata de casos en que las **valoraciones** completas suelen resultar especialmente necesarias. ¿Cómo pueden resolverse con criterios generales orientadores la patria potestad de un niño semejante a Mozart o la curatela de un loco parecido a Van Gogh?. ¿Cómo ignorar que de alguna manera todo niño puede ser y en cierto sentido es un Mozart o que de cierto modo todo loco puede ser y en cierto modo es un Van Gogh?. Sin embargo, por otra parte ¿en qué medida puede atenderse a las particularidades de los casos sin caer en una arbitrariedad injusta?.

A lo ya referido respecto de la crisis axiológica actual, cabe agregar que la protección de la persona significa que la misma se halla en una **situación crítica** y hay que averiguar en qué consiste esa crisis, pero en nuestros días, de crisis de la misma noción de sujeto, todos y ninguno deberíamos tener protección.

Siempre, pero en este tiempo con particular intensidad, cabe preguntarse con qué **títulos** puede legitimarse la sujeción de una persona respecto de otra, aunque sea con fines de protección. Como ya dijimos, la protección suele producirse autoritariamente y este tipo de solución requiere a menudo la legitimación **aristocrática** surgida de una superioridad moral, científica o técnica. Al interrogarse sobre los valores en que puede apoyarse la aristocracia protectora ocupa un lugar destacado el amor que suele reinar en el marco familiar, pero también hay que tener en cuenta v.gr. la calidad científica que satisface la verdad. También puede haber una legitimación **criptoautónoma** si se coincide con lo que la persona protegida querría en caso de poder resolver. Esta criptoautonomía es en nuestro ámbito uno de los títulos más importantes, de modo que constantemente hay que interrogarse sobre la posible voluntad de la persona protegida. Asimismo debe haber **infraautonomía** surgida del consenso democrático de la sociedad. Ante la crisis de los fundamentos legitimantes de la protección, hoy urge la **confluencia equilibrada** entre padres y familiares en general, maestros, constituyentes, legisladores, jueces, asistentes sociales, etc.

La protección a la persona debe resguardar las potencias de la **salud**, la **propiedad**, la **creatividad**, la **privacidad**, etc. y ha de producirse en un **proceso** en que se otorgue la máxima audiencia a los interesados, sobre todo a los protegidos.

El amparo de la persona ha de hacerse en términos **humanistas**, que han de tomarla como fin y no como medio. Se trata a menudo de un humanismo **intervencionista** (o sea de tipo "paternalista"), pero siempre se corre el grave riesgo de que la persona sea tomada como medio, es decir de que haya totalitarismo. Hay que cuidar que en vez de protección no haya dominación. Por otra parte, hay que procurar que el humanismo intervencionista esté siempre, como corresponde, dispuesto a ceder ante el humanismo abstencionista en que la persona elige su propia personalización y su propia protección.

Todo hombre es único, igual y parte de una comunidad y la protección debe producirse en esos marcos. Cuando impera la igualdad los criterios de emancipación son menos frecuentes. Si prevalece la unicidad impera la solución liberal de no inhabilitar al pródigo; si predomina la

comunidad se opta por la solución más social de inhabilitarlo.

En definitiva, la protección de la persona es una parte del complejo de protección del individuo contra todas las amenazas: respecto de los demás como individuos y como régimen, contra sí mismo y frente a todo "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). Sobre todo se hacen notorios aquí los sentidos de resguardo contra sí mismo y lo demás. Hay que amparar incluso contra la protección, por ejemplo, contra padres, tutores, curadores, etc. y frente al propio gobierno que realiza esa protección secundaria. La familia es en general la protectora más calificada y además suele tener derechos respecto de los protegidos, pero el siglo XIX y el siglo XX fueron tiempos en que resultó dramáticamente significativo el amparo respecto de ella, por ejemplo ante las condiciones de sometimiento de la mujer y el menor. ¿Quién puede olvidar las situaciones de "Madame Bovary" y de "Casa de muñecas" o el clima de "Ana Karénina"?. ¿Cómo podría desconocerse la triste vida de "David Copperfield"?. Sin embargo, la propia literatura de la época se encargó de dar testimonios de la importancia del amparo familiar en "Las aventuras de Oliver Twist" o en "Sin familia".

III. La protección en la Teoría General del Derecho

10. Todas las ramas del Derecho confluyen en la protección: así ocurre con el Derecho Constitucional, cada vez más con el Derecho Internacional -Público y Privado-, el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, etc. Un lugar destacado tiene el Derecho de Menores. También, con miras a la protección de la persona en los ancianos, hay que reconocer la necesidad del Derecho de la Ancianidad.

IV. Horizontes de Historia del Derecho y Derecho Comparado

11. Cada cultura tiene su propio estilo de protección de la persona. Los períodos de "cultura" en sentido estricto (axiológicamente más fuertes) tienen más firmeza al respecto, en tanto los de "civilización" adoptan soluciones más débiles. Por ejemplo, en la época de "cultura" de la Edad Media, signada por una gran pretensión de santidad, había, un fuerte sentido de la protección contra el propio **pecado**. En la Edad Moderna y en la Edad Contemporánea, con crecientes referencias a la salud, la justicia y la utilidad, hubo más desarrollo del amparo contra el propio caer en la **locura** y el **delito**. En nuestro tiempo de "civilización" profundamente utilitaria mucho es lo que se duda respecto de la protección y un tema de gran discusión es el amparo contra uno mismo respecto del consumo desviado en la **drogadicción**. En otras épocas se pensó más en proteger a **mayores**, hoy el centro del interés se ha desplazado de cierto modo al resguardo de **menores** y **jóvenes**, en parte porque no tenemos firmeza axiológica para intervenir en adultos y porque la familia, incluyendo la relación paterno-filial, está en crisis.

En el marco general, si en otros días fue especialmente intensa la necesidad de amparar contra los gobiernos, hoy es muy grande la exigencia de resguardar contra la sociedad de consumo.

En **Occidente** la especial tensión de la inserción personal en la sociedad se manifiesta en

una particular tensión de la protección de la persona. En **América Latina**, región donde tanto hay que hacer para proteger a la niñez del abandono, se agrega a su vez, en gran medida como resultado de la dependencia cultural, la necesidad de ampararla contra la drogadicción. Se acumulan así las carencias de la pobreza y los desvíos de la riqueza (10).

(10) En relación con el tema abordado y en especial con los derechos personalísimos puede v. por ej. MESSINETTI, Davide, "Personalità (diritti della)", en "Enciclopedia del Diritto" (Giuffrè), t. XXXIII, págs. 355 y ss.
También c. v. gr. STANZIONE, Pasquale, "Capacità I) Diritto Privato" y AS. VS., "Minore" en "Enciclopedia Giuridica" (Istituto della Enciclopedia Italiana); asimismo BUSNELLI, Francesco Donato, "Capacità ed incapacità di agire del minore", en "Il Diritto di Famiglia e delle persone", año XI, 1982, págs. 54 y ss.; GIORGIANNI, Michele, "In tema di capacità del minore di età", en "Rassegna di diritto civile" dirigida por Pietro Perlingieri; CENDON, Paolo (ed.), "I bambini e i loro diritti", Bologna, Il Mulino, 1992. Además puede tenerse en cuenta la edición Dalloz "Code Européen des Personnes", París, Dalloz, 1994. Asimismo es posible v. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil - Parte General", t.I, 6a. ed., Bs. As., Perrot, 1980; BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil - Parte General", 7a. ed., Bs. As., Perrot, 1980; SALAS, Acdeel Ernesto, "Código Civil y leyes complementarias anotados", t. I, 2a. ed., 6a. reimp., Bs. As., Depalma, 1984.