

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1984.

"Presencia de China. Planificación familiar" (folleto), Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1984.

"Presencia de China. La acrobacia. Un antiguo arte escenificado" (folleto), Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras 1984.

Ricci, Mateo, SJ, "Costumbres y religiones de China", Buenos Aires, Ediciones Universidad del Salvador y Diego de Torres, 1985.

Sade, Marqués de, Cuentos, historias y fábulas, Buenos Aires, Brújula SRL, 1979.

Shouyi, Bai (redactor jefe) y otros autores, Breve historia de China. Desde la antigüedad hasta 1919, Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1989.

Stekel, Wilhelm, El matrimonio moderno, Buenos Aires, Líbera, 1964. The criminal law and the criminal procedure law of China, Pekín, Foreign Languages Press, 1984.

Tsetung, Mao, Textos escogidos de Mao Tsetung, Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1976.

Vidal Taquini, Carlos H., Régimen de bienes en el matrimonio, Buenos Aires, Astrea, 1978.

Wen, Qi, Panorama de China, Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1985.

Westermarck, R., Historia del matrimonio (en la especie humana), Buenos Aires, Americana, 1946.

Xianchu, Peng y Chenlie, Liu (redactores), "Las reformas realizadas en el campo" (varios autores), Pekín, China construye, 1986.

Ying, Liu, "Matrimonio y familia en China", en Pekín Informa (semanario chino), año XXVI, N° 21, mayo 24, 1988, págs. 18 y siguientes.

Yuan - Chun, Fencg, Breve historia de la literatura clásica china, Buenos Aires, Juárez Editor SA, 1969.

Yungano, Arturo Ricardo, "El derecho de familia en el Código Civil de la República de China (Nacionalista)", LL, 1978 - B - 844.

Yuwen, You (redactor), "La vida y el trabajo de los jóvenes chinos", Pekín, China construye, 1986.

Zannoni, Eduardo A., Derecho civil. Derecho de familia, ts. I y II, Buenos Aires, Astrea, 1981.

TEMAS DE DERECHO PRIVADO

TUTELA DE LA PERSONA (*) (419) (Primera Parte)

(Pulse el título para ver continuación)

Tema: PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA

Relatores: PROFESORES DOCTORES ARTURO YUNGANO Y SANTOS CIFUENTES

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Fecha: 14 DE AGOSTO DE 1991

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Algunos de ustedes recordarán los ciclos de mesas redondas que hemos realizado en los últimos tres años.

En 1988 trabajamos con los temas de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil desarrolladas en 1989 en San Carlos de Bariloche y que culminaron con la publicación de una obra llamada Temas de Derecho Privado.

En 1989 tratamos "La contratación contemporánea", que se editó como Temas de Derecho Privado II.

El año pasado se analizaron los temas que abordarán las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se celebrarán en la ciudad de Buenos Aires del 4 al 7 de setiembre próximo.

Hoy volvemos a otro bloque de mesas redondas que, como las anteriores, también serán editadas.

Estas publicaciones trascienden a la Facultad y obedecen a la generosa asistencia técnica del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, que nos brinda el registro taquigráfico de lo que aquí se diga para volcarlo luego en la publicación. Pero el mérito académico reside en los distinguidos colegas, como los que hoy nos acompañan, que le dan un brillo singular a estas mesas redondas. Y la vida, la vivencia, la aportan las personas más jóvenes, los alumnos, que son expresión dinámica de la Facultad.

Este año se debatió mucho cuál iba a ser el temario a analizar. La mayoría pensó que quizás el tema más atractivo era el de la tutela de la persona, materia que excede lo jurídico, es interdisciplinario, porque comprende hasta la misma concepción de la vida. Y qué mejor para hablar del inicio de la existencia de la persona física, que los dos juristas que se encuentran en esta mesa, el doctor Arturo Yungano y el doctor Santos Cifuentes, que, además de profesores titulares, tienen una muy conocida producción jurídica.

El doctor Yungano, que como ustedes saben es abogado y médico, se referirá a la parte biológica, y el doctor Cifuentes aludirá a la parte jurídica.

Lo escuchamos, doctor Yungano.

DOCTOR YUNGANO.

El comienzo de la existencia de la persona física ha reimplantado en estos últimos tiempos ciertas inquietudes, especialmente a raíz de leyes que se han dictado en algunos países en materia de reproducción in vitro e inseminación artificial.

Probablemente el más eminente biólogo y genetista francés, Jean Rostand, que "heredó" - lo digo entre comillas porque la capacidad intelectual no se hereda - el talento literario de su padre, Edmond Rostand, el autor de Cyrano de Bergerac, dice que procrear es experimentar con el azar.

De él, antes de iniciar esta charla en sí, voy a leer dos breves párrafos de su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autoría. Dice que "el germen de donde sale el individuo humano procede de un doble azar. Es el azar el que decidió qué porción de herencia permanecería en el óvulo cuando expulsó, al madurar, sus cromosomas inútiles; es el azar, otra vez, el que decidió cuál de los elementos de la fecundación penetraría en el óvulo. Cada uno de nosotros fue elegido por un doble capricho entre todo un sinnúmero de posibilidades".

Y más adelante expresa: "El hijo no es todo su padre más toda su madre. El no realiza, como pretendía Hegel, la función viviente de la pareja. El es la mitad de uno más la mitad del otro; él funde en sí mismo a los dos seres que existían potencialmente en las dos células paternas. Extraño tema para hacer trabajar la imaginación de estos dos seres que se conjugan gracias a nuestra existencia. Ellos no existieron nunca separadamente. Nosotros elaboramos su síntesis. Cada uno de ellos posee su rostro, su carácter, su alma. Posiblemente son muy diferentes a nosotros. Tal vez uno de ellos nos es superior. Puede ser que alojemos en nosotros mismos a ese ser superior."

Quiero recordarles cómo se produce la concepción y cuál es el momento en que comienza la existencia de la persona física.

Rápidamente señalamos que el aparato genital masculino se integra con un elemento secretor, el espermatozoide; un elemento conductor, el trayecto que recorre el espermatozoide después que sale de las células testiculares, el epidídimo, el conducto deferente, las vesículas seminales; y el elemento copulador, que es el que actúa en el aparato sexual femenino para depositar el semen.

Por su parte, el aparato genital de la mujer tiene dos elementos: uno externo, la vulva, con los labios mayores y menores, y un órgano eréctil, el clítoris; y otro interno, que es el más importante, que está formado por la vagina, el cuello del útero, el útero, las trompas y el ovario.

Para que se produzca la fecundación es necesaria la presencia de 300 millones de espermatozoides en el aparato genital femenino, en un promedio de 60.000 por milímetro cúbico de semen, con una cantidad aproximada de 5 centímetros cúbicos. De esos 300 millones solamente uno en un período breve, minutos, va a realizar, si se produce, la fecundación.

La diferencia entre el hombre y la mujer radica en que después de la pubertad, producida la maduración de las gametas sexuales, el hombre puede en cualquier momento eyacular y fecundar. En cambio, la mujer tiene limitada la posibilidad de concebir a un solo óvulo que mensualmente baja de una u otra trompa.

El período de maduración de la mujer curiosamente comienza en la etapa prenatal - en ella se da la organización de las gametas femeninas - , se detiene en el octavo mes de la gestación, se reactiva en la pubertad y cesa en el climaterio. En cambio el hombre va declinando en su capacidad, pero a veces puede llegar a edades avanzadas con cierta posibilidad fecundante.

En condiciones normales, si no se produce ningún inconveniente biológico ni clínico, de esos que puede haber en una pareja, la ovulación ocurre el día catorce luego de comenzado el período menstrual. Ese es el día óptimo,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pero no significa que en todas las mujeres se da en ese día. Si la copulación se ha realizado ese día y el óvulo ha bajado, es muy probable que se opere la fecundación.

Una pareja es infértil cuando durante un año no engendra hijos sin que haya un motivo cierto, real, fehaciente que imposibilite la procreación.

Una pareja es subfétil cuando existe algún impedimento susceptible de ser corregido médica o quirúrgicamente; el más común es el de la estenosis, es decir, la estrechez de las trompas de la mujer.

Una pareja es estéril cuando hay imposibilidad absoluta de poder engendrar o concebir, y entonces se presentan los mecanismos biológicos sustitutivos, como el de la fecundación in vitro.

Cuando los espermatozoides salen del testículo y recorren el camino que les indiqué, por el epidídimo, los conductos deferentes, etcétera, realizan un proceso de maduración, es decir, para llegar en óptimo estado al aparato sexual femenino. Luego, entran en la vagina, y deben superar tremendas barreras por la acidez de la propia vagina, por las bacterias, etcétera, se produce en ellos un proceso de capacitación y se va perfeccionando la posibilidad de penetrar en el óvulo. Este proceso para llegar a la fecundación es breve, dura minutos.

Generalmente la fecundación se produce en el tercio superior de la trompa. Si bien esto es de regla, ello no significa que no pueda hacerse en otro lugar, por ejemplo, en el útero.

En un breve resumen señalaremos los distintos pasos que operan en el momento en que el espermatozoide llega al óvulo para fecundarlo. Aclaro que el óvulo es una célula grande de 200 micrones - la quinta parte de un milímetro, que en materia celular es un tamaño grande - ; en cambio el espermatozoide es de menor tamaño que el óvulo, ya que no supera los 50 micrones, de los cuales la cola tiene 30 o 40 micrones y la cabeza 5.

El óvulo al bajar es protegido por una membrana como si tuviera pelos, es la membrana pelúcida, y por una corona con rayos, que es la corona radiante o corona radiata que le sirve de protección, como acabo de decir.

Al llegar el espermatozoide a la trompa el óvulo hace un proceso de desnudación. ¿Qué significa esto? Que deja la corona radiata, o sea, se despoja de la vestidura exterior para permitir que el espermatozoide pueda entrar sin inconvenientes; de otro modo no podría entrar.

Luego se produce el reconocimiento: la membrana del óvulo se acerca a la membrana de la cabeza del espermatozoide y se opera el reconocimiento, vale decir, las dos células se reconocen como de la misma especie.

El paso siguiente es el de la penetración: la cabeza del espermatozoide atraviesa esa membrana pelúcida y entra en el cuerpo del óvulo para luego producirse la fusión de las membranas: la que envolvía al óvulo y la que envolvía la cabeza del espermatozoide.

Luego, se produce el bloqueo de la polispermia, es decir, cuando el espermatozoide entró, se produce un mecanismo hormonal determinado en virtud del cual ningún otro espermatozoide puede entrar. Podrá entrar excepcionalmente, como en el caso de los mellizos, pero en rigor los mellizos constituyen una patología de la procreación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cuando entró el espermatozoide y se han fusionado las membranas, se distinguen los núcleos: el pronúcleo masculino y el pronúcleo femenino. En seguida se realiza un proceso en el cual se duplica el ácido de la vida, el ácido desoxirribonucleico, e inmediatamente se fusionan los dos pronúcleos, cada uno de los cuales, al perder las finas membranas que los envolvían, aporta 23 cromosomas, haciéndose una célula diploide (doble) con 46 cromosomas.

Seguidamente ocurre la primera división, a la que se le da el nombre de anfimixis.

Sintetizando, este proceso vertiginoso, breve, se da así: el espermatozoide entra, el óvulo pierde la corona protectora, las células se reconocen como de la misma especie, la cabeza entra, se fusionan las membranas, se identifican los pronúcleos masculino y femenino y finalmente éstos se fusionan. Cuando se produce la fusión de los dos pronúcleos se da el nuevo ser.

Los antiguos sabían poco de genética. Sin embargo, Montaigne, en pleno siglo XVII, decía: "Qué misterio esconde esta gota - se refería al semen - para que ahí puedan estar ya los ojos del padre, la boca de la madre, las orejas del abuelo." Es digno de tener en cuenta esta reflexión de Montaigne en el siglo XVII, mucho antes de que se conociera todo lo que sabemos hoy.

¿Desde cuándo tenemos conocimientos de este origen celular de las dos gametas? La formulación científica tuvo lugar hace aproximadamente cien años cuando un señor Hertwick estableció, sobre la base de las enseñanzas de Virchow - un destacado biólogo y médico del siglo pasado que ninguna célula proviene sino de otra célula, con lo cual echó por tierra la generación espontánea y fijó la teoría celular en materia de fecundación.

Formada la persona, durante siete días ese huevo, ese óvulo fecundado, ese nuevo ser deambula por el aparato sexual de la madre, baja por la trompa y flota en el útero. Ese es un período nómada antes de establecerse el período sedentario de fijación o de anidación. La naturaleza es sabia: si ese óvulo se anidara en la trompa, lo más probable es que se produjera un aborto, porque el sitio adecuado de anidación es el útero.

A los siete días se implanta este preembrión - si ustedes quieren llamarlo así - en una pared del útero, en cualquiera de ellas. Aquí también, como decía Rostand, la naturaleza es caprichosa, y este es otro de los motivos que hay que remarcar respecto de los mellizos. ¿Quién es el mayor? Cualquiera. porque puede ocurrir que en este momento se produzca la fecundación de un óvulo que genere este mellizo y que este mellizo, que fue concebido primero, se instale en una parte del útero, la más lejana o la más próxima, no tiene nada que ver.

El riesgo se presenta cuando este huevo, este óvulo fecundado se implanta en el cuello del útero, es decir en la puerta de salida del útero. Ahí se presentan los problemas porque para implantarse, la membrana del útero sufre una pequeña transformación y crea un órgano muy especial, la placenta, que ha de nutrir al embrión. Si la placenta se fija en la puerta de salida del útero, el feto no va a salir con comodidad. A esta situación se la denomina médicamente "placenta previa", y el médico tratante debe estar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bien avisado y ser un experto en el tema porque puede producirse la muerte del feto o una anoxia, o sea pérdida de oxígeno cerebral, etcétera.

Durante el tránsito el embrión no detiene su crecimiento. Continúa la primera división que se había operado inmediatamente después de la fecundación y se va a formar primero una especie de pared que se llama blastocisto, con una cavidad, la blastocele y en seguida un macizo celular que ha de dar origen a uno de los sectores donde se va a seguir formando el nuevo ser.

Hay tres membranas: el endodermo, que va a dar lugar a ciertos órganos internos, como por ejemplo el aparato renal; el ectodermo, que va a dar lugar al sistema nervioso, a la piel; y el mesodermo, que va a dar lugar a los huesos, a los músculos, al tejido conjuntivo, etcétera.

Luego vienen las sucesivas divisiones que algunos de ustedes recordarán de la escuela secundaria. Así, se da la vieja división de blástula, primero; de mórula, después, porque ya el aspecto de esa esfera es macizo, y de gástrula, que tiene divisiones como si fueran las celdas de los antiguos.

El séptimo día después de la fecundación que, como dijimos, normalmente se da en el día catorce de comenzado el ciclo menstrual, se va producir la implantación, es decir veintiún días después de iniciado el ciclo menstrual.

En esta célula única, formada por la fusión de las membranas y por fusión de los pronúcleos femenino y masculino, esta todo, como decía Rostand y como literariamente creía Montaigne.

¿Mediante qué mecanismo se va a desarrollar el individuo? Si se ve en el microscopio un punto que es el óvulo fecundado, ello no muestra absolutamente nada. Sin embargo, luego vienen los procesos de diferenciación celular, es decir, por qué de las células de una misma capa algunas van a servir para constituir, por ejemplo, el aparato genital, y otras para formar el aparato digestivo.

Luego se da el crecimiento embrionario en función de dos pautas: las divisiones - las células siguen dividiéndose simétrica y regularmente - y el tiempo de crecimiento. Si la división no es perfecta y el ritmo no es el esperado, ese embrión seguramente adolece de alguna patología.

Durante esa formación se producen muertes de estructuras transitorias. La naturaleza es sabia. Así como para construir un edificio hay que armar estructuras provisionales para levantar varias paredes y al terminar la obra hay que sacarlas, en la formación del ser humano la naturaleza actúa de modo similar. Las primitivas formaciones del aparato genitourinario, la primitiva formación de la base del tubo neural, es decir de la base de lo que va a ser el futuro sistema nervioso, desaparecen.

Sigue luego un proceso que roza los límites del misterio biológico: el de la inducción embrionaria, que consiste en que un tejido cambia, se transforma por la acción de otro tejido; hay un poder tal de inducción de un tejido sobre otro que determina que este último cambie, y un ejemplo típico y maravilloso de inducción es el ojo humano.

En el curso de la gestación pueden producirse malformaciones congénitas, por ejemplo por un defecto genético, por una falla cromosómica. Un cromosoma de más puede provocar el síndrome de Down, el mongolismo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Allí el cromosoma número 21, en lugar de llevar uno solo, la madre lleva los dos y se produce la trisomía, con las características que todos conocemos en esos niños.

Asimismo, en la formación del ser pueden incidir las infecciones, las intoxicaciones, el alcohol, las drogas, etcétera.

En biología se suele distinguir, incluso con fines didácticos, un período preembrionario, que va desde la gestación hasta la anidación o implantación; el período embrionario se extiende hasta el tercer mes, momento a partir del cual se entra en el período fetal.

Desde el punto de vista médico esta división es importante y también la recogen las leyes permisivas del aborto. La ley italiana, por ejemplo, que permite el aborto en instituciones públicas por equipos autorizados, inscriptos, etcétera, en mujeres mayores de 18 años, cualquiera que fuere su estado civil, sin conformidad del marido si son casadas, y en rigor prácticamente por propia voluntad, sin causa, establece como fecha tope para hacer el aborto la de la gestación que no supere los tres meses, porque a partir de ese momento la mujer puede correr un riesgo muy grave. Este tema nos lleva a otros dos puntos. Uno, al inicio de la persona por nacer, que en nuestro país, según el artículo 70 del Código Civil, está en el seno materno, precepto que ahora hay que adaptarlo a raíz de las nuevas técnicas toda vez que el comienzo de la existencia se produce en el laboratorio.

Veamos rápidamente cómo opera el mecanismo de la fecundación in vitro, que es el segundo punto al que nos lleva esta cuestión.

Aclaro que la fecundación cambia solamente de ámbito: en lugar de ser en la trompa, en el útero donde también puede producirse, se va a dar en el laboratorio.

El año 1978 marca la existencia del primer bebé de probeta, Luisa Brown, en Inglaterra, y meses después Cándida Reen, otra niña, en Australia.

El tratamiento es largo, traumático, con muchas complicaciones personales, emotivas, laborales, familiares, etcétera. Se da preferencia a matrimonios relativamente jóvenes, es decir que estén entre los 25 y 32 años aproximadamente. En Australia se los anota en hospitales públicos, y los interesados tienen que ir a ellos periódicamente para seguir el estado de sus expedientes respectivos. Cuando llega el momento en que se los recibe en el hospital, hay que estar preparados para someterse a todo tipo de exámenes, análisis de laboratorio, etcétera. A la mujer se la prepara para que en lugar de un óvulo produzca varios por procesos hormonales. En el momento propicio, por una técnica, relativamente sencilla en manos expertas, se le introducen dos agujas, una para ver, con una lucecita al efecto, si ya están los óvulos maduros en la superficie del ovario, y la otra lleva una pequeña cuchara que va recogiendo el material de la superficie del ovario, que está ya maduro.

Ese material se deposita en un plato, se lo prepara, se lo alimenta.

Paralelamente a ello hay que obtener semen del marido, lo que se logra por vía de masturbación o por estimulación eléctrica. No todos aceptan la vía de la masturbación, y en cuanto a la estimulación eléctrica, se corre el riesgo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de provoca alguna pequeña alteración en los espermatozoides.

Asimismo, se capacitan los espermatozoides para posibilitar que entren con facilidad en el óvulo y luego de alrededor de seis horas se coloca todo en un mismo plato a la espera de que en un lapso de seis a doce horas más o menos se produzca la fecundación de varios óvulos.

¿Por qué hay que fecundar varios óvulos? Dado que el éxito de este proceso es muy bajo, si se implantan cuatro o cinco óvulos, con buena suerte se puede llegar a un embarazo a término con uno de ellos; los otros, de regla, abortan espontáneamente.

Cuando en algunas oportunidades leemos en los diarios informaciones que dan cuenta del nacimiento de trillizos o cuatrillizos de probeta, ello se debe a que se están aplicando nuevas drogas para evitar que la mayor parte de esos embriones aborten.

Para finalizar, me voy a referir brevemente a países que ya tienen legislación sobre estas nuevas técnicas.

La ley española de 1988 es la más completa, si bien Suecia la tiene, y hay disposiciones, reglamentos y ordenanzas en muchos países europeos y en algunos estados de los Estados Unidos.

En general, al europeo no le agrada la fecundación in vitro - no hablo de la ley española - y menos aún el alquiler de úteros que, como ustedes saben, está casi libremente aceptado en muchos estados de los Estados Unidos y también en Inglaterra, que lo ha reglamentado.

Suecia permite que la persona nacida como producto de la fecundación in vitro pueda averiguar a los 18 años quién es su padre. Allí funciona una especie de comisión de la ciudad que trata los temas de la familia y opina sobre la conveniencia o no de dar la información.

En general, todas esas normas prohíben la inseminación póstuma. Si el marido ha dejado semen en el congelador y luego de muerto la mujer se hace inseminar artificialmente tendrá problemas jurídicos, porque genéticamente será del marido premuerto pero no matrimonial, será extramatrimonial de la viuda pero con caracteres genéticos de un marido que no es el padre. Sólo en el caso de que el marido disponga por testamento que se use del semen después de su muerte, lo puede hacer pero basta los seis meses después de su fallecimiento, tal como ocurre en el ley española.

En todo caso luego ampliaríamos el tema, si así lo desearan.

- Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Escuchamos ahora al doctor Cifuentes.

DOCTOR CIFUENTES.(*)(420)

Comienzo por agradecerle al doctor Yungano esta espléndida clase biológica que acaba de brindarnos, lo que me evita, neófito en la materia y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

seguramente muy errado en ella, dar algunas explicaciones, porque han sido suficientemente adelantadas y con mucho más talento y capacidad que las que podría suministrar yo.

Desde antiguo la antropología se formuló varias preguntas. La primera de ellas, si esta materia, el comienzo de la persona, trataba la aparición del hombre según una realidad biológica, o bien, para otras tendencias, se refería a la iniciación de la identidad personal.

Por supuesto, en la historia de la antropología hubo estudiosos materialistas y estudiosos espiritualistas. Me voy a detener en estos últimos, en los que consideran al hombre compuesto de cuerpo y alma.

¿Qué decían los espiritualistas por aquellos tiempo remotos? Unos se volcaban a lo que se llama el preexistencialismo - la creación del alma por Dios antes del cuerpo - , y otros eran generacionistas - Dios no interviene en la creación del alma: el alma es transmitida por los padres - . Estos generacionistas sostenían, por ejemplo, que los cuerpos engendran cuerpos y las almas engendran almas, y de generación en generación se van produciendo ambas transmisiones.

Tales criterios van a dar en lo que se llamó filosóficamente traducionismo, que especialmente trató de dilucidar el grave problema religioso del pecado original.

Una primera teoría traducionista sostenía que el pecado original - pecado que proviene de Adán y Eva - se habría transmitido de padres a padres.

Otra teoría dentro del traducionismo - ésta ya era materialista y con ella se encontraba Tertuliano - decía que el alma estaba en el semen del hombre, idea ésta que la vamos a ver reflotar en forma espiritualista, nada menos que en Aristóteles y en Santo Tomás de Aquino.

Otra sustentaba el criterio de que el alma y el pecado original venían de Adán a sus descendientes por una fuerza del Creador. De allí se transmite el alma. Esta teoría, en cuanto a que hay una fuerza del Creador que hace que venga de Adán la parte espiritual, el alma, fue dogma de la Iglesia en el Concilio de Cartago, en el Segundo Concilio de Orange y hasta en el Concilio de Trento.

Para San Agustín hay dos tipos de semen: un semen corpóreo y un semen incorpóreo, pensamiento éste que reaparece en algunos pensadores y antropólogos del siglo XIX.

Dejemos la antropología y vayamos a la pura ciencia. ¿Qué pensaban los antiguos de lo que era la vida, de lo que era el comienzo de la vida?

Generalmente - y aquí quiero recordar mi alusión a Tertuliano - se pensaba que la vida se generaba en el semen y alguna intervención tenía, pero mínima, hasta pasiva, la sangre menstrual de la mujer. De ninguna manera había análisis interno de la procreación, y no lo podía haber con los conocimientos que entonces se tenían. Y, aquí, vayamos un poco a Aristóteles y a Santo Tomás de Aquino.

Aristóteles, por ejemplo, daba la siguiente definición del semen: "Es el humor más noble del cuerpo, poseedor de un principio espiritual o etéreo que conduce en sí la entelequia o forma sustancial con que es informada la materia del embrión." Este criterio lo acepta Santo Tomás de Aquino

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(Summa Theologica - q.3 - q.31 a.5 y ad.3).

Santo Tomás de Aquino daba otras precisiones, y por ejemplo decía: "El semen de la mujer (se supone que se refería a la sangre menstrual) no es materia que de necesidad requiera para la concepción."

Estas ideas de los científicos de entonces - hasta no hace mucho se consideró que Aristóteles era el primer científico de la humanidad - , al tratar la reproducción, dan la impresión de que sólo analizan el elemento masculino y ven en él no sólo la corporización, sino hasta el alma creada por Dios y puesta en el elemento masculino. Decían: "El elemento masculino lleva el impulso creador al útero."

La configuración humana para Aristóteles y para Santo Tomás se producía así: "En los machos (repito palabras) a los cuarenta días; en las hembras, a los tres meses." El elemento femenino sólo tenía un papel pasivo.

La segunda hipótesis de la ciencia responde al criterio de lo que se llama la "animación retardada". Adviértanse las tres etapas que tanto Aristóteles como Santo Tomás de Aquino tenían en cuenta para determinar la animación:

A) En la primera etapa, el embrión se nutre y desarrolla como una planta y aparece lo que Aristóteles llamaba el alma vegetativa.

B) Después, el alma vegetativa se corrompe y aparece un pequeño influjo de la mujer de la cual se educa y sucede un alma sensitiva que surge de la potencialidad de la materia que pone la mujer: es la virtud femenina, el alma sensitiva.

C) Posteriormente el alma sensitiva se corrompe - decía Aristóteles - y sucede el alma intelectual o racional, o espiritual, que es la que define al ser humano. Forma final - señalaba el filósofo griego - que contiene y comprende el alma vegetativa, el alma sensitiva y el alma intelectual o espiritual. Pero la animación retardada significa precisamente que, sólo aquí, está completa el alma, esa alma que era producida por la fuerza generativa única y exclusiva del semen. El feto ya alcanzaba forma humana. Hasta 1943 algunos, bastantes, autores aceptaban en alguna medida estas ideas.

¿Por qué me he hecho esta especie de recorrido hacia estos pensamientos que hoy evidentemente no podemos aceptar?

Porque pienso que la ciencia, con sus descubrimientos, va haciendo cambiar todas las perspectivas. Pongan atención en las perspectivas que tenían que manejar pensadores tan importantes para la humanidad por siglos y siglos cuando no conocían los elementos científicos que va dando la investigación, la experimentación. ¿Adónde se llegaba? Se llegaba a decir, por ejemplo, que en el semen de Adán estaba encerrado el género humano y se había ido transmitiendo de generación en generación.

La teología aceptó, sobre la base de esta enseñanza científica y de los pensadores del momento, lo de la animación retardada, tardía, o sea: el alma aparece en etapas posteriores a la mera fecundación y a la concepción, antes, por tanto, no se era hombre, pues un cuerpo sin alma no lo es.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por supuesto, la teología frente a las nuevas perspectivas, como ha ocurrido muchas veces en aspectos tan entrañables y tan importantes como el que estamos tratando, el comienzo de la vida, ha tenido que cambiar.

Ahora bien: ¿qué pasa con nuestra historia jurídica sobre este tema? Ustedes tampoco deben olvidar aquello de *pars viscerum matris* que todavía en juristas de ahora se sostiene en forma concreta y en legislaciones de ahora también. Por ejemplo, nuestro querido maestro español Castán Tobeñas daba la siguiente división de las teorías del comienzo de la persona:

A) La primera teoría es la de la concepción. Para Castán Tobeñas es una ficción, la persona no comienza con la concepción porque si nace muerta, tendremos que retrotraernos, es decir, es una teoría artificiosa, artificial.

B) La segunda teoría es la del nacimiento: se es persona a partir del nacimiento.

C) La tercera teoría es ecléctica: admite la teoría del nacimiento, pero también acepta la posibilidad de retrotraerse, de ir hacia atrás y considera que si nace con vida se lo pudo considerar, para sus propias ventajas, nacido antes, a partir de la concepción.

D) Hay una cuarta teoría e incluso una quinta teoría, que no voy a mencionar porque es de un solo autor.

La cuarta teoría es la de la viabilidad. Ni siquiera con el nacimiento se es persona: es necesaria la *vita habilis*. Para todo este conjunto jurídico no se es persona si, a su vez, no hay posibilidad de subsistir, de mantener la vida. El encadenamiento de las ideas científicas, antropológicas y teológicas, me lleva a pensar que estas soluciones no son más que consecuencias de aquellos pensamientos no bien informados y, si me apuran, yo diría de aquellas ignorancias científicas.

Veamos las legislaciones actuales: el Novísimo Código de Italia de 1942: se es persona después del nacimiento; lo mismo dice el Código de Alemania de 1900; también el Código suizo e igualmente el Código de Chile, muy anterior por cierto; el Código mexicano de 1932, que si bien tiene algunas normas confusas, termina exigiendo la viabilidad, la necesidad de sobrevivir durante 24 horas; el Código de España; el Código Napoleón no tiene definición, pero algunas soluciones prácticas han hecho que los autores sigan también la teoría de que sólo se es persona a partir del nacimiento.

Y los autores que permanentemente nosotros consultamos en nuestras investigaciones jurídicas más importantes: Messineo, Trabucchi, Barbero, Castán Tobeñas, Albaladejo, Ripert, Boulanger, Mazzeau, Lacruz Berdejo, siguen sus legislaciones y sostienen que se es persona a partir del nacimiento.

Yo no voy a repetir aquí todo lo que se ha dicho en apuntes, manuales y tratados sobre la legislación de Vélez y sobre el criterio Freitas - Vélez. En alguna oportunidad recorrí el tema allá por los años '60 en *El Derecho*, tomo XV, por lo que no voy a insistir al respecto. Nuestro sistema legal está muy aislado: se es persona a partir de la concepción en el seno materno, lo cual, de entrada, quiero señalar parecería que está indicando, una vez producida

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la anidación.

El Código Civil de Perú de 1984, que modifica el de 1936, por un influjo fundamental de nuestro querido amigo el jurista Carlos Fernández Sessarego, también establece el principio de la persona en la concepción. Pero no debemos olvidar que a pesar de esta línea novísima, a contrapelo de toda aquella teoría jurídica y de toda aquella legislación jurídica casi unánime, existía un artículo como el 74 de nuestro Código Civil, que establece que si nace muerta es como si no hubiera existido. Y esto hace a la crítica de nuestro viejo maestro Alfredo Orgaz, cuando dice que no es lo mismo vida que persona humana. Y, acá, el Código ha debido caer en una ficción.

Yo he combatido esa idea de Orgaz y me mantengo, no me desdigo. Pero así como la ciencia provocó la necesidad de que veamos otros caminos, de que amasemos otros principios del comienzo de la persona; así como se ha llegado a decir que el alma intelectual venía a los últimos estadios - y esto fue una verdad casi diría sostenida durante mucho tiempo, ahora tenemos lo que yo llamo una revolución copernicana, galileana, del nuevo análisis, aquel que ha hecho el doctor Yungano, de lo que es la fecundación, de lo que es la anidación, de lo que es la evolución del embrión, de lo que significa todo esto. Y, entonces, pienso que de la misma manera que se dijo e pur si muove, ya no somos el centro del universo, somos una cosita que está dando vueltas alrededor del Sol, tenemos que decir: aquí hay algo nuevo, ya no es la concepción oculta, misteriosa en el seno materno, que no se sabía cuándo se producía, que no se sabía cómo se producía, que no se sabía cómo evolucionaba; ya es la concepción puesta en el cristal, hasta intencionalmente buscada. Antes era un azar, ahora es la intención, que también tiene matices de azar, no lo voy a negar, porque los óvulos o los espermatozoides que se están manejando pueden no servir, pueden perderse como recién dijo el doctor Yungano, pero, por de pronto, hay un análisis científico al respecto.

Entonces, ¿vamos a sostener la misma idea del comienzo de la persona? Yo sostengo y retengo mis principios que dije en aquella oportunidad, pero ante la nueva perspectiva debo reconocer que aquí hay un interrogante muy serio, mayúsculo.

El sacerdote Basso, que escribió una maravillosa obra que se llama Nacer y morir con dignidad, dijo: "Hasta que los científicos descubrieron los gametos y el mecanismo biológico hubo múltiples teorías ajenas a la realidad. Los teólogos y los filósofos debieran cambiar."

¿Cuál es la fecha clave del cambio? El aislamiento de un gen. ¿Cuál es la fecha prodigiosa de una humanidad que no se sabe adónde va a llegar? El experimento de Khorama, la fabricación de un gen.

No soy todavía completamente partidario, ni me animo a inclinarme hacia lo que se llama la sociobiología de Williams, aquella que dice que nuestra propia evolución genética es sociobiológica y, por lo tanto, nuestra moral cambia según la herencia de los genes. Es decir, no existe más que una moral que se va desarrollando a través del desarrollo genético que va produciendo la humanidad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

No me siento capacitado ni para apoyar ni para desaprobado esta teoría, pero sí creo que los propios teólogos están mirando la cosa desde un punto de vista muy distinto del que tenían con la anidación cuando el feto ya estaba formado.

Entonces, la pregunta es: ¿Queda siempre en pie el régimen actual del Código Civil frente a la fecundación in vitro, frente a la inseminación artificial? La pregunta es: ¿Es lo mismo todo lo que se ve ahora con lo que se decía antes en función de lo que se sabía o, mejor dicho, de lo que no se sabía?

La teoría del preembrión, que también mencionó el doctor Yungano, señala que hasta los catorce días esas células no han logrado su anidación. No voy a repetir la explicación porque se trata de un descubrimiento maravilloso, pero es también una realidad con la que hay que contar. Mientras no haya anidación, no hay estabilidad en esas ocho células que se han formado después de la fecundación.

La anidación se produce a través de una serie de enzimas - ni me animo a mencionarlas porque puedo cometer un horror de terminología científica - y unas diminutas prolongaciones tentaculares que se han dado en llamar los villi, que se insertan en el útero, como destacó el doctor Yungano. En ese momento ya no es solamente un conjunto de células que sí tienen todo el programa genético del nuevo ser. Esto es verdad, no lo vamos a negar, pero al mismo tiempo de tener todo el panorama genético del nuevo ser, existen varias posibilidades de una división nueva y en vez de ser 1, ser 2 o 3, o bien perderse.

Una vez producida la anidación, que los científicos con algunas dudas ahora colocan en los catorce días después de la fecundación, se produce entre los quince y veinticinco días lo que se llama la actividad contráctil. Este pequeño ser empieza a latir, y aquí aparece el primer elemento cardíaco. A los treinta días se empieza a reconocer la cabeza y, lo que es muy importante, el cerebro, y a los tres meses aparece la corteza cerebral.

Ya estaba el código genético, único e irreplicable, ¿pero estaba el individuo, estaba la persona? ¿Se puede sostener que antes de la anidación había una individualidad absoluta e indiferenciada?

Frente a los sistemas jurídicos que hemos explicado, vigentes en la actualidad, que van mucho más allá, pues requieren el nacimiento, ¿no sería del caso preguntarse ahora si no hay un sistema intermedio?

Los juristas que he nombrado sostienen acérrimamente que no se es persona antes de nacer, y nosotros aquí, seguidores de Borda, de Llambías, de Arauz Castex, con el criterio acérrimo de que se es persona después de la concepción, nos preguntamos si la concepción es la mera fecundación o es la concepción cierta de un individuo, por lo menos con su anidación, con la seguridad de su proyección futura, porque hasta entonces no es más que una potencialidad, está caminando, está flotando como dijo el doctor Yungano, pero no tiene todavía radicación individual. Es lo que se llama la etapa del preembrión.

Por eso leyes como la española del '87 que mencionó el doctor Yungano, permiten a esta especie de ser, que todavía no ha llegado a ser, sino que es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una potencialidad de ser, que se les dé ciertos tratamientos que no dejan de ser importantes.

Científicos católicos como Fuchs, Sporgen y Curran, por ejemplo, distinguen tres etapas: primera, gametos, fecundación, cigoto; segunda etapa, cigoto, mórula, blastocito; tercera etapa, anidación, feto, vida individual, personal.

Antes de producirse la anidación, antes de la etapa de los catorce días - yo no estoy de acuerdo con la teoría del nacimiento, insisto en la teoría de la concepción, pero de la concepción de persona, no de la mera fecundación -, a estas células se les reconoce la información genética, pero aún no se les reconoce el ácido (desoxirribonucleico, según la información que me ha dado algún libro científico, particularmente el de Basso. El ADN es aquel que precisamente produce el efecto hereditario, la transmisión hereditaria.

¿Por qué nos ponemos en la idea de decir que hay que trabajar conceptualmente un tertium quid? Porque la ciencia de golpe nos presenta un panorama que nunca había sido analizado. Los que estábamos por la teoría de la concepción, no sabíamos lo que era exactamente la concepción; los que estaban por la teoría del nacimiento, suponían que existían etapas que había que soslayar. ¿Por qué ahora un tertium quid? Porque la humanidad va hacia adelante, porque es indudable que a través de los análisis de estos seres todavía no individualizados es posible, por ejemplo, curar una serie de enfermedades, como las que mencionó el doctor Yungano. Algún amigo que estudió el tema en profundidad me dijo que hay tres mil enfermedades genéticas que con el tiempo, a través de los análisis del preembrión sin tocar el anidado, es posible curar, amén de otros progresos muy cuestionables, que yo no los cuestiono, como por ejemplo mejorar la inteligencia de un ser. Me parece que si natural es lo de la naturaleza, la naturaleza en el hombre es racional y científica, y me parece natural que quiera mejorarse. Pero éste es un tema filosófico sobre el cual yo no deseo en este momento plantear cuestiones, y si me hacen interrogaciones, no las voy a contestar. Tengo una convicción, pero no deseo ser una especie de elemento chocante.

Se me ocurre pensar en otro elemento para este tertium quid.

Hoy en día no se discute el doctor Yungano me va a acompañar en el ciento por ciento - que la muerte está centrada en el cerebro.

Anteayer he dado una charla en el Colegio Público de Abogados sobre trasplante y dije, y lo repito aquí, que todas las legislaciones de trasplante hoy sostienen que la muerte no es un instante sino un proceso y que por lo tanto puede estar golpeando el corazón, pero si el cerebro ha muerto, si hay una muerte encefálica esto lo leí en un trabajo que el doctor Yungano ha elaborado junto con el doctor Rosenberg - , ya no puede hablarse de persona, sino de cadáver. Entonces, hago la trasposición: si esto es así, si en el preembrión no hay cerebro, no hay estructura nerviosa, no hay anidación, ¿puede hablarse de persona? Quizás este argumento en alguna medida pueda refutarse diciendo que son cuestiones diferentes. Por supuesto que son cuestiones diferentes. Yo traigo todas las aguas para mi molino y aquí encuentro una más: se me ha ocurrido pensar que si alguien

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se ha muerto cuando el cerebro ya no responde, ¿por qué se va a considerar como ser cuando todavía el cerebro no está? ¿Qué es lo que puede programarse si se admite el preembrión como no persona todavía?

Voy a leer un concepto de un genetista venezolano mundialmente famoso, el doctor Pimentel, que dio una maravillosa clase sobre responsabilidad médica y a la que asistimos el doctor Yungano y quien les habla.

Dijo así, el doctor Pimentel: "Los avances impresionantes logrados en los últimos años en la ingeniería genética utilizando la tecnología del ADN recombinante, abre horizontes completamente nuevos para la medicina y las demás ramas de la biología. En el campo de las ciencias médicas ya se han obtenido con estos procedimientos resultados positivos para el diseño de nuevos métodos que están siendo utilizados para el diagnóstico, el tratamiento y la prevención de numerosas enfermedades de diversa índole. Se comienzan también a obtener resultados prácticos notables en la cría de animales y en la agricultura. Los beneficios más importantes que se hacen aparentes en el momento con la aplicación de la ingeniería genética son los siguientes: producción de alimentos más abundantes y baratos, manufactura de vacunas y medicamentos diversos, avances en el conocimiento de factores genéticos relacionados con procesos normales y patológicos y creación de nuevos métodos para el diagnóstico, la prevención y el tratamiento de enfermedades."

Si sostenemos que se es persona desde la fecundación, no podemos admitir estos estudios porque sería matar la persona. Veamos lo que está ocurriendo con el aborto.

Penalistas y civilistas han sostenido con justa razón que no hay aborto fuera del seno materno. Por lo tanto, no puede ser un acto abortivo matar un óvulo fecundado in vitro porque tiene que haber un embarazo, una gravidez, lo que yo sostengo: una implantación y una anidación.

En todos los tipos penales de las legislaciones del mundo el delito de aborto requiere el embarazo. ¿Qué ocurre, entonces, si buscamos la figura penal, por ejemplo en el desecho de algún óvulo fecundado, con estos tratamientos, porque es descartable en función de su malformación genética? Si está sólo fecundado - no anidado - y es un mogólico sería tan aborto como si fuera sano y tan delito como si fuera sano. Pero no hay aborto del no anidado.

En la etapa del preembrión no lo hay, ¿sería homicidio? ¿Se podría aceptar un homicidio antes de la implantación cuando se dice que el homicidio requiere precisamente el nacimiento como persona? Si ni siquiera ha empezado a ser persona, en mi criterio, o en todo caso es persona para los que así dicen en virtud de un criterio moral pero de ninguna manera jurídico, ¿se puede cometer un homicidio con estas células porque tienen el código genético, la información genética completa? También un pelo mío tiene la información genética completa.

Les dejo estos interrogantes, que seguramente han de producir más de una polémica.

Por ahora son de mi convencimiento: a lo mejor el doctor Yungano o alguno de ustedes me convencen de otra cosa.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Es la oportunidad para que los señores profesores que nos acompañan planteen los interrogantes que han anidado en ellos, con motivo de las reflexiones expuestas por los profesores disertantes.

Vamos a escuchar al doctor Videla Escalada, y lo destaco muy especialmente porque, como ustedes seguramente saben, aparte de ser presidente de la Academia de Derecho es profesor titular emérito y asiste reiteradamente a estas mesas redondas.

El doctor Videla Escalada es un ejemplo por su generosa consagración al Derecho, que pongo de relieve, porque cuando declina el entusiasmo y uno se mira en personas que tienen algunos años más, y los ve tan vigentes, se robustecen las motivaciones que el Derecho es capaz de despertar.

DOCTOR VIDELA ESCALADA.

Agradezco los conceptos vertidos por el doctor Alterini, sin discutir si son ciertos o no. No creo que lo sean, pero no cuestiono su buena voluntad.

Felicito a ambos expositores porque nos han interesado profundamente en este tan atractivo tema y nos han enseñado mucho.

Una vez más quiero hacer notar la sabiduría de Vélez Sársfield y, en este momento, también la de otro gran jurista sudamericano que fue fuente de nuestro Código Civil, Freitas, porque de la exposición del doctor Cifuentes surge claramente que la casi unanimidad de las soluciones jurídicas de esa época postulaban que la persona empieza con el nacimiento. Hoy esta totalmente demostrado que no es así.

Nuestro Vélez, que se inspiró en el Esboço y tomó partido favorable a la teoría de la concepción, criticó, al igual que Freitas, a esa fuente que querían tanto, a Savigny porque éste pensaba que hablar de concepción era una ficción. Freitas se lo rebate.

También me parece interesante señalar que ambos autores llegan a esta conclusión partiendo de elementos jurídicos.

Sin que podamos decir que el derecho romano consagró el nacimiento como comienzo de la persona, en general se puede expresar que en la solución romana se admitía la teoría del nacimiento. ¿Y qué ocurría? Que si la persona nacía y ahí empezaba su existencia, lo que había sucedido con anterioridad no tenía que ser tomado en cuenta. Sin embargo, se creó la figura del curador al vientre para proteger los derechos del gestado, de quien estaba dentro del vientre materno y también, desde entonces se penalizó el aborto.

Salteando etapas - yo no integro el panel y sólo soy alguien que viene de afuera para escuchar - , en el Código Civil francés se mantuvo la posición romana y a través de los comentaristas - teoría exegética - , se siguió la misma línea. Pero, ¿qué sucedía? Que también la solución era incoherente,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y tanto lo era, que hubo que admitir que a eso de que se decía que todavía no había comenzado a existir, se lo protegía para que pudiera recibir donaciones, para que pudiera recibir bienes por testamento y en el ámbito penal se mantuvo la penalización del aborto.

El gran argumento de Freitas - si tienen alguna oportunidad lean el artículo 221 del Esboço de la autoría de este jurista - es el de preguntar el porqué de toda esta protección de derechos si no había persona. La persona es el ente, como dice Vélez Sársfield, susceptible de adquirir derechos. En lo de contraer obligaciones, no me parece tan claro, pero lo de adquirir derechos sí es fundamental. Y con esa línea se va a la teoría de la concepción como inicio de la vida.

De lo que yo entiendo de ciencia, que es muy poco, creo que de las dudas admirables que impulsan la investigación del doctor Cifuentes y de la explicación científica que nos ha dado el doctor Yungano, podemos entender que la rapidez de la fecundación implica ya la concepción instantánea o que hay que esperar algo más. Por ahora, entiendo que el comienzo de la vida se produce en la concepción y pienso en que si el ser concebido no es persona, hay que analizar la posición que algunos sostienen al decir que la mujer tiene que decidir si continúa o no el embarazo, etcétera. Sin embargo, el doctor Yungano mencionó algo que todos creemos que existe pero que yo no me animo a calificar de contrato: la convención por la cual se inserta un embrión en alguien que no es su madre y vive, tanto vive que sabemos de casos judiciales en los que algunas mujeres que fueron madres portadoras durante nueve meses, reclamaron la maternidad. Adviértase que allí no cabe sostener que es parte de la madre si hablamos de la maternidad genética, y también que demuestra una aptitud innegable para vivir por sí mismo. Creo que en definitiva eso refleja la teoría de la concepción. Si la ciencia llega a avanzar algo más de lo que ha avanzado hasta ahora, puede ser que haya alguna pequeña modificación, que no creo que pueda ser grande.

Creo que a nosotros, que miramos nuestro derecho, que vemos cuánto progresó con relación a lo que había en la época en que esos dos grandes juristas, Vélez Sársfield y Freitas, dieron sus opiniones, nos satisface sentir que podemos ponderar algo nuestro en un momento en que se abren tantas críticas.

- Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - ¿Alguno de ustedes quiere exteriorizar sus inquietudes...?

PARTICIPANTE - Yo quisiera formular una pregunta al doctor Yungano cuando se refirió al proceso de la fecundación in vitro. Al explicar que había varios óvulos mencionó la palabra "aborto"...

DOCTOR YUNGANO. - Ya sé adónde va su pregunta. Cuando mencioné la palabra "aborto" me referí a que, efectuada la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

transferencia de cuatro, cinco o seis embriones, implantados en la cavidad uterina, la mayoría de ellos abortan. Ahí la palabra está técnicamente bien usada.

El derecho penal es muy típico; no podemos hablar de aborto cuando en el laboratorio se destruye un embrión. Evidentemente, la figura a aplicar no es la de aborto, lo cual no exime de reproche moral, la destrucción de ese embrión. que es una persona por nacer. Tal vez llegue el día en que eso se legisle de otro modo.

Con el permiso del Director del Departamento quisiera comentar dos o tres aspectos de este tema.

En primer lugar. no con la elocuencia del doctor Videla Escalada, en un trabajo mío sobre derecho civil, he elogiado, también muy devotamente, la postura de Vélez respecto al tema de la concepción. Sostengo que nuestro Codificador, siguiendo a Freitas, adopta mejor que éste el criterio biológico - jurídico. Vélez ha recogido la realidad biológica, ha presentido, sin conocimiento científico, algo que está ahí y debe ser tutelado. Tengo para mí que ese criterio biológico - jurídico de Vélez sigue teniendo vigencia. Lo que si habría que adaptar el artículo 70 del Código Civil en el sentido de que la vida comienza en el seno materno o fuera de él.

Con respecto al tema aparentemente encontrado entre la concepción y la anidación, quiero señalar que el huevo que se anida a la semana o a los catorce días o en el momento oportuno, tiene una sola capa, la del endodermo, no tiene ni el mesodermo ni el ectodermo, que es el que va a dar el sistema nervioso.

En cuanto a la comparación así, antagónica, de que la falta de función cerebral es suficiente para declarar la muerte, es riesgosa. En primer lugar, yo no digo en mi trabajo, como sostiene el doctor Cifuentes, que la muerte del cerebro implica cadáver. Yo no me expreso en esa forma, porque con ese criterio a una persona que no le funciona el cerebro pero le late el corazón habría que enterrarla...

El proceso de maduración cerebral comienza a los siete años, y esto lo sabían los antiguos, los medievales a los que también se refirió el doctor Cifuentes. La mielinización de las envolturas cerebrales se da a los siete años, de modo que yo no puedo, con el criterio aquí expuesto, si el chico no tiene el cerebro desarrollado, matarlo antes, ni tampoco destruir una hoja por el solo hecho de no tener aún el ectodermo que va a formar el cerebro.

Y ahora voy a hacer una reflexión personal, no sé si aventurada, producto de lo que he tenido oportunidad de ver en los laboratorios de fecundación, uno en París y otro en Barcelona.

Creo que este tipo de legislación como la española y la del algún otro país están introduciendo de manera tímidamente vergonzante la justificación del aborto. La ley española lo permite porque dice que si ese embrión no está bien, el laboratorio puede desaconsejar su implantación. A mi juicio, es una forma vergonzante; no quiero emplear otro calificativo, no quiero decir maliciosa, solapada, no tengo derecho a eso, pero sí de hacer entrar el aborto. Porque esto me va a resultar como el sofisma griego: ¿Cuántos pelos tiene la cabellera completa? Un millón. Entonces, ¿con 999.999 pelos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se es calvo? No, con menos tampoco, y al final el sofista sostenía que con un solo pelo no se era calvo ... (Risas). Con este criterio, si a los catorce días yo podría desechar el embrión ¿por qué no a los quince o a los dieciséis o a los seis meses?

Yo respeto la opinión del doctor Cifuentes, pero he manejado esto y he hecho cursos de genética el año pasado. Y la posición a nivel científico hasta este momento por lo menos, es que al producirse la confusión de membranas más la confusión de los dos pronúcleos, el femenino y el masculino, se da el nuevo ser que tiene, como decía Montaigne las orejas del abuelo, los ojos del padre y la boca de la madre.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Ahora escuchamos al doctor Cifuentes.

DOCTOR CIFUENTES. - Ante todo le pido disculpas al doctor Yungano si lo malinterpreté cuando leí el trabajo que hizo con el doctor Rosenberg.

En lo que creo que no voy a equivocarme es en que para él la muerte clínica que se puede constatar es la que señalan los médicos después de haber hecho un electroencefalograma lineal, chato, plano, como quiera llamárselo y una serie de pruebas reveladoras del cadáver ya, no obstante que pueda haber alguna célula con vida.

DOCTOR YUNGANO. - Creo, doctor, que la confusión parte de lo que paso a señalar.

En primer lugar, estoy seguro de no usar la palabra "cadáver".

Si hay muerte cerebral, habrá que diagnosticarla, de acuerdo con nuestra ley de trasplante, con una junta médica integrada por un clínico, un cardiólogo y un neurólogo, y habrá que realizar más de media docena de pruebas, entre ellas un electroencefalograma en profundidad, que aquí no se practica, en el que hay que perforar el cráneo porque puede haber zonas en actividad profundas en el cerebro que no registre un electroencefalograma superficial.

Además, la muerte cerebral es a los efectos de poder determinar un trasplante, porque si a alguien que está muerto cerebralmente le quitan la asistencia artificial, podría tratarse de un homicidio. En cambio, si la familia de quien ha sufrido la muerte cerebral decide por razones de conveniencia, por ejemplo, suprimirle la asistencia artificial, la figura no constituye delito.

Creo que ahí reside la diferencia, porque a quien ha sufrido muerte cerebral, hay que asistirlo con lo que humanamente se pueda y no dejarlo en la inasistencia. En cambio, si la familia decidiera hacerle cesar la asistencia artificial - el pulmón, la asistencia cardíaca, etcétera - se le sacará el corazón, si hay donación por medio, porque si deja de latir no sirve más. En este sentido, los franceses son los campeones de la transparencia: un corazón que cesa en su actividad más de dos minutos, no sirve más. Es prácticamente imposible en dos minutos abrir el pecho, cortar las costillas, abrirlas, sacar la masa de órganos y separar el corazón. Cuando se traslada de un lugar a otro un corazón, se lo lleva envuelto, asistido,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

protegido y alimentado.

Esto es lo que he querido decir. La muerte cerebral puede significar que, si hay donación, se le sacarán los órganos esenciales, y si no hay donación, habrá que asistirlo hasta que se produzca la muerte, sin exagerar tampoco en una atención desmedida que haría incurrir al médico en una actitud de imprudencia.

DOCTOR CIFUENTES. - Gracias por la aclaración, doctor. De todos modos pienso que hoy es ya un criterio casi unánime que la completa cesación encefálica produce la muerte.

DOCTOR YUNGANO. - Si le sacan los aparatos, podrá durar segundos o minutos, salvo que haya habido error de diagnóstico y no se tratara, como en el caso de aquella joven norteamericana de muerte cerebral.

DOCTOR CIFUENTES. - Ha habido más de un error de diagnóstico, pero casi todas las legislaciones sobre trasplantes en el mundo están en lo que acabo de señalar; de lo contrario, todos los trasplantistas estarían cometiendo homicidios permanentemente.

El tema de los 7 años es muy interesante, y muy curiosa la figura que hizo el doctor Yungano, pero yo no me estaba refiriendo al uso de razón sino a la formación neuronal, comparándola con la cesación neuronal.

En cuanto al tema de la inmoralidad, quiero señalar algo muy importante. ¿Cómo se sabe todo esto que nos explicó el doctor Yungano? ¿Cómo se ha logrado analizar este proceso genético, biogenético de la procreación? Todos esos científicos con ese criterio deberían estar presos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Les agradezco a los profesores que nos hayan ilustrado en este tema.. Muchas gracias a todos.

- Aplausos.

Tema: DAÑO A LA PERSONA

Relatores: PROFESORES DOCTORES ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, MARCELO U. SALERNO Y ATILIO A. ALTERINI

Fecha: 28 DE AGOSTO DE 1991

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Antes de iniciar formalmente la reunión de esta noche rendiremos homenaje a la memoria de uno de los maestros del derecho argentino, recientemente fallecido, el doctor Enrique Díaz de Guijarro.

Sería ingenuo describir sus fecundos aportes al Derecho, porque son conocidos por todos. Bastaría significar que ha sido profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, autor de una producción jurídica del más alto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nivel, formador, con el entusiasmo que traducía en las aulas, de muchas generaciones de alumnos. Quienes lo sucedieron en la cátedra siguen viendo en él a un orientador permanente. Incluso, durante un largo período se desempeñó como Director del recordado Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de Buenos Aires.

Si la Facultad no honrara a quienes entregaron su vida por ella, se empañaría el espíritu de la comunidad universitaria.

Con profunda emoción pido que guardemos unos segundos de silencio en homenaje a don Enrique Díaz de Guijarro. Yo me pongo de pie.

- Así lo hacen todos los asistentes al acto.

Siempre dentro del ciclo "Tutela de la persona", hoy vamos a afrontar otro aspecto bajo el acápite "Daño a la persona".

Por razones de salud, que nos constan, ha excusado su asistencia el profesor Antonio Bueres. Están presentes los profesores Marcelo Salerno y Roberto López Cabana, y en el curso de la reunión se integrará al panel el doctor Atilio Alterini.

Los oradores acordaron que en primer término exponga el doctor López Cabana sobre el tránsito conceptual desde el llamado daño patrimonial al llamado daño a la persona. Luego, el doctor Salerno se va a ocupar del daño a la persona por nacer, y la tercera exposición estará a cargo del doctor Alterini.

Concedo la palabra al doctor López Cabana.

DOCTOR LÓPEZ CABANA.

Comparto el delicado homenaje que el Director del Departamento ha tributado a la memoria del doctor Enrique Díaz de Guijarro, quien hasta hace muy poco tiempo honró con su presencia distintos simposios. Inclusive he tenido el gusto de compartir con él una actividad a fines del año pasado en el Congreso de la Nación, en la cual se abordó un tema de tanta actualidad como el SIDA, y allí demostró una vez más su permanente actualización, con sus 88 jóvenes años.

De acuerdo con lo que anticipó el doctor Alterini, vamos a tratar el tránsito desde el daño al patrimonio hasta el daño a la persona, y a ese efecto habremos de comenzar por el Derecho romano, para llegar a la prospectiva del tercer milenio, tarea no fácil de realizar.

Voy a dejar de lado el suspenso para anticiparles que este tránsito ha sido muy arduo, y que ha sido analizado, juntamente con el profesor Isidoro H. Goldenberg, en un reciente trabajo que publicamos sobre el tema. No vacilo en subrayar que el daño a la persona asume características y perfiles propios respecto de un daño que si bien es personal, si se lo analiza objetivamente, también concierne al patrimonio, que constituye una de las manifestaciones de la persona, pero no la única posible.

Considero que poner el acento en la persona, y no en el patrimonio, nos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

humaniza y nos lleva a un Derecho mejor. Esta es, en alguna medida, la propuesta general. Como prometí, comenzaremos por el Derecho romano. Scaevola advertía que non ante iuris ratio quam persona quaerenda est. En efecto, la persona está antes que la razón de cualquier Derecho, y por ello Hermogeniano predicaba que "todo el Derecho ha sido constituido por causa de los hombres" y, consecuentemente, "poca cosa es conocer el Derecho si se desconocen las personas por cuya causa se ha constituido".

Esta idea estaba implícita en la noción concreta de homines, que se basa en la más abstracta de humanitas, cuyo cuño humanístico y antigüedad fue expuesta por el profesor de Derecho romano, que nos visitó recientemente, Pierangelo Catalano, en su obra sobre Derecho y personas.

Para los antiguos juristas romanos las nociones de homo y de persona evidenciaban distintos aspectos de una misma realidad concreta: el hombre, aunque persona, indicaba más bien una personalidad colectiva, una colectividad de hombres: la persona civitatis, la persona coloniae; noción ésta que después dio origen a las ideas de persona jurídica, de personalidad jurídica.

Pero sólo a partir del siglo V se opera la divergencia entre estas nociones con referencia a los servi, en el sentido de que no podían incluirse dentro del concepto jurídico de persona.

Obviamente, los esclavos no eran personas libres, e incluso estas últimas podían ser o no ciudadanos, puesto que regía el triple status de familia, libertad y ciudadanía. El Derecho Civil era el Derecho nacional del ciudadano romano y el ius gentium, el de los extranjeros.

Cabe acotar que estos encasillamientos históricos no se pueden definir con total certeza y precisión, razón por la cual no se puede determinar con exactitud la terminación de una época y el comienzo de otra.

Producida la caída del Imperio Romano, el feudalismo echa sus raíces. Mientras en el mundo romano el hombre era dueño de la tierra, en la época feudal se dio un vuelco dramático: la tierra se adueñó del hombre. Cuando los señores feudales vendían las tierras, los siervos eran un mero accesorio, asimilado - no siempre con ventaja - al buey o al arado, que comprendían la propiedad.

La Revolución Francesa deviene al derrumbarse el edificio feudal y cobra decisiva importancia el papel de los enciclopedistas y economistas en una etapa histórica en la que prevalecían el absolutismo, la intolerancia y las restricciones a la libertad individual.

A la Revolución Francesa, que impuso el ideal de una libertad económica a ultranza que, paradójicamente, posibilitó el trabajo nocturno de mujeres, incluso embarazadas, y de niños en jornadas sin límite temporal, siguió la revolución industrial que, según Gentile, señala el pasaje de una economía estática a una economía dinámica y, sobre todo, a una intensificación de las ocasiones de daño a la persona en la sociedad industrial que acentuaron la frecuencia y gravedad de los potenciales perjuicios.

La reacción a los desbordes de una mal entendida libertad económica ha justificado la aparición del Derecho Laboral, cuya normativa vino a conmover la estructura clásica de la responsabilidad civil.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La revolución industrial terminó por sobredimensionar el rol de la riqueza. El privilegio de la fortuna reemplazó, de este modo, al que otrora se fundaba en el nacimiento.

Para satisfacer las necesidades de la naciente y enervada industria se prescindió de la integralidad del hombre. Atilio Alterini recuerda en su trabajo sobre "Demasificación de las relaciones obligacionales en la era postindustrial", que en el armado del Ford T podían intervenir hombres sin extremidades o aun ciegos y que para Henry Ford el trabajo especializado no requería una persona completa, sino sólo una parte de ella.

José Luis Romero ha puntualizado las profundas transformaciones socioeconómicas que se producen en el seno de las sociedades europeas con el advenimiento de la revolución industrial al expresar que "la burguesía quería materias primas y las consiguió en cantidades fabulosas. Pero para que se transformaran en riqueza era menester elaborarlas y comercializarlas, para lo cual necesitó brazos; pero brazos nada más: ni cabeza ni, menos todavía, conciencias. Brazos solamente. Porque, siguiendo una tradición clásica, suponía que los brazos producían más si obedecían a una cabeza ajena". "Un hombre - concluye - puede ser nada más que brazos para su capataz, pero esa circunstancia no impide que él mismo considere que es nada menos que todo un hombre, y esta creencia podrá verse confirmada cuando del trabajo regrese a su casa - o a su tugurio, mejor dicho - , y se encuentre allí con su mujer y con sus numerosos hijos, para los cuales marido y padre es un hombre completo, con brazos para trabajar, pero también con una cabeza a través de la cual suelen comprender el universo."

Estaba en jaque la integralidad del hombre. No interesaba el hombre completo: cualquier parte de él que fuera aprovechable en el proceso de industrialización, servía igualmente. Este hecho es muy de tenerse en cuenta cuando entramos en nuestro análisis del Código Napoleón.

El art. 544 del Código Civil francés asignaba al derecho de propiedad una potestad de goce y disposición "de la manera más absoluta", y nuestro Codificador adoptó un criterio similar al redactar el art. 2513 - actualmente derogado por la ley 17711, que exige un ejercicio regular - , sin concebir restricciones preventivas, como lo anuncia al final de la nota puesta al pie de este artículo.

Vélez Sársfield sigue una concepción patrimonialista, que se evidencia cuando anota el art. 2312 y considera el patrimonio de una persona como "la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos".

Para las legislaciones que, como la nuestra, recibieron la herencia romanista a través del Código Napoleón, el patrimonio es concebido como un todo jurídico, un *universum ius*.

Se trata, en suma, de una construcción que proyecta en abstracto los atributos del sujeto al conjunto de los bienes del que es o puede devenir titular. Nada más ilustrativo que la exposición de Aubry y Rau: "Siendo el patrimonio de naturaleza puramente intelectual, los elementos de los cuales se compone deben revestir el mismo carácter." Y otra consecuencia de este

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

concepto del patrimonio radica en que tal universalidad jurídica no es un objeto exterior sino una pura abstracción (le patrimoine n'est pas un objet extérieur, mais une pure abstraction).

Tal tesitura, de acentuado tinte subjetivista, prescinde del contenido del patrimonio, es decir, de los elementos concretos que lo integran como medios instrumentales de creación y circulación de riqueza en el circuito económico de la comunidad. Por eso, algunos autores la tildaron de teórica, estática y hasta de divorciada de las necesidades efectivas de la praxis negocial. Así lo sostiene Goldenberg en un reciente artículo publicado en Jurisprudencia Argentina que tituló: "Enfoque actual del patrimonio desde una perspectiva económico - jurídica". Estas cuestiones también fueron analizadas con mucho provecho por Bustamante Alsina en "El carácter absoluto del dominio. El pensamiento de Vélez Sársfield y la reforma de 1968", en la revista de esta facultad, Lecciones y Ensayos, y por Zavala Rodríguez, en "El derecho de propiedad: los criterios de Vélez".

Sin embargo, debe reconocerse que, pese al emplazamiento en el libro destinado a los derechos reales, al comenzar la nota al citado art. 2312 Vélez incluye los "derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad el honor, el cuerpo de las personas" entre "los más importantes".

Tampoco ha descuidado Vélez una orientación social, como se advierte en la parte final de la nota al artículo 2508, cuando da mayor gravitación al "interés general y colectivo, sobre el interés individual"; al poner de manifiesto la prevalencia de los "intereses generales" en la nota al tercer inciso del art. 2340; o al enfatizar, en el art. 1047, el deber del magistrado de declarar la nulidad absoluta, que puede pedirse "en el interés de la moral o de la ley".

Esta concepción personalista, a la que se va llegando con muchos tropiezos, fue demostrada, entre otros, por Laquis, al señalar la importancia y extensión que las constituciones contemporáneas asignan al derecho de propiedad y muy en particular el art. 17 de nuestra Constitución Nacional, en lo que concierne a la inviolabilidad de la propiedad, con "los alcances absolutos que encierra".

Esta concepción está más interesada por el patrimonio que por la persona. Como reacción al predominio patrimonialista, las constituciones y códigos modernos se han manifestado proclives a acentuar la importancia de la persona.

En algunos países americanos existen directivas precisas como las del art. 23 del Código Civil boliviano de 1976: "Los derechos de la personalidad son inviolables", o las del art. 19 del Código Civil de Quebec, Canadá, que subraya que "la persona humana es inviolable". El Código peruano de 1984 sigue la visión personalista que recoge el art. 1º de la Constitución peruana de 1979, al considerar a la persona humana como el bien supremo del derecho, de la sociedad y del Estado.

El doctor Carlos Fernández Sessarego, distinguido jurista peruano que nos visitara próximamente, ha comentado con mucho énfasis ese precepto constitucional que, según su óptica, orienta el derecho privado de su país.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En Alemania, la enmienda constitucional sancionada el 19 de marzo de 1956 proclama en su art. 1° que "la dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección".

El Código Civil portugués de 1967 en su art. 70, inc. 1°, sanciona "la protección de los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa a su personalidad física o moral".

Las convenciones internacionales han seguido idéntica dirección: art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948; art. 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, también de 1948; art. 8° de la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos y Libertades del Hombre, de 1950; art. 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que nuestro país ha ratificado por ley.

Prospectivamente, el cambio revolucionario - como lo ha señalado Francesco Busnelli en su obra sobre "Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona" - , que ha significado transitar desde la inviolabilidad del patrimonio hacia la inviolabilidad de la persona, se verá reflejado cada vez más aceleradamente, con la vista puesta en el tercer milenio, en la primacía que es dable asignar al "daño a la persona", respecto del "daño al patrimonio".

El enfoque meramente patrimonialista del daño va a encontrarse en trance de ser relegado a una concepción decimonónica, divorciada - según el saber y entender de quien les habla - de las pautas axiológicas que nutren el Derecho de nuestros días.

Esta convicción la hemos compartido con el profesor Goldenberg en el II Congreso Internacional de Derecho de Daños, que se celebró en esta Facultad en junio pasado, cuya Comisión número 1, que presidimos, trató el tema "Daño a la persona" y se pronunció por la primacía a que acabo de referirme.

Este criterio nos señala la dirección correcta en la que debemos avanzar hacia el tercer milenio.

Cedo la palabra al profesor Salerno, quien se referirá al daño a la persona por nacer.

- Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Lo escuchamos, doctor Salerno.

DOCTOR SALERNO.

Agradezco al Director del Departamento que me haya permitido participar de esta mesa redonda, tan agradable, en presencia de ustedes.

También quiero expresar que estoy emocionado por el fallecimiento del doctor Enrique Díaz de Guijarro, de cuya destacada personalidad el doctor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Alterini ha trazado una hermosa semblanza.

Hoy me voy a ocupar de un tema que me llamó la atención hace unos treinta años cuando la Revista Jurídica de Buenos Aires, que es la revista de esta Facultad, publicó la traducción de Alberto Shoo de un artículo de la autoría del profesor norteamericano Ferdinand Stone sobre las lesiones prenatales (1961 - III - 33).

En ese artículo, que es muy breve, se relata la evolución de este tema en la jurisprudencia de Estados Unidos, y a partir de allí advertí que el problema de los daños a la persona se plantea aun antes de su nacimiento, es decir, en una etapa de vida intrauterina, como embrión, como algo que ya goza de vida y que puede ser afectado por algún daño concreto.

El profesor Stone distingue dos etapas en la evolución de la jurisprudencia norteamericana. La primera es anterior a 1924, año en que la Corte Common Pleas con asiento en Filadelfia dicta un fallo que constituye el inicio de un movimiento a favor de resarcir a los damnificados por un daño prenatal.

Con anterioridad a 1924 distintos tribunales norteamericanos, aun en el siglo pasado, se encontraron con demandas que perseguían el resarcimiento de una persona que no iba a nacer con vida a raíz de una lesión, situación que podría ubicarse dentro del concepto de homicidio desde el punto de vista penal, o que nacía con alguna malformación o defecto producto de una lesión sufrida en el vientre materno. En general, los tribunales rechazaban tales demandas basados en distintas consideraciones, algunas de ellas referidas a dificultades en establecer el embarazo de la madre y el período en que ocurría el daño. Prevalecía la idea denegatoria porque también se partía de otro concepto, el de saber qué se entendía por nasciturus, persona por nacer, y si debía o no ser protegida.

A partir de 1924 los tribunales norteamericanos cambiaron de óptica, y ya con alguna anterioridad se habían producido pequeños movimientos legislativos tendientes a proteger la vida embrionaria, y de alguna manera algunos fallos fueron sentando conceptos en favor de la tesis que finalmente llegó a predominar desde ese año. Entre éstos hay que destacar la disidencia del juez Cardoso, de la Corte del Estado de Nueva York, frente a un fallo del tribunal contrario a resarcir este tipo de daño.

Obviamente, el planteo en el common law era muy diferente del que podía realizarse en un país como el nuestro de sistema de derecho continental. Pero para analizar un poco más este tema y dar algunos elementos de juicio que puedan ayudarnos en el razonamiento jurídico, tenemos que partir de la idea de que para nuestro Código Civil la vida comienza desde la concepción en el seno materno. De allí que en nuestro sistema el pensamiento del legislador es muy claro y terminante, y yo sería reiterativo si insistiera al respecto dado que fue analizado en la anterior mesa redonda de este ciclo. Pero sí voy a remarcar que uno de los aspectos que siempre ha sido materia de polémica y que en nuestra legislación está superado es el tema de la viabilidad. En nuestro sistema es suficiente que la persona nazca con vida, sin importar si poco después va a fallecer, porque al nacer

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no estaba en condiciones de seguir viviendo. El tema de la viabilidad, pues, queda descartado. En este aspecto, nuestro sistema ofrece enormes ventajas frente a dos posibilidades concretas relativas al daño que puede sufrir una persona antes de nacer.

La primera de ellas es que se produzca lo que se llama la muerte del feto. En tal circunstancia, no hay ninguna posibilidad de sobrevivida ni que se produzca la condición que exige la ley para que sea considerada persona, en el sentido de persona física con aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Y aquí se plantea otro problema: en esa circunstancia, ¿quién estará legitimado para reclamar un daño? La cuestión, a su vez, la podríamos subdividir en dos aspectos. Sabemos que siempre se puede saber quién es la madre, es determinable con bastante probabilidad de exactitud, salvo en el caso del parto supuesto; en cambio, la paternidad está siempre en una zona de incertidumbre, si bien hoy modernas técnicas biológicas permiten determinar con posibilidades cada vez más concretas quién es el padre.

De todas formas, establecido quién es el padre y quién es la madre y que ella no muera a consecuencia también de la lesión, los legitimados para ejercer la acción resarcitoria serían tanto uno como otro progenitor. Pero a veces la acción resarcitoria podría ejercerla exclusivamente el padre en función de que la muerte del feto se produzca por un aborto provocado por la madre. Obviamente, la acción resarcitoria le corresponde al padre frustrado.

La segunda posibilidad que se abre es muy diferente, porque quien ha sufrido el daño es la persona que va a nacer con vida, va a sobrevivir aunque sea unos instantes, hecho que le permitirá ser considerada por el derecho positivo argentino persona, con todas las características y máxime dada la singularidad que tiene toda persona.

Un caso que se da habitualmente, y que muchas veces da lugar a discutir este tipo de lesiones, es en materia de contratos de transporte, donde se suele argumentar con un sofisma bastante curioso que el transportista desconocía que transportaba a una mujer embarazada.

Esa es una defensa muy poco feliz, porque basta con demostrar que la mujer estaba embarazada, para concluir que también se estaba transportando a quien ella llevaba en su seno materno.

Aquí el damnificado es la persona que ha nacido y que sufrió la lesión en el seno materno, y luego alguien en representación de esta persona intentará pedir el resarcimiento, porque obviamente no se podrá esperar hasta que ella llegue a la mayoría de edad.

Pienso que la acción prescribirá a partir del hecho ilícito y no se podrá alegar que no va a prescribir hasta tanto llegue a la mayoría de edad, en orden al sistema argentino en materia de prescripción.

Asimismo, existiría la posibilidad de que tanto el padre como la madre planteen la acción resarcitoria como damnificados, y se me ocurre pensar que en este caso se trata de una acción indirecta.

Dejemos un poco de lado si se va a reclamar daño moral y daño material, tema que se habrá de resolver dentro de las pautas que se ha fijado la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurisprudencia sobre el resarcimiento por la muerte o las lesiones de un menor. Al respecto, hay en la jurisprudencia un criterio bastante bien formado.

Creo que de esta manera cubriríamos todas las hipótesis frente a una casuística que incluso han registrado nuestros propios tribunales.

En 1971 la Sala A de la Cámara Civil falló en un caso producido en una clínica, en la cual, a raíz de un tratamiento que se le hizo a una madre embarazada, el feto pereció y como consecuencia se planteó una acción resarcitoria contra los médicos actuantes. El caso era muy lamentable porque el período de gestación estaba muy avanzado, circunstancia en la que a veces la jurisprudencia ha hecho hincapié.

Como nosotros, que desde nuestra perspectiva humanista siempre tenemos que contar con los aportes de la ciencia biológica, debemos hacernos cargo de la distinción que en ocasiones se hace según que la vida intrauterina y embrionaria pueda tener próximamente, o independientemente, en ese mismo momento, una vida propia y, por ejemplo, en vez de nacer de parto natural, nace mediante una intervención quirúrgica, una cesárea. Es una persona que va a nacer y está por nacer. Si bien para su nutrición depende de la madre, tiene todo un sistema de vida propio, y esto determina que en cualquier momento ingrese en el mundo.

Una situación distinta se plantea cuando comienza la gestación, porque las perspectivas de un buen parto y un nacimiento feliz son menores, si bien la medicina hoy aporta soluciones más aceptables respecto de las probabilidades de vida.

De todas maneras aquí hay que hacer una pequeña distinción, y el planteo que ha hecho la jurisprudencia se refiere al daño en sí mismo, al monto y al resarcimiento de ese daño.

No se nos oculta que todo este tema está vinculado con el derecho penal, pero no necesariamente nos encontraremos en presencia de un delito criminal cuando se hace una interrupción voluntaria del embarazo. Aquí es menester el aporte de la ciencia biológica para determinar varias circunstancias; una de ellas se refiere a las probabilidades ciertas y concretas que tenía ese embrión de llegar a un alumbramiento en buen término, cualquiera que fuese la viabilidad, porque lo que al derecho argentino interesa es el parto en sí mismo.

Frente a estas circunstancias tenemos que examinar el caso concreto de si como resultado de la lesión surge un problema físico que la persona por nacer tendrá que soportar de por vida, situación totalmente distinta de la posibilidad de que nazca sin vida.

Enfatizo en estas ideas porque en el mundo de la responsabilidad médica, como dice Trigo Represas en una de sus obras, cada día se amplía más y más el tipo de demandas a consecuencia de la mala praxis médica que conduce a resultados perjudiciales, porque la persona o nace con defectos o fallece, por la impericia del médico o de la partera. Dentro de esta temática nosotros tendríamos que repasar muchos problemas que se dan dentro de la teoría de la responsabilidad civil.

Si el tema lo enfocamos desde otra óptica y en función de la madre en sí

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

misma debemos considerar que ella puede no sufrir daño en su cuerpo, en su persona física, pero sí el embrión, la persona que está dentro de ella. Este es otro concepto que hay que distinguir con claridad. Así, la pérdida de la criatura puede deberse a la culpa de otra persona, por ejemplo a la caída de la madre por culpa de un tercero. Aquí juega el tema de la violencia psíquica sobre la madre, el susto que la hace abortar. Todos estos casos que trae la jurisprudencia nos indican que generalmente no es la madre la que sufre el daño, sino el ser que ella está gestando.

Me permito insistir en esta distinción, porque advertimos que en el campo de la filosofía y del derecho se pretende introducir la idea de la cosificación. Días pasados, un profesor de esta casa, el doctor de la Vega, me comentó que había leído un libro que trataba al hombre como un objeto del derecho, es decir que el ser humano en vez de ser sujeto, pasaría a ser cosa.

Esa es la cosificación, y así tenemos que tener presentes líneas de pensamiento según las cuales la persona que está en el seno materno y va a nacer en cualquier instante sería una cosa. Esa es la cosificación del hombre, y de la persona por nacer.

Rechazo estas ideas, que no hacen más que traer al campo del derecho tesis materialistas que no hacen ningún bien, en cuanto al servicio de la Justicia, que debe estar destinada pura y exclusivamente a los hombres.

Cuando el doctor López Cabana nos recordaba hace unos instantes la evolución del concepto de daño a partir de Roma, mientras él hablaba yo pensaba en Caracala, que extendió la ciudadanía a todo el Imperio. Tuvo esa virtud, pese a los aspectos negativos de su gobierno.

Desde la época de Caracala la humanidad hizo grandes progresos, y estos progresos se tienen que extender con ese gran respeto, con esa gran sabiduría de que la vida humana empieza en el seno materno, y ya se es persona. El Derecho está obligado a respetar el embrión, a defenderlo y a protegerlo, porque también es la vida misma.

- Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Escuchamos al doctor Atilio Alterini.

DOCTOR ATILIO ALTERINI.

En este tema, el del daño a la persona, tengo compromisos. Es más: el título de la Comisión respectiva del II Congreso Internacional de Derecho de Daños, que en junio pasado trató el tema, lo sugerí yo. Pensé que había que marcar desde el origen del debate este cambio del eje del sistema que proclama reiteradamente la inviolabilidad del patrimonio, sin advertir que el patrimonio es inviolable porque es uno de los atributos de la persona.

Es como que la persona entra por el desván en el ámbito de la protección, aunque esta protección también se da en cierto modo en la ley que aprobó el acuerdo preventivo de las deudas del Estado: los daños a la persona tienen privilegio hasta el equivalente a 10.000 dólares, y el resto del crédito

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

es quirografario, a ser cobrado de algún modo, en algún tiempo, cuyo límite máximo es el año 2007.

En el citado II Congreso Internacional de Derecho de Daños se dijeron varias cosas muy importantes. Quiero destacar una conclusión unánime: "La persona debe ser protegida no sólo por lo que tiene y puede obtener, sino por lo que es y en la integridad de su proyección."

¿Qué es persona? Para Carlos Fernández Sessarego es un proyecto de vida. Todo lo que afecte al proyecto de vida es daño a la persona, en sus manifestaciones infinitas que van desde una vocación laboral o una vocación profesional, a un dolor, a una frustración.

Es más, Carlos Fernández Sessarego propone que los operadores del Derecho Civil dejemos de clasificar los daños en patrimoniales y no patrimoniales, porque así el centro se pone en el patrimonio; y que adoptemos las categorías de daños personales y no personales, para trasladar el eje a la persona. El marco de referencia del adverbio de negación, y de la ubicación por negativa, en lugar de ser el patrimonio, es entonces la persona

El mismo Congreso señaló, aunque en minoría, que la lesión a la persona psicofísica constituye un daño autónomo. Apoyo la minoría, incluso por aquello que decía Colmo, que muchas veces la verdad está en ella.

¿Por qué la apoyo? Porque si aceptamos que la vida no tiene un valor en sí misma, tenemos que admitir que la salud y la integridad física tampoco tienen un valor en sí mismas, ya que si el bien principal, que es la vida, no tiene valor sólo por ser vida, los bienes derivados (salud, integridad corporal, integridad moral) vienen a tener la misma característica de la vida. Si venimos diciendo que la vida no tiene un valor en sí misma, repito, venimos valorando la vida por la aptitud de producir bienes. Y entonces nos encontramos frente a cuestiones insolubles: por ejemplo, ¿cómo se valoriza la aptitud para producir bienes del nasciturus?

El doctor Salerno habló de la probabilidad de nacer. Es la chance, la probabilidad, de que se convirtiera en alguien útil. Pero ante la probabilidad de que naciera con algún inconveniente que lo hiciera inepto para producir bienes, este nasciturus no valdría nada.

¿Cuánto vale un chico? Se suele decir que un chico vale lo que sus padres podrían esperar como retorno de protección económica cuando ellos precisen de su amparo. Entonces una vieja no vale nada, porque si razono así, resulta que ella cobra la pensión del marido que ha muerto, es una carga para la hija soltera que ha dedicado su vida a ella. Con ese desarrollo argumental esa señora nada vale, y por lo tanto, cuando conduzco el automóvil, tengo que cuidarme mucho de atropellar a personas de edad media, y preferir arrasar con menos riesgo patrimonial a los chicos y a los viejos ... (Risas).

Por eso tiene sustento valedero la ponencia presentada por la distinguida colega de la Universidad Nacional de Mar del Plata, la doctora Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, que quedó en minoría, en el sentido de que la lesión a la persona psicofísica constituye un daño autónomo. Si el daño a la persona deriva de ser persona, y no de ser un ente apto para producir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bienes, vale el chico y vale el viejo, vale el pobre y vale el rico.

Y ese Congreso Internacional, de alguna manera, ha quedado enganchado a la vieja idea, porque por unanimidad declaró que "el menoscabo de la persona causa en general un daño patrimonial indirecto". Si a este criterio se lo lee como descripción estadística, puede ser que sea así, pero no me gusta como afirmación conclusiva de un Congreso, porque puede inducir a la idea de que el daño a la persona tiene que ver con regularidad con el daño al patrimonio. Y son dos terrenos de análisis distintos, pues si estamos razonando con puro verbalismo, quedamos bien con nuestra conciencia, pero no damos soluciones puntuales para la persona herida o para la persona muerta, o para los deudos de la persona muerta.

¿Quiénes vienen pugnando por la idea de responsabilidad del daño a la persona? Los italianos. Tengo para mí que son quienes han hecho punta, quienes desarrollaron el tema con mayor profundidad, y quienes van produciendo ondas de reflejo en otras doctrinas

¿Por qué los italianos asumieron de ese modo el problema del daño a la persona? Porque tienen un mezquino artículo 2059 del Código Civil en materia de daño moral: para el Código italiano, el daño moral sólo es resarcible en los casos que marca la ley.

Estaban como nosotros con el artículo 1078 del Código Civil antes de la reforma de la ley 17711, que - en una de las posiciones extremas del Derecho comparado - exigía la concurrencia del delito del Derecho criminal para que el daño moral fuera resarcible. La lectura dominante del artículo 1078 lo excluía en materia contractual, por lo cual la reparación de un daño moral, por lo menos en la Capital Federal, estaba confinada a supuestos extremos.

¿Qué hicieron los operadores jurídicos?

Acoto, por lo pronto, que detrás de toda interpretación hay un impulso de justicia, y quien crea que la interpretación es un puro silogismo se equivoca en grado sumo; es un filósofo o un lógico, pero no un jurista.

Como se percibe el reclamo de justicia, se hacen rodeos para llegar a la resarcibilidad de algunos daños, que los italianos descubren ahora en función de su Constitución, que reconoce la reparabilidad del daño biológico.

Ellos manejan un sistema que, como se dijo, contiene un mezquino artículo del Código, y un amplio texto constitucional. Este texto constitucional sugiere dos reflexiones que quisiera no dejar de lado. Una, la tendencia de las constituciones modernas a incorporar cada vez con mayor frecuencia el desarrollo de los derechos del individuo; y otra, la influencia de las constituciones cuando contienen esos textos. En España, en Francia, en Italia, hoy se hacen estudios sobre un tema que nosotros tenemos virgen en el país: el Derecho Civil Constitucional. Ello es así, porque el Derecho Civil ya no está en aquellos regímenes primordialmente encapsulado en el Código Civil, sino que tiene disposiciones muy concretas, y no sólo básicas, en punto a los derechos de los sujetos del sistema que son los seres humanos. Y es por ello que, ahora, los italianos descubren la resarcibilidad del daño estético. En la Argentina habíamos comprendido al daño estético

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mediante el mecanismo del daño patrimonial indirecto, es decir, aquella vieja idea de que es resarcible en la medida en que la lesión estética cause una disminución de ganancias. El ejemplo clásico es el de la modelo de la cara perfecta y las piernas torneadas que sufre una lesión en el rostro, a partir de la cual su trabajo se reduce porque sólo puede hacer propaganda de medias.

En la tesis del daño a la persona el enfoque varía. La nutriente de la teoría del daño a la persona, no por la mencionada necesidad de los italianos, sino por la riqueza del concepto, va a permitir, de ser incorporada algún día al pensamiento jurídico dominante en la Argentina, resolver situaciones como la de una telefonista que trabaja en un rincón oscuro, con auriculares, a la vista de nadie, y sufre un daño estético. El tango asumió el caso de la fea al decir: "Procurando que el mundo no la vea/ahí va la pobre fea/camino del taller..." (Risas). Y esta telefonista, todos los días, con su lesión deformante, que no le afecta un céntimo su remuneración, concurre a su trabajo. En la lectura patrimonialista tenemos que decirle que esa es su desgracia, que esa es la carga de ser humana; que es ajena al daño, pero que tendrá que soportarlo porque al fin y al cabo su cuerpo es suyo. Su daño, en principio, es suyo, porque no sólo res perit domino, sino que también jus perit domino. El derecho parece para el titular. ¿Para quién si no para él va a perecer?

En la teoría del daño a la persona, como la integridad psicofísica es considerada un bien en sí misma, esta telefonista del rincón oscuro, de los auriculares y de la soledad, va a tener derecho al resarcimiento por el daño estético.

Hasta 1908 - esto quiero decirle a los muchos jóvenes que asisten a esta reunión - obtener la reparación del daño moral en la Capital Federal con el Código Civil y la interpretación plenaria, implicaba ascender una cuesta muy empinada. En la provincia de Buenos Aires el criterio de la Suprema Corte era más amplio y generoso.

Cuando veo todos los descubrimientos que hacen los italianos, me parece que ya esto ocurrió en la Argentina, que ya vi cómo nosotros teníamos un sistema que convivía con una norma estrecha, pero que habíamos tratado de satisfacer reclamos de Justicia. De todos modos, la teoría adquiere una gigantesca riqueza al elevar al primer plano la idea de la persona, es decir, el proyecto de vida.

Vuelvo a hablar a los jóvenes: mi gran temor es que el discurso no parezca vacío, que no se pueda decir que llego a una conclusión, y en la realidad sucede otra cosa. Entonces, trato de decirles lo que quiero que suceda, y lo que sucede en la realidad.

Lo que sucede en realidad es que, aun cuando esta teoría lograra llegar a los tribunales y hacer jurisprudencia, nuestras indemnizaciones serán a la medida del subdesarrollo.

Hoy he dicho para una revista que la indemnización de 20.000 dólares a la víctima del daño proveniente de ocho años de adulterio del cónyuge es desproporcionada para los parámetros argentinos de esta Argentina que ha dado por buena, hasta por desestimación del recurso extraordinario en la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Corte Suprema, la valuación de 10.000 dólares de la mano amputada de "Rocky" Flores, candidato a campeón mundial de boxeo, a raíz de un accidente ferroviario, y que no hay arbitrariedad en la fijación de un valor de 10.000 dólares para una mano, no obstante que la prótesis de reposición costó 20.000 dólares.

Por lo tanto, para que este discurso no sea el que nos deja bien y nos permite dormir en paz, sino que sea el discurso de la realidad y de la efectividad, tenemos que pedir auxilio a tres grandes grupos en la República:

En primer término, tenemos que solicitar a los economistas que hagan lo necesario para que podamos penetrar en el sector que corresponde a nuestro destino histórico, el primer mundo, el mundo del desarrollo, el mundo de los fuertes.

En segundo lugar, pediría a los legisladores que de una buena vez por todas atiendan el reclamo de los operadores civilistas realizado en las Jornadas de Responsabilidad Civil en Homenaje al Profesor Bustamante Alsina, que se llevaron a cabo el año anterior, de proveer mecanismos de certeza en el cobro - que son difundidos en el mundo, están a la mano de todos y se limitan a trasladar el costo de los accidentes con un criterio racional - , mediante el seguro forzoso y su articulación con fondos de garantía, tema en el cual la Argentina tiene una mora legislativa intolerable.

Y en tercer término, formulo un reclamo a los jueces para que valoren estos daños a la persona y cuando pongan ese número que significa la discrecional aplicación de un monto de sentencia, no se satisfagan con bellos considerandos, sino que establezcan un resarcimiento condigno a la magnitud de la lesión.

Cuando esto ocurra, seguramente vamos a estar todos más en paz.

- Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Corresponde ahora que los asistentes a esta mesa redonda transmitan a los panelistas las inquietudes que les hayan nacido ante tan valiosas exposiciones.

El doctor Videla Escalada pide la palabra, y gustosamente se la concedemos.

DOCTOR VIDELA ESCALADA. - Lo expuesto tan brillantemente por los destacados panelistas no debe crear inquietudes sino, por el contrario, hacer advertir con satisfacción cómo el derecho sigue avanzando, cómo la base de la consideración de la persona constituye uno de los mejores logros del derecho contemporáneo.

La superación de la cosificación, de que ha hablado el doctor Salerno, el reconocimiento de la importancia fundamental de los daños específicamente llamados personales y no sólo patrimoniales, es una demostración acabada de cómo avanza el derecho.

Nosotros decimos que partimos del derecho romano, que ha dado un gran

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aporte a la humanidad y afirmamos que nuestras raíces, nuestros pensamientos y nuestra cultura se apoyan en la filosofía griega, en el derecho romano y en el aporte religioso judeo - cristiano.

Todo eso es cierto, pero no olvidemos que el derecho romano tenía una grave falla, porque al reconocer la vigencia de la esclavitud negaba el carácter de persona, desde el punto de vista jurídico, a aquellas que estaban en situación de esclavos.

No desconozco esa circunstancia del derecho romano, pero como principio hoy no se puede pensar que una persona humana, un ser humano, no tenga la característica de titular de derechos.

Los juristas van avanzando, sumémoslos, adelantémoslos en este proceso, que reconoce el valor máximo de la persona.

Piensen ustedes que por la persona humana se viene trabajando desde hace siglos y que constituyen un gran avance la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los pactos internacionales que al respecto se fueron dando, la existencia de tribunales específicamente de derechos humanos, el Pacto de San José de Costa Rica.

Para no abusar de la atención de todos ustedes, sólo quiero hacer una breve referencia a una expresión que considero muy importante vertida por el doctor Salerno el daño causado al ser que aún no ha nacido, pero que ya está concebido. Efectivamente, ese ser es el titular del derecho a resarcir, pero también sus padres pueden tener ese derecho por el sufrimiento moral que les cause el hijo que nace muerto o con algún defecto que luego les haga la vida muy difícil. Aquí hay, efectivamente, un doble juego de acciones: una acción directa de la persona por nacer y una indirecta de quienes puedan sufrir por el daño que se provoque a la persona por nacer.

- Aplausos.

PARTICIPANTE. - Quisiera preguntarle al doctor Atilio Alterini ¿cómo hace un juez para prescindir de la realidad del patrimonio cuando hay que valorar bienes no mensurables en términos económicos, como puede ser el honor mancillado de la mujer que durante varios años soportó el adulterio del marido, o del hombre que perdió una mano en un accidente o de la moral?
¿Cómo hace un juez para suprimir la realidad del patrimonio y poner una cifra en condiciones de equidad?

DOCTOR ATILIO ALTERINI. - El patrimonio a tener en cuenta es el de víctima, no el del causante.

Mi vida, como vida, vale por ser persona. Usted dirá que hay personas de vida más rica. Es cierto; la muerte del poeta implica la frustración de una riqueza vital que quizá no la tenga un hombre del común. Es uno de los elementos a tener en cuenta.

La prédica es que no digamos: la vida vale lo que se puede producir. La prédica es que digamos: la vida vale lo que vale.

¿Cómo hacen los jueces para fijar discrecionalmente montos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

indemnizatorios?

Durante algún tiempo de mi vida llevé la toga, y les aseguro que ése es uno de los empeños más difíciles porque hay que computar múltiples circunstancias, y una de las más arduas es precisamente la relativa al daño moral, para el cual no se tienen parámetros

En el daño patrimonial, al menos, usted quiere creer que va a restituir las cosas al estado anterior y se atiene a demostraciones de las que resulta cierto valor económico. En el daño moral hay infinidad de pautas a tener en cuenta.

Usted, como abogada, va a advertir que también en el daño moral es fundamental la prueba de la incidencia de ese daño. No basta pedir al juez que fije el monto que considere procedente. No, hay que probar cómo, en el caso, se produjo un daño moral especial por las circunstancias que se le demuestran al juez; de ese conjunto va a resultar la cifra.

¿Cuál es la cifra? La indemnización del daño moral no está tarifada. Se fijará en relación a la magnitud de la lesión, al daño a la persona.

Usted ha traducido la angustia del juez: ¿qué número le pongo al caso?

PARTICIPANTE. - Yo lo pondría en relación al caso, y siempre va a estar imbuido según los bienes que la persona puede producir...

DOCTOR ATILIO ALTERINI. - Lo que usted plantea tiene su propio camino, que es la incapacidad, la reparación del lucro cesante. La incapacidad se fija en una cifra mediante alguna de las fórmulas aplicables.

PARTICIPANTE. - La del lucro cesante, si en ese momento la persona está desocupada, ¿se evalúa?

DOCTOR ATILIO ALTERINI. - Es otro camino, está en un compartimiento distinto. Por incapacidad, el rico ejecutivo va a tener una indemnización mayor que la que tendría el empleado que percibe un sueldo mínimo. Pero el dolor de aquél puede ser menos valioso que el dolor de éste. Lo que causa sorpresa es que en alguna jurisprudencia de años atrás - afortunadamente, ya no se sigue esa lectura - se recogía esta afirmación de determinados tribunales: "el daño moral debe guardar razonable relación con el daño patrimonial", sin advertir que a veces el daño es máximamente moral y mínimamente patrimonial. Piense usted en el caso de la madre a quien le hurtaron el sobrecito en que guardaba los primeros rizos de su hija, ¿cuánto vale eso patrimonialmente? Nada. Sin embargo, figúrese cual será la magnitud del daño moral para esa señora. Y a la inversa: enormes daños patrimoniales, con daños morales mínimos.

PARTICIPANTE. - La reparación del daño consiste en retrotraer las cosas al estado anterior.

En el caso que usted citó, el del boxeador a quien se le amputó una mano a raíz de un accidente y a quien se le resarcó con 10.000 dólares, ¿no hay una diferencia en ese monto resarcitorio...?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTOR ALTERINI. - Cuando mencioné el caso, quería señalar qué poco ha sido valuada la frustración de la carrera de ese boxeador, la frustración del calor de la multitud, la frustración de ser tapa en las revistas de todo el mundo como campeón mundial. Porque ese chico iba derecho a ser campeón mundial.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Señores, les agradezco la atención dispensada a esta mesa redonda. Hasta la próxima.

- Aplausos.

Tema: CONTRATOS RELATIVOS A LA PERSONA Y A SU CUERPO

Relatores: PROFESORES DOCTORES ROBERTO ERNESTO GRECO, JOSÉ MARÍA GASTALDI Y FRANCISCO DE LA VEGA

Fecha: 18 DE SETIEMBRE DE 1991

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - En la tercera mesa redonda del ciclo "Tutela de la persona" vamos a tratar otro de sus aspectos, que se ha titulado "Contratos relativos a la persona y a su cuerpo". Serán sus relatores tres distinguidos profesores de esta casa, y los voy a enunciar según el orden en que van a exponer y que ellos mismos han acordado: doctores Roberto Ernesto Greco, José María Gastaldi y Francisco de la Vega. Dejo en manos de ellos informamos sobre este tema tan atractivo. Lo escuchamos, doctor Greco.

DOCTOR GRECO.

El tema genérico del panel es excesivamente lato, muy amplio, por lo que lo circunscribiré, para ubicarlo dentro de los límites de un acto académico de esta naturaleza, a dos aspectos exclusivos. Por un lado, el tratamiento del régimen que nos trae nuestra ley de trasplante de órganos, y por el otro, una referencia a la ley de sangre, en la medida en que estas legislaciones especiales hayan modificado algunos aspectos del derecho común. Por la limitación del tiempo prometo sindéresis, ser breve. No puedo asegurar que logre el resultado apetecido, pero el propósito existe. La ley 21541, de trasplante de órganos, dictada y promulgada el 2 de marzo de 1977 en un solo acto como toda ley de facto, entró a regir días después pero se publicó el 18 de marzo de ese año. Poco después fue reglamentada por el decreto 3011/77, y reformada en medida muy considerable por la ley 23464, que aunque se sancionó el 30 de octubre de 1986 sólo se publicó en marzo de 1987, o sea, prácticamente diez años

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

después de la primera ley.

Pero ahí no terminaron las reformas porque a fines de 1990 otra ley, esta vez la 23885, faculta al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Bienestar Social, a publicar un texto ordenado, lo que aún no se ha llevado a cabo.

En síntesis, en materia de trasplante de órganos, tenemos un mosaico legislativo bastante complejo, ya que existen disposiciones contradictorias en el reglamento con relación a la ley y una ley posterior que modifica o deroga tácitamente disposiciones de la ley anterior.

A su vez, la ley de sangre, que lleva el número 22990, que data de noviembre de 1983 y se publicó el 2 de diciembre del mismo año, constituye una de las últimas leyes dictadas antes del restablecimiento del sistema constitucional.

La ley de trasplante comienza por establecer el carácter subsidiario de las operaciones de esta índole, y expresa que se trata de una técnica a la que sólo se puede recurrir cuando se hayan agotado las posibilidades no artificiales o los recursos terapéuticos para la recuperación de la salud del paciente. Por su envergadura, tiene necesidad de crear todo un sistema, y lo hace en carácter de ley nacional, subordinando las autoridades asistenciales locales al régimen de esa ley, y, a sus efectos, declara que es autoridad de aplicación el actual Ministerio de Salud y Acción Social, que entonces tenía distinta denominación.

Además, crea un ente que se llamó Centro Unico Coordinador de Ablaciones e Implantes, conocido por la sigla CUCAI, y establece que los servicios asistenciales oficiales o privados, para practicar este tipo de intervenciones, deberán funcionar como delegaciones del CUCAI.

Asimismo, crea en cada uno de los establecimientos autorizados un equipo médico integrado por especialistas de reconocida competencia - dice la ley - , conformado por un jefe, un subjefe y otros integrantes, a todos los cuales se los declara solidariamente responsables del cumplimiento de esa ley.

Aclaro que la última de las leyes mencionadas, la 23885, modificó el CUCAI y lo convirtió en un Instituto Nacional Central Unico de Ablaciones e Implantes (INCUCAI), por lo que toda vez que la ley anterior hace referencia al CUCAI debe entenderse que se refiere a este nuevo organismo.

La ley de trasplante de órganos divide el tratamiento de los actos de que trata en dos compartimientos perfectamente diferenciados: el de los actos entre vivos, y el de los actos de última voluntad.

En materia de actos de última voluntad determina que toda persona capaz, mayor de 18 años, puede donar sus órganos para después de muerta con fines de trasplante o de estudio e investigación. En este sentido, guarda concordancia con el régimen del Código Civil sobre testamentos, pero hay ciertas diferencias que deseamos señalar.

La ley no se refiere a toda persona mayor de edad, sino mayor de 18 años, en concordancia con el artículo 3614 del Código Civil - que fija la misma edad para facultar a testar - , pero a continuación aclara que esté en pleno uso de sus facultades mentales. También aquí advertimos una concordancia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con el régimen del Código Civil por cuanto los artículos 3615 y 3616 establecen que el testador esté en su perfecta o completa razón, expresiones equivalentes a las empleadas en la ley. Por eso es aplicable a este aspecto toda la corriente interpretativa que se elaboró en torno al requisito de la perfecta o completa razón que establece el Código Civil a los fines del testamento.

Les recuerdo dos opiniones distintas: la de quienes sostienen que es suficiente el discernimiento y la de quienes consideran que hace falta un discernimiento más perfecto para el acto de última voluntad que para el acto entre vivos.

Personalmente adhiero a la corriente mayoritaria tanto en trabajos sobre el tema como en votos como integrante de la Cámara Civil, diciendo que lo que la ley determina es la aptitud judicativa normal del sujeto, vale decir, considerada en concreto y con relación a él mismo, y no una aptitud ideal, difícil de encontrar en cualquier testador. Se diferencia - y aquí viene la primera distinción con el derecho común - en cuanto a la forma, porque si bien la dación de órganos por causa de muerte no es testamento el testamento es acto de disposición patrimonial - , en el Código Civil los actos de disposición no patrimoniales por causa de muerte deben llevar forma testamentaria; por ejemplo, las disposiciones con respecto al propio cadáver, los consejos acerca de las honras fúnebres, la designación de tutor para hijos menores, etcétera, tienen que hacerse o bien bajo la forma de testamento - reitero, no es testamento - ológrafo, o bien abierto por acto notarial, o bien cerrado.

La manifestación de voluntad de donar sus órganos para después de la muerte facilita enormemente la forma, porque se permite que se lo haga por telegrama o carta documento gratuitos dirigidos al CUCAI, dice la ley - entiéndase al INCUCAI - , o bien al Ministerio de Salud y Acción Social; pero además se puede hacer por declaración escrita, a cuyo efecto se faculta por la reglamentación a una cantidad de funcionarios a recibir esa declaración de voluntad, por ejemplo, a quienes intervengan en el otorgamiento de la documentación personal, al director general de centros de enseñanza o de una universidad, a los jefes de Correos y Telégrafos, a los escribanos en general, a los jefes de los Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas cuando levantan actas, e inclusive se prevé que esa manifestación debe ser volcada en el documento personal, sea éste cédula de identidad, pasaporte, libreta universitaria, carné de conductor, credencial profesional. Y para el documento nacional de identidad se prevé la incorporación de una página sanitaria en la que constará la voluntad de donación post mortem y, además, una serie de datos complementarios, como ser grupo sanguíneo, enfermedades padecidas, actuales o presentes, contraindicaciones, alergias, etcétera.

Todo el régimen de la ley tiende a estimular esta actividad de donación de órganos.

En dos caracteres más se vuelve a concordar con el régimen testamentario. Primero, la decisión es personalísima en el sentido de que no puede hacerse mediante representante legal ni voluntario, y segundo, es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

esencialmente revocable. Enfatizo en que son dos caracteres del testamento que también se adjudican a estos actos de disposición post mortem.

Para el supuesto de que el fallecido no hubiera hecho esta declaración, la ley dice que sus "familiares" presentes en el lugar del deceso podrán tomar una disposición similar, en el orden que pasa a dar.

Aquí cabe una crítica de orden semántico a la ley porque en castellano "familiares" nunca es sustantivo sino adjetivo. La ley, en lugar de decir "cónyuges y parientes", para no emplear dos palabras simplifica la redacción y toma una, pero incorrecta en su significado.

El orden que establece respecto de quienes en defecto de manifestación del causante pueden disponer la entrega del cadáver para la ablación es el siguiente: cónyuge conviviente, hijos mayores de edad, padres, abuelos o nietos mayores de edad, y luego los hermanos también mayores de edad y termina con los consanguíneos hasta el cuarto grado y los afines hasta el segundo grado; vale decir, cónyuge conviviente y parientes, ya que más allá en la línea colateral por consanguinidad de cuarto grado no hay parentesco, y tampoco lo hay en la línea colateral por afinidad más allá del segundo grado.

En defecto de esas personas o cuando el causante hubiera hecho manifestación escrita de no tener "familiares" - vuelve a emplear indebidamente esta palabra - , el director del establecimiento o su reemplazante podrán disponer la ablación de órganos o materiales anatómicos. Estas referencias se complementan luego cuando se refiere a los casos de muerte violenta, en la que también puede intervenir el juez de instrucción, quien queda facultado para autorizar la ablación y sólo hacerla controlar por médicos forenses cuando la extracción de un órgano ileso no implique un riesgo para el resultado posterior de la autopsia.

En este aspecto es importante destacar que esta ley establece un nuevo concepto de muerte.

Como es sabido el Código Civil no define la muerte; simplemente establece en su artículo 103 que la existencia de las personas termina por la muerte natural de ellas y que en ningún caso tendrá lugar la muerte civil ni por condena ni por profesión en las comunidades religiosas. La extensa nota de Vélez se dedica a diferenciar la muerte, que llama natural, de la muerte civil. ¿Qué es en sí la muerte? ¿Cuándo una persona es considerada muerta? No lo dice ni el Código Civil ni las legislaciones del siglo XIX. Tradicionalmente se consideraba que la muerte existía al detenerse las funciones de circulación y la respiración.

La ley establece un parámetro distinto. Define la muerte encefálica o muerte cerebral cuando se comprueba el cese total e irreversible de las funciones cerebrales, comprobación que corre a cargo del equipo médico, decía la ley 21541, y su reglamentación establecía que debía estar integrado por un clínico, un neurocirujano o neurólogo y un cardiólogo, pero no podían ser los mismos que efectuarían las operaciones de ablación o implante.

Este concepto de muerte cerebral está mejorado en la ley 23464, de 1987, porque el artículo 21 de la ley originaria decía que "a los fines exclusivos de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

esta ley" se tendrá por comprobada la muerte cuando hubiera asistencia médica que determinara el cese total e irreversible de las funciones cerebrales. Al decir "a los fines exclusivos de esta ley" daba a entender que podían existir dos conceptos distintos de muerte o que alguien podía ser considerado muerto a los fines de la ablación y vivo a otros efectos.

Al respecto, recuerdo cierto fallo de hace algunos años de una sala de la Cámara Civil de la Capital Federal que, aunque el caso no era idéntico, trataba una declaración de muerte presunta y dijo que no estaban cumplidos los requisitos para la declaración de la presunción de muerte, pero que sí se consideraba muerto al ausente al solo efecto de autorizar a la cónyuge para que contrajera nuevas nupcias.

La ley 23464 rectificó ese concepto y estableció un concepto único de muerte, porque muerte encefálica o cerebral implica naturalmente la muerte total del individuo, que es la única que cuenta para el derecho, ya que no puede considerársele vivo a unos efectos y muerto a otros efectos, o parcialmente vivo y parcialmente muerto.

Con relación a los actos entre vivos, la ley establece que a partir de la mayoría de edad - ya no se refiere a los 18 años - toda persona puede donar sus órganos en vida - los órganos que puede donar están determinados en el decreto reglamentario - siempre y cuando el dador tenga el siguiente vínculo con el receptor: padre, madre, hijo consanguíneo o hermano consanguíneo - éste es el régimen general - , y sólo con carácter excepcional faculta para que se autorice la donación a otros parientes que va enumerando, y sorprendentemente ubica primero a los parientes en línea recta hasta el segundo grado - abuelo y nieto - , después a los colaterales hasta el cuarto grado, luego al cónyuge y en último grado al padre o hijo adoptivo.

Caben aquí dos críticas. Ante todo, el cónyuge debería estar en primer término, como está siempre a todos los efectos legales porque es más que pariente, es el que está unido al mismo yugo con el fin de compartir la misma suerte, y esa comunidad de vida y afecto creada por el matrimonio legitima al cónyuge a todos los efectos legales para colocarlo en primer lugar posponiendo a todos los parientes. Es el primero que tiene legitimación para denunciar la incapacidad por insania, es el primero que tiene legitimación para ser nombrado curador y es el primero también en el régimen de esta ley para hacer la donación de órganos cuando no hay manifestación del causante.

En segundo lugar, se habla del hijo consanguíneo y sólo por excepción del hijo adoptivo. Olvida la ley que por el régimen de adopción plena, el adoptado forma con la familia de sangre lazos familiares con los mismos derechos y obligaciones que el hijo legítimo, por lo cual no hay razón para distinguir. Además, ni siquiera por excepción faculta la dación de órganos entre hermanos adoptivos. Recuerden que aun en la adopción simple, cuando el adoptado no crea vínculo con la familia de sangre del adoptante, si se trata de hijos adoptados por el mismo adoptante, son considerados hermanos entre sí. Aquí no hay posibilidad, ni aun por vía de excepción, que un hermano le done un órgano a otro hermano.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Habría mucho más para hablar. Como colofón quiero señalar que en este caso el consentimiento es retractable sin que genere obligación de ninguna naturaleza; por lo tanto, hay una suerte de displicencia de fuente legal a diferencia de lo que sucede en el contrato, ya que ese pacto de displicencia, como lo llamaba Colmo, es establecido por las partes pero además tiene una consecuencia patrimonial, y aquí no la hay.

Asimismo, el carácter de gratuidad de todas estas disposiciones está asegurado inclusive con sanciones penales.

Y en cuanto a la ley de sangre, aclaro que la ley de trasplante no se aplica cuando se trata de materiales anatómicos o tejidos que sean naturalmente separables o renovables. Precisamente por eso, al estar excluidos del régimen de la ley, tienen otra regulación por ley específica, cuyo tratamiento no es posible porque nos ha vencido el término.

- Aplausos.

DOCTOR GASTALDI.

Escuchada la introducción tan clara efectuada por el doctor Greco, me voy a referir a otros aspectos vinculados no concretamente con la ley de trasplantes, sino a contratos sobre el cuerpo de la persona en general.

Aquí debemos hacer una distinción entre lo que podríamos calificar como contratos sobre el cuerpo en sí - por darles una denominación - y los que eventualmente suelen entrar en consideración relacionándolos con la ley de trasplantes, por lo menos en uno de sus aspectos: los contratos sobre partes renovables y los contratos sobre partes no renovables. Y a su vez podemos aludir a los contratos o actos sobre esas partes cuando están separadas del cuerpo, cuyo análisis debe diferenciarse del caso en que no están separadas de él.

Varios de estos temas están íntima y estrechamente vinculados con la ley de trasplantes y algunos son de consideración genérica y fuera de esta ley. A la vez, tanto antes como después de esta ley, hay casos que nada tienen que ver con ella y permanecen, por así decir, con la misma consideración dentro de la doctrina y, eventualmente, de la jurisprudencia.

Para que quede en claro una diferencia sustancial entre situaciones absolutamente distintas, una cosa es contratar sobre el propio cuerpo, como podría hacerlo, por ejemplo, una persona para el ejercicio de la prostitución - antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios invalidarían este tipo de contratos - , y otra muy diferente sería la contratación para transferir a un jugador de fútbol, por ejemplo, respecto de la cual hay jurisprudencia que convalida las cesiones de estos jugadores, y en definitiva vienen a ser contratos sobre el cuerpo.

Por separado, hay contratos, de los que nos ocupamos hoy muy rápidamente, que hacen a las partes del cuerpo.

Coincido con el doctor Greco en que este tema es muy vasto y difícilmente pueda ser abarcado en una sola reunión, razón por la cual nos limitamos a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hacer algunas consideraciones de carácter general.

Indiscutiblemente, el tema está vinculado con la ley de trasplantes. También está vinculado con los derechos personalísimos, los derechos sobre el cuerpo, los cuales deben estar muy presentes en la solución de cualquiera de estos temas; es decir, que en estos principios generales hay que incluir este tipo de vinculación.

Desde el punto de vista contractual, también está vinculado con la fuerza obligatoria del contrato, pero con las limitaciones que ésta tiene en sí; y fundamentalmente en este campo se ha tratado en forma reiterada la limitación que emana de la moral y las buenas costumbres.

Correlativamente, el tema se vincula - en esto, antes y después de la ley de trasplantes - con el objeto de los actos jurídicos, que se proyecta también al objeto de los contratos, tomando como base el artículo 953 del Código Civil. En más de una ocasión se ha investigado si los contratos relativos al cuerpo ingresarían o no en la prohibición de poder contratar sobre cosas que están fuera del comercio, que es otra norma que tiene su implicancia en este tipo de contratos.

Finalmente, en este panorama de temas vinculados, no hay que olvidar, también antes o después de la ley de trasplantes, la limitación que se impone a los actos jurídicos y a los contratos en virtud de la causa - fin o finalidad, cuando ésta es ilícita. Recordemos que la causa ilícita está prohibida por el artículo 502 del Código Civil.

Nuevamente señalo que el tema es sumamente amplio, ya que el análisis de estas vinculaciones demandaría más de una mesa redonda.

En esta síntesis, en primer lugar tendríamos que hacer alguna consideración acerca de lo que es el cuerpo de la persona. Se han elaborado varias tesis, una de las cuales se ha dado en llamar pluralista. Entre nosotros, la postura del doctor Bueres tiende a considerar que tanto la vida como la integridad corporal, la facultad o la posibilidad de disponer del cadáver post mortem, son bienes, se trata de manifestaciones permitidas del sujeto y consecuentemente entran en el amplio campo de los bienes y serían incluso objeto o materia de derechos personalísimos.

Inclusive se ha dicho, y desde mi punto de vista con razón, que acá se está en presencia de un verdadero derecho subjetivo de carácter personalísimo. Ha habido discrepancia porque se ha llegado a señalar, por ejemplo, que sólo cuando se viola ese derecho subjetivo aparece la creación del derecho de indemnizar, y recién allí tendría una connotación protectora.

Considero que estamos en presencia de un derecho subjetivo, por lo cual adhiero a esta tesis, si bien hay que separarlo de los derechos subjetivos patrimoniales.

La presencia de ese derecho subjetivo se demuestra inclusive con todas aquellas facultades que la persona tiene sobre esos bienes, tanto como someterse a una intervención quirúrgica, como donar su sangre, donar un órgano, disponer sobre su futuro cadáver, participar en actividades riesgosas, autorizar la divulgación de su propia imagen. Todo esto nos llevaría a determinar que estaríamos en presencia de un derecho subjetivo, más aún si lo enmarcamos como una suerte de derecho - facultad, es decir,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a la posibilidad de disponer, y precisamente hemos mencionado casos de disposición que pueden hacerse con estos derechos personalísimos.

Todos estos aspectos, incluso la distinción que suele hacerse dentro de los derechos de la persona entre aquellos que hacen estrictamente a la personalidad y aquellos que atañen a aspectos patrimoniales, y más todavía si se abarcan aspectos referidos a derechos familiares y sociales, deben tenerse muy en cuenta al tratar temas de contratos o actos de disposición sobre el cuerpo.

Dentro de esta síntesis, nos referiremos en general al derecho a la disposición del propio cuerpo.

Por un lado se ha llegado a señalar que el cuerpo puede ser una cosa. Incluso algún autor trae a colación la figura de la esclavitud, con la posibilidad de vender el cuerpo, tal el caso de los esclavos. Sabemos que hoy este contrato estaría excluido de cualquier validez y sería declarado absolutamente nulo, independientemente de la disposición constitucional que prohíbe el ejercicio de la esclavitud.

Contrariamente, superado aquello de que el cuerpo puede ser una cosa, la doctrina emplea una frase que quizás lo signifique todo: cuando afirma que el cuerpo no es una cosa sino que es "vida", es "la persona misma". Consecuentemente, estando la persona en vida, el cuerpo es la propia vida, y de ahí ha de emanar una serie de efectos e incluso se puede hacer una cantidad de consideraciones.

Por lo tanto, los derechos de la personalidad abarcarían ese derecho a la vida del cuerpo y también los derechos que hacen a la integridad física del cuerpo, a la disposición del propio cuerpo y eventualmente a la disposición del futuro cadáver o del propio cadáver en este caso.

Dentro de la disposición corporal se ha hecho una distinción otro tema a tener muy en cuenta - respecto a cuál es la disposición que se va a hacer sobre el cuerpo según sea, por ejemplo, en propio beneficio con miras a una recuperación. Aquí podríamos mencionar los casos en que la persona se somete a una operación quirúrgica o a una intervención de tipo plástico o a un trasplante o injerto dentro del mismo cuerpo.

También existe la posibilidad de la disposición del propio cuerpo o de parte de él dirigido a persona determinada, supuesto éste en el que toma especial relevancia la ley de trasplantes.

En una tercera posibilidad suele mencionarse el acto de disposición dirigido a personas indeterminadas, como serían los casos de experimentación científica o en los que pudiera admitirse la disposición de un órgano post mortem y un destino no determinado.

Entre nosotros, como en otros países, la ley de trasplante quizás esté a la zaga de los progresos de la medicina que, a no dudar, han creado una verdadera conmoción que ha obligado a los juristas a reconsiderar una serie de aspectos. En líneas generales, podríamos decir que si nosotros recurriéramos a nuestras obras clásicas y aun modernas anteriores a la ley de trasplantes, advertiríamos que era muy común afirmar enfáticamente la prohibición sobre cualquier tipo de contrato en este tema e incluso la imposibilidad de reclamar ningún tipo de cumplimiento, ni siquiera

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tratándose de partes renovables.

Otro aspecto a examinar son los actos de disposición de las propias partes del cuerpo, es decir, los actos de disposición que se realizan sobre partes del cuerpo.

Se deja en claro que lo que estuvo y sigue prohibido es la disposición total del cuerpo, pero también hay que dejar sentado que aquello de que el cuerpo estaba absolutamente fuera de comercio es un principio que paulatinamente se deja de aplicar, a raíz de todos los contratos que se han ido autorizando respecto a la validez en cuanto tenían por objeto alguna parte del cuerpo, sobre todo las partes renovables.

En un primer aspecto, contemplando aquello de partes renovables y partes no renovables y de partes separadas y partes no separadas del cuerpo, comenzaríamos por las partes renovables.

Respecto de estas últimas, nuestra jurisprudencia, antes de la sanción de la ley, de los progresos de la medicina y de la doctrina moderna, había admitido la posibilidad, cuando la parte estaba separada del cuerpo, de darle precio, a la sangre por ejemplo; y hay un viejo fallo de La Plata en este sentido; lo mismo podría decirse del cabello para una peluca, de la leche de la nodriza, etcétera.

La doctrina moderna se orienta en contra de la tesis de Orgaz - no sólo él la postulaba, lo cito en razón de tratarse de un importante jurista - , que sostenía que era absolutamente nulo el contrato sobre esas partes por no haber cosa y, además, que el incumplimiento no podía generar ninguna posibilidad de daños y perjuicios.

Hoy la doctrina moderna considera que si la parte está separada del cuerpo es una "cosa" y consecuentemente entra en la posibilidad de ser comercializada. La situación se diferencia del caso en que la parte no está separada del cuerpo. Así, se admitiría - y en esto coincido - que no se puede obligar a alguien, por ejemplo, que promete dar el cabello, a cortárselo; en cambio, se abre firmemente la tendencia a que si no cumple ese contrato pueda ser obligado al pago sustitutivo de daños y perjuicios; pero si la parte del cuerpo está separada estaría obligado a cumplir, considerándose una obligación de dar.

Respecto de las partes no renovables, tiene fundamental trascendencia la ley de trasplantes, en la parte pertinente. Aquí la situación se presenta en forma distinta porque, por de pronto, se prohíben las contrataciones que apunten como de cumplimiento efectivo sobre un órgano no renovable. Dicho en otras palabras, este supuesto se consideraría que está fuera de la posibilidad patrimonial, o sea, un acto extrapatrimonial pero que, de no cumplirse, no originaría consecuencias. Se trataría de un acto extrapatrimonial que, por ser tal, no es contrato; sería revocable y eventualmente tampoco daría lugar a daños y perjuicios. Vale decir, quedaría la promesa pero sería de cumplimiento imposible - por así decir - en la medida que quien promete su órgano no renovable no cumpliera su compromiso; obviamente en cuanto no haya una disposición legal que autorice, por ejemplo, alguna suerte de indemnización.

En este orden de ideas, el Código etíope establece que en esos casos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

deben sufragarse los gastos del eventual receptor al cual no se le entrega el órgano prometido.

En esta breve síntesis he tratado de hacer un panorama sobre diversos aspectos de este tema tan amplio, y cedo la palabra al doctor de la Vega.

- Aplausos

DOCTOR DE LA VEGA.

Por cierto que el tema es vastísimo. Tremendamente interesante. Adentrarnos en él impone, ante todo, tratar de dar respuesta a dos preguntas: ¿Qué derechos tengo sobre mi cuerpo vivo y sobre mi cuerpo muerto? ¿Qué derechos tengo sobre el cuerpo vivo o el cuerpo muerto de mi semejante, de otra persona? La respuesta a estos interrogantes no es cosa fácil. Hacerlo en pocos minutos, mucho menos.

La doctrina nacional no ha tratado mayormente este tema. Tampoco hay antecedentes jurisprudenciales de nuestros tribunales que permitan señalar principios al respecto. Por eso entiendo sumamente valiosa la decisión del Director del Departamento, doctor Alterini, de someter estos temas al análisis en la Facultad.

Son temas modernos que tenemos que estudiarlos en el jerarquizado ámbito universitario considerándolos, por cierto, desde el punto de vista ético y moral y de la dignidad de la persona.

Como católico, afirmo que fuimos creados a imagen y semejanza de Dios. Sin embargo, tengo bien en claro que tenemos que separarnos de una serie de principios, de una serie de reglas que durante mucho tiempo han dominado todo lo atinente a la disposición de los cadáveres; del cuerpo muerto. No podemos, por otro lado, seguir negando que el hombre tiene un derecho de dominio sobre sí mismo, sobre su cuerpo y sus elementos desintegrados, aunque no esté regulado en los derechos reales. Esto no significa, aclaro, tolerar un abuso del mismo... Tenemos que separarnos de principios que no tienen el carácter de inmutables y de reglas carentes de efectiva vigencia. La técnica así nos lo exige. Violenta al espíritu universitario ver burlar la norma porque ya no responde a la realidad. Esto no significa, aclaro, tolerar su abuso.

La norma debe ser expresión de orden, pero para que siga siéndolo tiene que conformar el principio de justicia que impone el momento. El derecho tiene que ser activo y responder a la realidad.

Dicho esto, tratando de clarificar el tema, invito a que reflexionemos.

Cuando clasificamos el derecho privado con relación al objeto, tenemos que perfilar con claridad todos los derechos que se refieren a la propia persona, a mi persona sujeto de derecho, de los que se refieren a lo que está fuera de la propia persona, a los del prójimo, a los de los otros hombres, sea en el aspecto anímico como físico.

Cuando estamos en los atinentes a nuestra propia persona, estamos considerando lo que se ha dado en llamar derecho de la personalidad: los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derechos sobre nuestro cuerpo y elementos del mismo desintegrados, que abarca aquellas facultades, aquellos poderes, aquel derecho de disposición que integra mi persona, mi vida incluso.

Cuando estamos refiriéndonos a lo que está afuera de mi persona, de nuestra persona, nos estamos refiriendo no sólo a lo de los otros sino a todo aquello que constituye producto en cuanto expresión de mi espíritu, de nuestro espíritu, que se plasma en una obra de singularidad. Me refiero a las creaciones artísticas, literarias y a cualquier otra cosa, materia de aprovechamiento que pueda ser objeto del derecho.

En suma, tenemos que dejar en claro en el análisis lo atinente a mí, a cada uno de nosotros, y lo que está fuera de mí de cada uno de nosotros, lo que corresponde a los otros hombres que no somos nosotros, sea que los consideremos en su integridad o en partes constitutivas.

¿Qué derechos tenemos sobre nuestra persona? Todos ustedes saben que lícitamente pueden disponer de sus personas y de sus facultades y advertirán, apenas se preocupen, que no encontrarán norma alguna del derecho positivo que se los diga. Pero, como les señalaba el doctor Gastaldi, sí encuentran las que protegen esta libre disposición, normas que sancionan a quien atenta contra su vida, contra la integridad física de cualquier hombre. Contra los que ofendan su honor, contra quien pretenda restringir la libertad de ustedes y las manifestaciones de la personalidad. El Código Penal tiene expresas disposiciones destinadas a proteger esos derechos.

A semejanza del derecho real, podemos disponer de nuestro cuerpo y contamos con la protección legal para evitar que alguien pueda usarlo sin nuestra autorización.

En consecuencia, podemos disponer, y aquí viene la referencia que hacía el doctor Gastaldi cuando al respecto distinguía las partes del cuerpo según sean o no renovables.

Pero advertamos que la persona una e indivisible como tal, carne y espíritu, está integrada también con una serie de facultades. También puede disponer de esas facultades. Frecuentemente las hace objeto de los contratos. Contrata la fuerza muscular como su habilidad manual para producir un trabajo. Contrata su capacidad intelectual de creación y conviene, respecto a las muchas obligaciones de hacer que ustedes distinguen, según se las pueda hacer ejecutar por otro o no. Las contrata sin inconveniente alguno a título oneroso o gratuito. Se retribuye mi servicio, se retribuye mi creación. Cada vez que contratamos sobre esas facultades cercenamos en parte la libertad. Esas facultades integran la prestación, objeto de la obligación que contraemos y cuyo cumplimiento se nos puede exigir judicialmente, y si no la cumplimos seremos condenados a indemnizar porque tienen un contenido patrimonial. En todas esas contrataciones disponemos, repárese, parte de nuestra libertad en forma patrimonial.

En nuestro análisis advertiremos que más de una vez tiene mayor importancia la libertad que alguien se cercena mediante un contrato, que el brazo o la pierna que autorizó que le corten para evitar las consecuencias de la gangrena que sufre, o de las córneas de las que dispone por estar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ciego.

Preguntémosnos ahora por qué esas disposiciones respecto a parte del cuerpo no pueden ser realizadas a título oneroso, y sí disponer bajo ese concepto de la libertad que a veces tiene mucho más valor que una parte del cuerpo enfermo.

Me han tentado las expresiones del doctor Gastaldi en este aspecto, porque ya dije que no podemos seguir con normas viejas.

Es un hecho cierto que existen bancos de sangre, y es cierto que la enajenación es a título oneroso por parte de muchos dadores. Es un hecho cierto que, cada vez con mayor frecuencia, escuchamos que alguien necesita un trasplante de médula y que abrió una cuenta en determinado banco para recibir la ayuda que requiere porque la operación que le deben hacer en el exterior demanda miles de dólares.

Lo que pasa es que a ese enfermo le señalaron un precio unitario por la operación y todo el tratamiento. Todo un paquete que comprende, por cierto, el órgano por trasplantar. La intervención quirúrgica se tiene que llevar a cabo en el exterior. Acá no se puede hacer. La imposibilidad de realizarla aquí no obedece a una dificultad quirúrgica, sino a que la mayoría de las veces la médula que trasplantarán tiene que ser buscada y adquirida por un precio.

Los invito a hacer estas reflexiones, y yo comienzo a presentar la mía.

Afirmar, como sostengo, que existe un dominio sobre nuestro cuerpo no significa el reconocimiento a un abuso de él. Afirmo que tenemos la libre decisión sobre nuestro cuerpo frente a quien sea, pero aclaro que esa decisión, como todos nuestros actos, debe estar sometida a leyes morales.

En el ámbito de las normas positivas se puede sostener el derecho a quitarse la vida. La puedo, también, arriesgar por motivos que se valoran meritorios, la huelga de hambre, como la actitud heroica de quien busca salvar la de otro.

Si me la quito y a nadie daño, para los demás todo seguirá igual. Hubo una época en que el suicidio tenía un alto nivel jerárquico. Se lo relacionaba, incluso, con la libertad. Pero sin agotar el tema sostengo que en toda circunstancia el derecho de dominio no es suficiente para justificar la destrucción de la cosa poseída, si no está subordinada a un valor superior y resulta indiscutido que la vida de una persona puede estar considerada en un contrato. Así acontece en el de seguro, en la renta vitalicia y en tantos otros, y de allí que debemos tener en claro qué gravitación tiene en esos diferentes casos el suicidio.

Podríamos decir, en principio, que en las obligaciones personalísimas el suicidio debe ser considerado un caso fortuito porque la muerte es causa de extinción en ese tipo de obligaciones. Pero no siempre es así. Muchas veces debemos considerar la muerte provocada como un hecho culpable, cuando daña a otra persona. Cuando resulta un modo de no cumplir. En esos casos, los herederos serán los obligados a indemnizar los daños y perjuicios.

El suicidio, por cierto, puede generar daños cuando se ha dispuesto de la vida indebidamente para provocar un perjuicio. En el ámbito del derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

civil puede medirse sus consecuencias respecto de terceras personas, puesto que constituye el modo de evitar cumplir obligaciones.

Queda en claro que puede ser considerado un caso fortuito, o un hecho culpable, y la respuesta que corresponda al caso de que se trate deberán o no ofrecerla los herederos por el daño originado. No me adentraré en el tema, sería necesario mucho tiempo para abarcar todo lo que debería analizarse. Piensen en todo lo que habría que decir respecto a la responsabilidad de los que cooperan con el suicida.

Pero entiendo necesario advertir que relacionado con el tema del suicidio está el de la mutilación. Nadie se mutila porque sí. Hacerlo para excluirse de un deber convierte a su autor en responsable de incumplimiento, de igual manera que cabe responsabilizarlo si lo hace para obtener una ventaja, como acontecería para simular un accidente. No se autoriza una mutilación para ponerla al servicio de la mendicidad ni para dejar de cumplir con alguna obligación del servicio militar.

Pero, en ocasiones, hay que tolerar y jerarquizar la mutilación. Cabe hacerlo cuando tiene por fin un trasplante.

Disponer del propio cuerpo para una mutilación puede ser el resultado de un acuerdo con el médico para obtener una curación.

Hoy no es novedad sostener que la disposición de parte del cuerpo de una persona puede ser materia de contratación. Pero tengamos presente que no será suficiente el mero acuerdo. Hay un interés de orden público, de moral social que debe ser tutelado. Sólo se justifican esas contrataciones para salvar la vida, evitar un mal mayor o conseguir un mayor bien.

El doctor Gastaldi se refirió a los contratos de lactancia por los cuales una señora daba su leche materna para alimentar a un niño ajeno a ella. En su momento revistieron mucha importancia, y cabe aclarar que no siempre fueron gratuitos.

Esos contratos, que tienen por objeto disposiciones semejantes, son realidades que no podemos soslayar. Nosotros no podemos ignorar la situación del necesitado que debe resolver de esa manera problemas económicos, ni frenar el progreso negando contrataciones que siempre se realizaron. Los bancos de sangre son necesarios, como lo son también los bancos de órganos. En ellos los que disfrutan de mucho dinero harán buscar los órganos necesarios para extender sus vidas, y es en ellos donde se conoce al que está decidido al acto de disposición por un sentimiento humanitario de generosidad o por estar sumido en la pobreza.

En un diario de hoy se publica la información de una señora de cierta edad que requiere óvulos para poder procrear, habida cuenta de la existencia de registros de embriones.

Todo esto es nuevo y hay que elaborar normas al respecto. Esta tarea necesita de ustedes, de gente joven que sabe actuar tomando en cuenta juicios de valor. Actuarán siempre respetando la dignidad de la persona, pero teniendo en claro que las disposiciones sobre esta materia no tienen por qué afectar esa dignidad. Se trata muchas veces de actos de generosidad, de la tremenda generosidad que significa el dar para servir.

Destaco todas esas contrataciones que considero bilaterales cuando son

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

onerosas, pero jamás entenderé compensada la entrega de uno de los órganos que contribuyen a la conservación de la vida, con la cantidad de dinero de la contraprestación por elevada que sea. De allí que entienda que no puede autorizarse a exigir el cumplimiento de la obligación de entregar el órgano y sí al pago del precio a quien lo recibió.

El doctor Gastaldi, al referirse a las partes separadas y no separadas, hizo una reflexión respecto del cabello. ¿Por qué el cabello cortado es distinto del cabello en la cabeza, para el que tenga necesidad de tenerlo? A veces me pregunto si el cabello cortado de una persona no es aprovechado por el peluquero.

Hay, amén de esa distinción, otras también interesantes. Pero tengo en claro que todo lo mío es también mío después de cualquier extracción y puedo hacerlo materia de contratación, al margen de todo juicio de valor.

Entiendo que este tema involucra un planteo nuevo. Por eso, antes de terminar esta charla, una vez más felicito al doctor Alterini por haber traído a una mesa redonda este tema, que tiene que ser materia de mayores estudios.

¿Saben ustedes todo lo que significan los bancos de sangre, la lactancia, la esterilización? Recuerden que en un momento se pretendió forzar la esterilización para conservar la raza pura, la raza fuerte. Se ha usado a la persona humana para experiencias, y todavía se debate si se autorizará o no algún matrimonio ante la perspectiva de producir perjuicios para el futuro, sosteniéndose que más vale esterilizar a los eventuales contrayentes.

Todo este tema tiene que ser tratado.

Yo quería transmitirles a ustedes ésta mi angustia, porque en mis clases acostumbro angustiar a mis alumnos para que todos tomen conciencia de lo poco y de lo mucho que tenemos que estudiar.

- Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Deseo hacer una aclaración al doctor de la Vega.

Este tema no lo fijó el Director del Departamento, sino el claustro de profesores titulares. El Director está totalmente de acuerdo con la elección mayoritaria del claustro. Si hubiera subsistido alguna duda sobre esa elección, el altísimo mérito de las exposiciones de esta noche habría confirmado el acierto de haberlo adoptado.

Ahora es el tiempo, como en todas las reuniones de mesa redonda, de que los asistentes formulen planteamientos a los profesores integrantes del panel.

PARTICIPANTE. - Deseo formular dos preguntas.

Paso a la primera: Si la ley argentina contempla el trasplante de médula ósea, ¿ésta podría ser considerada una cosa separada?

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Dejamos la contestación al doctor Greco.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTOR GRECO. - La ley establece la posibilidad de trasplante de médula ósea, cuando la reglamentación la considera como de técnica corriente. A tal fin faculta a ser dador "al menor de dieciocho años, familiar directo del receptor, previa autorización de su representante legal". La imperfección técnica es notoria: ¿a qué menor se refiere, al que cumplió dieciocho años y todavía no tiene veintiuno, o al que no cumplió los dieciocho? Si lo primero es cierto, no se advierte por qué no emplea la misma locución que para la disposición para después de la muerte, o sea "toda persona mayor de dieciocho años". Pero lo segundo tampoco es muy sostenible porque si la autorización del representante legal fuera para el menor que no cumplió los dieciocho, el que tiene entre dieciocho y veintiuno no podría expresar por sí su voluntad, ya que aquí es acto entre vivos y se requiere mayoría de edad, y tampoco lo podría su representante legal.

A mi modo de ver, no es posible considerarla como cosa separada.

PARTICIPANTE. - Segunda pregunta: ¿Se puede hacer el trasplante de médula ósea a un menor de 16 años?

DOCTOR GRECO. - No, estaría sujeto a autorización judicial. Les recuerdo que los distintos casos de autorización del representante legal si se refiere a menores bajo patria potestad, no encuadran en los supuestos de patria potestad compartida que prevé el actual art. 264 del Código Civil; de modo que al tratarse de patria potestad indistinta, cualquiera de los progenitores puede dar la autorización.

DOCTOR DE LA VEGA. - El artículo 5º del Código Civil italiano dice: "Los actos de disposición del propio cuerpo quedan vedados cuando ocasionen una disminución permanente en la integridad física o cuando sean, en otra forma, contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres". Es decir, que el principio es de disposición ya que consagra la posibilidad de disponer del propio cuerpo mientras no tenga esas limitaciones.

Esta norma ha suscitado graves problemas a la jurisprudencia italiana porque da la impresión de idea física, y así los juristas italianos han llegado a preguntarse si la operación de apendicitis lesionaba o no la norma del Código.

Por supuesto, todo esto es materia de interpretación, y todos vamos a saber interpretar partiendo de clarificar los derechos que tenemos sobre nuestro propio cuerpo.

PARTICIPANTE. - No me quedó claro si los contratos sobre disposición del cuerpo de una persona requieren, para ser válidos, de un acto de mera voluntad simplemente.

DOCTOR DE LA VEGA. - El cuerpo humano y sus órganos tiene un fin determinado. Yo soy administrador de mi cuerpo para cumplir una función. Yo soy propietario de mis cosas y no tengo tolerado un ius abutendi. Yo no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

puedo abusar, porque el abuso no es derecho, aunque la cosa sea mala. Y si es mío el cuerpo, en el concepto de dignidad que yo tengo, es para cumplir una función trascendental.

Más que propietario diría que soy administrador de mi cuerpo. Tengo una función que cumplir en la vida y para eso debo usar mi cuerpo.

PARTICIPANTE. - Se ha planteado el caso de la mujer que alquiló su vientre para engendrar un niño y entregarlo a una mujer estéril.

Para la ley argentina la concepción se produce en el seno materno, hecho que no se da en este caso.

El doctor Gastaldi habló de partes renovables que al separarse se transforman en cosas. Los óvulos y los espermatozoides son partes renovables. Al separarse del cuerpo, ¿se transformarían en cosas, o rige otro principio...?

La mujer que engendró el bebé, no quiere entregarlo. Dentro de las normas actuales, ¿cuál sería la solución?

DOCTOR GASTALDI. - El tema es polémico.

Si usted recabara mi opinión, yo me inclinaría a sostener el derecho de la madre que concibió al niño, la que lo tuvo en su vientre, que nació de ella.

En este caso sería discutible aquello de la venta de la cosa separada del cuerpo.

Yo señalé, y lo remarqué, principios generales: incluso indiqué que en más de un caso puede haber discrepancias. Hoy en día puede cuestionarse la solución que mencioné, por ejemplo, cuando se trata de partes renovables y no se cumple el contrato y sea susceptible de indemnización. Por eso cité la postura de Orgaz como contradictoria, si bien no es tan moderna.

Todos estos temas están para la polémica, y sólo podemos expresar nuestra opinión personal. En este caso particular tengo mi opinión, que no sé si es compartida por quienes me acompañan aquí.

PARTICIPANTE. - En este caso, la mujer que alquiló el vientre de la otra, ¿tendría derecho a una indemnización...?

DOCTOR GASTALDI. - Si pagó, tendrá derecho a la restitución de su dinero.

Además del caso del dolo, que se ha planteado, podría darse el de la permuta de órganos, tema sobre el cual hemos conversado con el doctor de la Vega. Ahí se complican más las cosas. Supongamos que yo doy un riñón contra la dación de una córnea, yo cumplo y el otro no. Quizás en este caso podría haber una acción de indemnización, pero hay una disposición de la ley que prohíbe la contraprestación. Pero al menos de lege ferenda nos plantea la duda en ese caso, porque en definitiva me hice extirpar un riñón, se lo implantaron al otro, y no tuve como contraprestación la córnea prometida.

Como bien ha señalado el doctor de la Vega y también quedó en claro lo que dijo el doctor Greco, la ley ha legitimado algunas situaciones. La ley

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

puede legitimar otras situaciones, y llegará el momento en que se determine hasta dónde puede legitimar la ley, porque por sí sola no implica que si es inmoral no pueda ser declarada como tal por los jueces que tienen ese control, o de inconstitucional.

La polémica queda abierta, y sólo podemos expresar en algunos casos opiniones de tipo personal.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Queda concluida la mesa redonda, y agradecemos la presencia de todos ustedes.

- Aplausos.

Tema: PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA

Relatores: PROFESORES DOCTORES MARINA MARIANI DE VIDAL Y JORGE HORACIO ALTERINI

Fecha: 9 DE OCTUBRE DE 1991

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR ROBERTO LÓPEZ CABANA. - Antes de iniciar el tratamiento del tema que hoy nos convoca, solicito que nos pongamos de pie y guardemos un minuto de silencio en homenaje a la memoria del profesor emérito de esta casa de estudios, el doctor José María López Olaciregui, que con su reconocida capacidad y fecunda trayectoria civilista honró a este claustro universitario.

- Puestos de pie, los asistentes al acto guardan un minuto de silencio.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - En esta mesa redonda, que hoy como subdirector del Departamento de Derecho Privado me toca presidir porque el director de nuestro Departamento, doctor Jorge Alterini, será uno de los expositores, proseguimos con el ciclo "Protección de la persona".

Nos acompaña esta noche la doctora Mariana Mariani de Vidal y, por la ausencia, que lamentamos, de la doctora Ana Raquel Nuta, que no integrará el panel por razones de salud, el doctor Alterini se hará cargo del tema que a ella le correspondía exponer.

La doctora Mariani de Vidal se referirá a "Derecho de vivienda y el concurso de vendedor". Después el doctor Jorge Alterini abordará dos temas. En primer término: "Protección de la vivienda en el caso del último beneficiario superviviente del bien de familia, que además se convirtió en su único titular", y luego otro, relacionado con el que tenía que tratar la doctora Nuta; "Comparación de la situación jurídica del cónyuge sobreviviente ante el derecho real de habitación; el bien de familia y la indivisión de la casa habitación".

De acuerdo con lo anunciado, concedemos la palabra a la doctora Mariani de Vidal.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTORA MARIANI DE VIDAL

En estas mesas redondas sobre tutela de la persona, los profesores de derechos reales hemos elegido específicamente el tema de la protección de la vivienda; y al respecto me pareció importante referirme al artículo 1185 bis del Código Civil y a sus implicancias en la materia.

Transcurridos más de veinte años desde la introducción de esta norma en el Código Civil, es conveniente hacer una recapitulación de los problemas que se han presentado y cómo se han ido solucionando con el correr del tiempo. La preocupación acerca del boleto de compraventa no es nueva ni empezó en el 1185 bis, ya que con anterioridad hubo otros regímenes, verbigracia, el decreto 9032/63, que tuvo triste suerte porque jamás se aplicó y pasó a la historia por desuetudo; la ley de prehorizontalidad, aunque de relativa aplicación; la ley 14005, de venta de inmuebles en lotes, que también fue importante, y el artículo 1185 bis, que tuvo mejor suerte que las normativas que acabo de mencionar.

El problema del boleto de compraventa surge a raíz de que no guarda la forma que tiene que revestir el título suficiente a los fines de la traslación del dominio. Vale decir que para nuestro Código Civil, que en punto a derechos reales sigue la teoría del título suficiente y del modo suficiente, el boleto no satisface la forma exigida para el título suficiente respecto de inmuebles, según la norma del artículo 1184.

Por lo tanto, frente a un boleto de compraventa, aun habiendo tradición, posesión por parte del adquirente, y aun cuando se considere que esa posesión surge de un boleto de compraventa celebrado de buena fe, aunque se haya pagado todo el precio (en nuestro régimen jurídico tal circunstancia no hace a la transferencia del derecho real), aun reuniéndose todos estos requisitos, el derecho real no se ha transmitido. Mientras no se firme la escritura llamada traslativa de dominio, continúa el derecho de propiedad en cabeza del vendedor, y el comprador sólo tendría el derecho de exigir, en principio, el otorgamiento de la escritura pública, y sólo después de inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble ese adquirente se convertirá en un titular con derecho oponible erga omnes.

La preocupación por proteger a los adquirentes con boleto en materia inmobiliaria se basa entonces, más allá de todos los debates que pueda haber acerca de la naturaleza jurídica del boleto como contrato, en que en la órbita de los derechos reales, es decir, de transmisión y adquisición correlativa del dominio, casi nadie discute (salvo algunos, los menos, que dicen que hay dominio imperfecto) que con boleto de compraventa el título suficiente no está formalizado y no hay transmisión de dominio.

Por eso, aun mediando tradición, el boleto y la posesión no dan derecho al adquirente para sustentar una tercería de dominio. La jurisprudencia desestima las tercerías de dominio que se fundamentan en boletos de compraventa.

El adquirente con boleto no puede intentar una tercería de dominio en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejecuciones que puedan seguir al vendedor otros acreedores; y así, frente a un acreedor hipotecario, por ejemplo, puede llegar a rematarse el inmueble y él perder todo, en especial si el vendedor es insolvente.

Tampoco hay posibilidad de que el boleto - esto lo digo para disipar una duda que generalmente se plantea - , cuando se una a la posesión, pueda llevar a la propiedad por la usucapión breve.

El boleto no es la forma del título suficiente. Un título con un defecto de forma hace presumir la mala fe del adquirente, quien tiene que saber que en materia de inmuebles hay que contar con la escritura pública. Además, el Código Civil establece que cuando el título carezca de forma no es justo título a los efectos de la usucapión breve. Así lo disponen los artículos 4010 y 4011, de los cuales deriva que no hay justo título si se trata de un boleto de compraventa.

Entonces, ¿qué hacer con estos adquirentes que no son una cosa ni la otra? ¿Tendrán que esperar veinte años para arribar al dominio y hasta ese momento no podrán enfrentar a los acreedores del vendedor?

El artículo 1185 bis nació como respuesta a un plenario, ya bastante antiguo, de 1967, de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, que en un caso que tuvo mucha repercusión, el de "Lozzi, E. c/Socha SA", resolvió que, habiendo tradición de la cosa, habiendo pago de la totalidad del precio, pero faltando la escritura - el adquirente sólo contaba con boleto de compraventa - , no había habido transferencia de dominio, y la situación resultaba inoponible al concurso. En consecuencia, lo único que podía hacer el adquirente era verificar en el concurso todo lo pagado. Imagínense la situación que se le creaba repentinamente a una persona que estaba viviendo en un inmueble: tenía que devolverlo y verificar su crédito para recobrar lo entregado tarde, mal y nunca en el concurso... Ese caso, en su momento, fue un verdadero explosivo.

La jurisprudencia de la Cámara Comercial se enfrentó con la jurisprudencia de la Cámara Civil, que por todas sus salas sostenía que en tales condiciones ese boleto era oponible al concurso y tenía que escriturarse, de lo contrario se violaba la buena fe.

La respuesta a este plenario fue la sanción del artículo 1185 bis, que se introdujo en el Código Civil el año siguiente, 1968, mediante la ley 17711. Su lectura nos será útil en este análisis. Dice: "Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra de vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio."

Esta norma se complementa con el artículo 150 de la ley 19551, de concursos, que dispone: "Las promesas de contratos o de contratos celebrados sin la forma requerida por la ley no son exigibles al concurso, salvo cuando el contrato pueda continuarse por éste y media autorización judicial, ante expreso pedido del síndico y del tercero... El artículo 1185 bis del Código Civil sólo se aplica a los casos de inmuebles destinados a vivienda." Este artículo - se los recuerdo - está ubicado entre los efectos de la quiebra del vendedor y se refiere a los que produce en el contrato de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

compraventa.

Voy a ir desmenuzando el artículo 1185 bis para establecer los requisitos que se deben cumplir. "Los boletos de compraventa de inmueble otorgados a favor de adquirentes de buena fe..." ¿Quiénes serán los adquirentes de buena fe? ¿En qué consiste la buena fe en este caso? Consiste en la ignorancia excusable acerca del estado de insolvencia del concursado en cuyo concurso se va a hacer valer este boleto.

Sigue el artículo diciendo: "... serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor..."

Anteriormente se diferenciaba entre el concurso civil y el concurso comercial, que se llamaba quiebra. En la actualidad no se hace ninguna distinción entre el concurso civil y el comercial, todos son concursos (art. 2° actual, ley 19551, texto ordenado en 1984).

Hay que distinguir, sí, entre concurso preventivo y quiebra. En una interpretación moderna de la norma, hay quienes se preguntan si el Código Civil, al referirse al concurso o quiebra, quiere decir que también están comprendidos los concursos preventivos, es decir, si la norma podrá jugar también en materia de concurso preventivo.

No olvidemos que el artículo 150 de la ley de concursos se refiere al efecto del boleto en cuanto a la quiebra, y allí es donde exige el requisito de vivienda, según hemos leído. Reitero que este artículo trata los casos de promesas de contratos, de contratos que no tienen la forma requerida por la ley concursal.

El artículo 21, en materia de concurso preventivo, no hace ninguna limitación, nada dice del destino del inmueble. Como se suele criticar en alguna medida esta limitación por lo que vamos a ver, hay autores que sostienen que, como la ley en materia de concurso preventivo no distingue, en los concursos preventivos, cualquiera que sea el destino del inmueble, parecería que el boleto resulta oponible.

¿Qué pasaría si el artículo 1185 bis se hiciera valer en las ejecuciones individuales?

El concurso es una ejecución colectiva. Cuando no hay ejecución colectiva, la ejecución es individual.

Si en las ejecuciones colectivas, que es lo más grave que le pueda pasar a un transmitente, el boleto es oponible a toda la masa acreedora, ¿por qué no podrá ser oponible también en las ejecuciones individuales? Es decir, que podrá no ser suficiente para fundar una tercería de dominio, porque transmisión de dominio no hay, pero ¿por qué no podrá ser suficiente para fundar una tercería de mejor derecho? Así se podría salvar el inmueble, respecto del cual hay un boleto, de las garras del acreedor que ha iniciado la ejecución individual.

Esta posición se está abriendo camino en la jurisprudencia. Nació en la provincia de Buenos Aires por fallo de la Suprema Corte, tiene ya dos fallos a favor, en 1989 y 1990, y la doctrina pasó a la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial.

Por lo tanto, el 1185 bis juega no sólo en materia de ejecuciones colectivas, sino que a fortiori o, por qué no, tiene que jugar también en materia de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejecuciones individuales. Ello así, aun cuando no haya entrega de la posesión, que no es requisito del 1185 bis - como vamos a ver - , porque cuando hay entrega de la posesión pueden entrar en juego otras normas, inclusive la del artículo 2355 que califica de legítima la posesión adquirida con boleto de compraventa, siempre que haya habido buena fe del adquirente, lo que ha dado lugar a interminables y aún no terminadas polémicas. Pero parece que el 1185 bis, que no exige posesión, permitiría oponer el boleto aun a la ejecución individual.

Ya tenemos delimitados dos problemas. Si decimos que el concurso implica una situación grave porque el concursado es insolvente, es decir, que sus bienes no alcanzan a satisfacer a todos sus acreedores, es de aplicación el famoso principio que rige en materia de concursos: par conditio creditorum, paridad de los acreedores. Parecería, entonces, que toda norma que salga de este principio tiene que ser interpretada restrictivamente.

Siguiendo con los requisitos que tiene que reunir el boleto para poder ser oponible al concurso, el Código Civil establece que tiene que haberse pagado el 25 por ciento del precio.

Frente a esta exigencia se generan dos problemas. Uno, el de saber si el 25 por ciento del precio comprende capital e intereses o sólo el capital. Parece que la respuesta es que el 25 por ciento se debe referir al capital, indexado o no, según se aplique o no la ley de convertibilidad, según los períodos, etcétera, porque los intereses, punitivos o moratorios, no son el precio. Es lógico que el 25 por ciento del precio apunte al 25 por ciento del capital exclusivamente, y algún fallo así lo ha resuelto. La jurisprudencia se orienta en ese sentido.

Por supuesto, ese 25 por ciento tiene que haber sido pagado antes de la declaración de la quiebra; si se paga después, no tiene valor a los fines del artículo 1185 bis.

Respecto del 25 por ciento del precio, se plantea la duda de si, además del pago de ese porcentaje, es necesario que haya tradición. Ese interrogante se planteaba antiguamente en casos que precisamente dieron origen a la norma del 1185 bis que contempló el plenario. "Lozzi c/Socha SA".

Otro interrogante supongamos que el adquirente está en posesión del inmueble, pero no ha pagado aún el 25 por ciento del precio. ¿Jugará o no el 1185 bis? Hubo grandes discrepancias al respecto, hasta que un plenario de la Cámara Comercial, en el caso "Arturo de Zaguir, M. c/Concepción Arenal SCA", del 8 de julio de 1981, resolvió que había que pagar el 25 por ciento del precio. Es decir, la posesión no suple la falta de pago del 25 por ciento del capital y, a su vez, la posesión no es necesaria. En síntesis, es suficiente con el pago del 25 por ciento del precio, sin necesidad de que haya habido tradición de la cosa al adquirente.

Entre otros problemas que plantea esta norma, se presenta una duda respecto de la fecha cierta, es decir, si es necesaria o no la fecha cierta en el boleto a fin de poder ser opuesto al concurso.

Autores como Borda sostienen que lo suple la posesión, pero parten de la base de que la posesión es exigible para el 1185 bis, lo que no es así como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hemos visto, por lo que parece que la solución no puede ser otra que exigir que el boleto, para ser oponible, tenga fecha cierta anterior a la declaración de quiebra, de lo contrario no podrá ser oponible. En síntesis, es necesaria la fecha cierta anterior. Y es muy fácil concluir así, porque el 1185 bis integra el Código en el que los artículos 1034 y 1035 son claros respecto de la exigencia de la fecha cierta en materia de instrumentos privados.

En cambio, a mi juicio, no es necesaria la inscripción del boleto, que en la Capital Federal no se exige, pero sí en algunas provincias, como Córdoba y Entre Ríos, en sus respectivos Registros de la Propiedad Inmueble. La norma nacional de fondo, que es la que regula esta cuestión, no exige la inscripción. Además, la ley 17801 del Registro de la Propiedad Inmueble tampoco contempla la inscripción de los boletos para los casos en que no haya una ley especial que lo exija; aquí no la hay.

Parece básico que la inscripción no es necesaria aun en las provincias en las que está organizado el registro de boletos, salvo en caso de que normas especiales lo exijan, como en la ley de prehorizontalidad o en la ley 14005.

Un autor (el doctor Luis Andorno), para darle mayor fuerza a la oponibilidad del boleto al concurso del transmitente, piensa que aquél puede caer dentro de las anotaciones personales a que se refiere la ley 17801 (art. 30, inc. b) y tendría que inscribirse, inscripción que sería exigible en las jurisdicciones que tengan organizado el registro de boletos.

Hay que tener presente que el crédito debe ser verificado. Cuando se quiere oponer el boleto al concurso, es necesario verificar el crédito. Hay que prestar atención a esta verificación porque hay plazos que deben ser cumplidos y, de hacerlo tardíamente, las costas son enormes.

El artículo 33 de la ley de concurso no hace distinciones, y hay quienes sustentan el criterio de que no es necesaria la verificación, toda vez que el 1185 bis no la exige como requisito imprescindible y expreso.

En el régimen del concurso - que es completo - la verificación es exigible. Además, esta es la solución más valiosa porque la verificación lleva a controlar si ese boleto reúne los requisitos que el Código Civil exige, lo mismo que la ley de concursos, para la oponibilidad del boleto. Por lo tanto, la verificación a tenor del artículo 33 de la ley de concurso, es exigible.

Pasamos ahora al verdadero tema de esta charla, que es el destino de vivienda.

El artículo 1185 bis no exige destino de vivienda; la ley de concursos, en su artículo 150 - reitero que está ubicado entre los efectos de la declaración de quiebra - exige el destino de vivienda para que pueda jugar el 1185 bis.

Queda con un signo de interrogación el concurso preventivo, en cuanto a si juega o no la oponibilidad del boleto y, en ese caso, si se necesita o no el requisito de vivienda. Y también queda flotando si este requisito juega en los casos en que se decida aplicar el 1185 bis en el supuesto de ejecución individual. Les adelanto que los casos en los que la jurisprudencia resolvió que sí jugaba para las ejecuciones individuales eran aquellos en los que se había pagado, si no todo, por lo menos una parte importantísima del precio, había habido tradición y el destino era vivienda. Es decir, a los jueces los conmovió esa circunstancia, porque, de decidirse lo contrario, los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adquirentes hubieran tenido que desalojar los inmuebles.

De modo que quizás ese interrogante que se presenta debería ser resuelto por el principio de par conditio creditorum.

¿Qué es esto del destino de vivienda que exige el artículo 150 de la ley de concurso? ¿El destino dado por quién? ¿por el vendedor, por el comprador? ¿Será el destino que objetivamente pueda satisfacer el bien, o será el destino subjetivo, el que le va a dar el adquirente?

Supongamos que un petit hotel destinado a vivienda por el propietario se venda y el adquirente piense destinarlo, por ejemplo, a una clínica psiquiátrica. Ahí hay un destino objetivo, pero no un destino subjetivo; hay un destino actual, el de vivienda, pero el destino futuro será el de la clínica psiquiátrica. Entonces, ¿es oponible o no?

Es bueno recordar que la Corte Suprema consideró en 1982 que esta especie de "discriminación", de desigualdad, es justificada, de manera que la exigencia del destino de vivienda es constitucional.

Supongamos el caso del propietario de un terreno que lo vende al titular de una empresa constructora. Este empresario construye un edificio que va a someter al régimen de propiedad horizontal y firma boletos con otras personas que van a vivir allí. El propietario del terreno quiebra; el empresario quiere salvar el negocio y los adquirentes de unidades también quieren salvar su compra. El destino objetivo es de vivienda, pero no el destino subjetivo porque la empresa compró el terreno no para vivienda sino para lucrar con él. En este caso, ¿está protegido o no? Estaría protegido, en mi opinión.

Otro caso. Supongamos que una persona ahorró dinero para comprarse un lote de terreno y construir en él su propia casa. El vendedor quiebra. No hay destino actual, no hay destino objetivo ni subjetivo. En este caso, ¿es oponible o no? Como juez me temblaría la mano si resolviera que no es oponible, a pesar de que ahí el destino de vivienda no es actual, sino futuro.

Otro caso. Supongamos que se trate de un edificio con una construcción no muy adelantada, y el vendedor cae en concurso. La oponibilidad y la subsiguiente escrituración que se puede exigir al concurso para consolidar el dominio tiene que ser material y jurídicamente posible porque no se puede exigir que el concurso distraiga fondos que van a servir para satisfacer a todos los acreedores, para terminar la construcción. En estos casos el adquirente sólo tiene que verificar su crédito por la parte que pagó del precio, y no puede oponer el boleto.

Pero ¿qué sucede cuando el edificio está casi terminado y el adquirente o los adquirentes - porque pueden ser muchos los adquirentes, por ejemplo, si se trata de un edificio que va a ser sometido a la ley de propiedad horizontal - deciden hacerse cargo de la terminación de la obra? ¿Será oponible o inoponible? ¿El concurso tendrá que hacerse cargo de lograr la aprobación de los planos, el certificado final de obra? ¿Podrá el juez sustituir la voluntad del fallido para otorgar el reglamento de copropiedad y administración? Algunos jueces en lo Comercial lo han hecho así. Ofician al Banco Hipotecario Nacional, por ejemplo, para que les informe sobre las cláusulas que usualmente constan en los reglamentos de copropiedad, y así han

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posibilitado el acceso a la escritura pública, y, por tanto, al dominio, de esos adquirentes de buena fe que caen en la preceptiva del 1185 bis.

Otro tema es el referido a los inmuebles sometidos a la ley de prehorizontalidad. Sabemos que los dos requisitos fundamentales son que se inscriban la afectación y luego los boletos.

Algunos autores sostienen que en estos casos juega no el artículo 1185 bis, sino la ley de prehorizontalidad, de manera que, si no se satisfacen las exigencias de esta ley, el boleto no es oponible.

No obstante, cabe hacer una distinción. La anotación de la afectación corresponde al propietario, que en nuestra hipótesis es el quebrado, el fallido. El incumplimiento de la obligación por parte del fallido parece que no puede redundar en perjuicio del adquirente porque él no puede suplir ese incumplimiento. Aquí el boleto es oponible. Pero si se inscribe la afectación y no el boleto, la hipótesis es otra porque en la prehorizontalidad la inscripción del boleto la puede requerir tanto el adquirente como el transmitente, de modo que, si aquél no hizo inscribir el boleto, tendrá que soportar las consecuencias de su propia conducta discrecional, es decir, el boleto no será oponible.

Vayamos a otro caso que se puede presentar. ¿Qué sucede si el adquirente utiliza el inmueble, por ejemplo, para veraneo? Es una vivienda, pero sólo para las vacaciones. En este caso, ¿es oponible o no?; ¿satisface o no satisface el requisito de vivienda? Una vivienda en country que se tenga únicamente para los fines de semana ¿satisface o no satisface ese requisito? Un lote en un cementerio privado - problema que se puede plantear - ¿será o no será oponible? ¿Jugará el artículo 1185 bis?

Con estos ejemplos quiero demostrar que el artículo 1185 bis es un semillero de problemas y de cuestiones que deben seguirse estudiando.

Vayamos al caso de las cocheras. Quien adquiere una cochera en un garaje, por más que se quiera ampliar la interpretación de la norma, parece que no podría ser oponible. Pero quien adquiere una cochera como unidad complementaria de la unidad de vivienda de su propiedad estaría cubierto por la norma, porque en los casos de destino mixto el boleto es oponible; y así lo considero.

Supongamos el caso de un profesional - psicólogo, médico, abogado, etc. - que atiende en su casa. So pena de desproteger a la vivienda, el destino mixto tiene que estar comprendido, sin ninguna duda, en el 1185 bis.

También sería necesario proteger, por ejemplo, campos o locales de comercio que a lo mejor son la base de la subsistencia de sus adquirentes.

Hay buenas razones para proteger al adquirente de un inmueble para destino de vivienda como para estos destinos que acabo de señalar, lo cual parece que la ley no lo permite.

Algunos autores entienden que, retornando a la norma común de la que les hablé, o sea, al principio de par conditio creditorum, la interpretación tiene que ser restrictiva en todo lo que implique apartarse de él. También hay quienes sostienen que cuando el artículo 150 de la ley de concursos se refiere al destino vivienda, este destino tiene que ser actual, propio del adquirente - es decir, que en algunos casos que planteábamos no cabría

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aplicarse - y además debería tratarse - yo no participo de este criterio - de vivienda única y reunir los requisitos que exige la ley para que pueda ser inscrita como bien de familia.

Doy por concluida mi intervención.

- Aplausos.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Agradecemos a la doctora Mariani de Vidal su brillante y aguda exposición, y pasamos a escuchar al doctor Jorge Horacio Alterini, quien, como dijimos, se va a hacer cargo de su tema y del que le correspondía a la doctora Ana Raquel Nuta.

DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI.

El primero de los aspectos que originariamente pensaba tratar, y que la reformulación de la mesa redonda impone que lo haga con mayor brevedad, atañe a la protección de la vivienda en el caso del último beneficiario sobreviviente del bien de familia que además se convirtió en su único titular. Previamente quiero explicar por qué dentro de un simposio sobre tutela de la persona hablamos de la vivienda.

Como ustedes recordarán, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se proclamó textualmente en el art. 25 que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia... la vivienda".

Si pasamos revista a las necesidades más elementales de los seres humanos, encontramos que a renglón seguido de los alimentos está la vivienda. Más aún, si visualizamos el concepto de alimentos que nos brinda el Código Civil en su artículo 372, advertiremos que se alude a la habitación como comprendida la idea de alimentos.

Entre habitación y vivienda hay una relación muy estrecha, son conceptos que tienden a confundirse.

En una obra francesa clásica en esta temática, al menos en los aspectos sociológicos y filosóficos: Hábitat y vivienda, de Havel, rescatando purezas en estos conceptos, se lee que acaso la idea de hábitat apunte más a la protección, a la seguridad, al refugio adecuado, y, en cambio, la vivienda reflejaría en mayor medida la idea de residencia efectiva.

Con ese esquema, en realidad, pondré el acento más en la protección de la habitación que de la vivienda, no tanto en la residencia efectiva, sino más bien, o al menos al mismo tiempo, en una residencia adecuada. Una cabaña puede ser una excelente vivienda, entendida como residencia efectiva, pero inadecuada como habitación, porque tal vez una cabaña, salvo que sea muy confortable, no es aspiración común de la persona. Por supuesto, hay quienes tienen que conformarse con mucho menos que una cabaña, pero ésta es una realidad lamentable que debemos esforzarnos para superarla.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Entraré directamente en el tema del bien de familia y, en especial, en el punto que nos convoca. El bien de familia procura satisfacer, según se infiere del artículo 34 de la ley 14394, que organiza éste y otros institutos, las necesidades de sustento y de vivienda del constituyente y de su familia.

Según el art. 35, son beneficiarios, aparte del constituyente del bien de familia y de su cónyuge, los descendientes, ascendientes y los hijos adoptivos, o, en su defecto - cuando no los hay - , los parientes colaterales hasta el tercer grado, si convivieren con el constituyente. Es un concepto especial de familia compatible con la noción biológica.

Además, para que funcione el instituto, el constituyente o su familia tiene que habitar el inmueble afectado o unos u otros explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él instalada - así lo dice el artículo 41 de la ley - , salvo supuestos especiales que admita de manera transitoria la autoridad de aplicación y por causas debidamente justificadas.

Destaquemos estas ideas acerca del sentido del bien de familia, de quiénes intenta proteger y de qué requisitos se necesitan para su persistencia.

Hay una correlación estrecha con las causales de extinción del bien de familia, sobre todo con las que más nos interesan en esta oportunidad, que son las del inciso d) del artículo 49. Entre esas causales alude a la desaparición de los presupuestos del artículo 34: cuando excede las necesidades de sustento y vivienda; cuando no se configuran más los requisitos del artículo 36: cuando no hay familia; o del artículo 41: cuando el inmueble no se habita o no se explota por cuenta propia, y, finalmente, cuando hubieran fallecido todos los beneficiarios.

El tema donde pretendo rescatar en toda su importancia la protección de la vivienda aun más allá de la existencia de familia, pero siempre dentro del instituto del bien de familia, se aprecia en el último andarivel citado.

No fallecen todos los beneficiarios, pero queda uno solo. Todavía no se presentarían problemas, pero ese único beneficiario, por devenires jurídicos, se ha convertido en el único titular del inmueble. O sea, el último superviviente, que pasa a ser el único beneficiario, es al mismo tiempo el único titular del inmueble.

En esta disputa conceptual se exponen dos doctrinas.

La tradicional, llamada doctrina de la extinción, sostiene que la familia no existe si hay un solo beneficiario, que puede ser el último hijo varón o la última hija mujer, o la viuda o el viudo, y además se trata del único titular del inmueble.

Hasta se han publicado artículos diciendo que la familia supone por lo menos dos personas. Obvio. El problema es si la protección exige dos personas por lo menos.

También dicen que si al desaparecer toda la familia y quedar nada más que el constituyente, se extingue el bien de familia porque no hay beneficiarios, inversamente, si el único beneficiario pasa a ser único dueño, también se extingue el bien de familia. Una suerte de simetría jurídica.

La otra tesis es la de la subsistencia, en la que estoy comprometido desde hace años, y no sabía cuán comprometido estaba.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En un artículo muy valioso sobre el tema (LL 1986 - D - 357), el profesor Lagomarsino - encargado de cátedra en esta Facultad - atribuye la tesis de la subsistencia a la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que integro. Lo mismo hace quien más ha trabajado en el tema de bien de familia, el doctor Guastavino (véase, en especial, ED, t. 122 - 334); la concebimos desde el precedente del 31 de marzo de 1986, en los autos "Fernández, Maximino, Lema de Fernández, Esperanza s/sucesiones".

Les confieso cuál es el origen de esta idea. La formulé por primera vez el 28 de mayo de 1983 - por razones obvias las fechas son importantes, y por eso las puntualizo - en un simposio sobre "Protección del patrimonio familiar y la sucesión hereditaria", que tuvo lugar en la Delegación Mar del Plata del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Y la reiteré aquí, en esta Facultad, en un simposio sobre "Régimen jurídico del patrimonio familiar", realizado el 10 de agosto de 1983.

No suponía la originalidad de la tesis, porque no creía compartible la tesis opuesta, a pesar de que la mencionaba. No me atreví a decir, frente a algo que me parecía poco discutible, que era el primero en sostener esta posición. Parece que sí, ya que tanto Guastavino como Lagomarsino se la adjudican a la Sala C de la Cámara Civil. Y como yo la había sostenido antes, parecería que soy quien primero vislumbró esta interpretación.

La orientación clásica, o de la extinción, comenzó a sentirse incómoda y a admitir excepciones. Y así reflexionó que la afectación desaparece ante un propietario único; pero, si por vía sucesoria, el beneficiario único llega a ser cotitular, el bien de familia no se extingue. También, si el último beneficiario supérstite es la viuda del constituyente, aunque ella fuera la única dueña, por razones de equidad subsistiría el bien de familia.

Cuando se formula un principio y luego se defienden excepciones, se demuestra que ese principio no es tan fuerte. ¿No habrá acaso reticencia para cambiar de opinión cuando se la ha sostenido desde los artículos, desde los libros...?

Nuestra Cámara Civil no ha llegado al fallo plenario, a pesar de que estuvo próximo a producirlo, porque, en definitiva, entendió que no había antecedentes nítidamente contradictorios, que, como ustedes saben, son los que provocan el fallo plenario. Luego de una apertura provisional por la Sala respectiva, el pleno de la Cámara, con mi voto en contra junto a distinguidos colegas, no abrió el plenario, lo que hubiera clarificado definitivamente el tema. Se trata de la resolución por mayoría del 31 de marzo de 1991 en la causa "Adaime, Amado y Mallorca, Catalina s/sucesión ab intestato".

Tengo la sensación de que en el futuro ésta será la doctrina plenaria. Estoy convencido de que es la buena doctrina. Por de pronto, hay un argumento literal: la causal de extinción es que fallezca hasta el último beneficiario. Aquí hay uno solo, pero lo hay. Algunos dicen que no hay más familia, por lo que no sería aplicable el párrafo final del inciso d) del artículo 49, y sí la causal de extinción resultante de la desaparición de la familia.

Ese argumento lo rebatió acertadamente el doctor Lagomarsino, al señalar que el legislador, a quien debemos suponer congruente, prevé como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

causales de extinción distintas la desaparición de la familia y el fallecimiento del último beneficiario.

¿Cómo puede desaparecer la familia, aunque subsista algún beneficiario? Desaparece, por ejemplo, cuando hay un divorcio vincular: aquí finiquita la relación con el cónyuge. Cuando hay acciones que hagan cesar relaciones de filiación: así quien estaba emplazado como hijo pierde ese status. La familia desaparece por alternativas jurídicas, no biológicas.

En cambio, en el último párrafo mencionado se apunta al hecho biológico del fallecimiento del último beneficiario. Pero, como dijo la Sala C, si el constituyente es previsor y quiere proteger a ese último beneficiario, déjenlo que lo proteja. Ese último beneficiario puede ser un incapaz o un inhabilitado.

¡Qué contradictorio!: el último beneficiario, mientras viva el constituyente, tendrá un beneficio que nadie discutirá, pero debe rogar que no se muera. Más allá de que el ruego responda al afecto, igualmente lo impondría la conveniencia, porque si aquél muriera quedaría privado del beneficio. Como sería el único heredero, el beneficio desaparecería. Esta es una interpretación disvaliosa: tiene que estar preocupado por el destino ajeno para no perturbar el propio, cuando la ley dice claramente que se protege hasta al último beneficiario.

Además de los argumentos citados y de otros que se puedan agregar, hay que rescatar de la ley no sólo la protección de la familia, sino también de lo que subyace, que es la protección de la vivienda, que, con la adhesión a la Declaración Universal de Derechos Humanos, interniza su fuerza vinculante para el derecho argentino. Tiene además rango constitucional. El artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que introdujo la reforma de 1957, al referirse a la seguridad social en sentido genérico, dice que "En especial la ley establecerá... la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna."

Con el sustento de razonamientos como los referidos y de las normas ordenadoras de la comunidad contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Constitución Nacional, parece difícil concluir en sentido distinto del propuesto.

Este es el primer aspecto, que he formulado más sumariamente porque la ausencia de la doctora Nuta ha dejado libres otros temas que nos hemos distribuido con la doctora Mariani de Vidal.

La doctora Nuta iba a hablar concretamente del derecho real de habitación. Como hay ausencias irremplazables, he preferido, con la intención de dar un panorama más integral, hacer una comparación entre diversos institutos que atañen a la protección de la vivienda.

La doctora Mariani de Vidal ha tratado con envidia un aspecto de la protección de la vivienda particularmente importante. Pero quedan otros: por ello, esta segunda parte podría llamarse Comparación de la situación jurídica del cónyuge supérstite ante el derecho real de habitación, el bien de familia y la indivisión de la casa habitación.

Esta noche, para los que conocen el tema y para los que no lo conocen, he

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

realizado una muy rápida presentación del bien de familia.

Este instituto convive con otros dos básicamente tutelares de la vivienda, de los que me ocuparé.

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite, incorporado como art. 3573 bis del Código Civil por la ley 20798, es una de las máximas expresiones solidarias de los parlamentos constitucionales. Implica que el cónyuge supérstite, cuando concurriera con otros coherederos o legatarios y existiera un único inmueble habitable, tiene derecho real de habitación sobre ese inmueble, si fue asiento del hogar conyugal y cuya estimación no exceda el límite máximo asignado a las viviendas para ser declaradas bien de familia, el que persistirá hasta su muerte porque es vitalicio, y es gratuito, y se extingue con el nuevo matrimonio que pueda contraer el supérstite.

La otra dimensión protectora que quiero mencionar, para hacer después la comparación integral, es la del caso del artículo 53 de la ley 14394, en materia de indivisión forzosa para bienes de origen hereditario. Es el supuesto de la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal y que fue la residencia habitual de los esposos. El cónyuge supérstite podrá oponerse a la división del condominio que exista sobre ese inmueble.

Son dos instituciones que tienen fines paralelos, y, para posibilitar la comparación, me detendré en la situación del cónyuge supérstite, en esas distintas temáticas.

a) Naturaleza del derecho

La doctrina dialoga demasiado con respecto a la naturaleza del derecho otorgado por el art. 3573 bis. Es derecho real de habitación. Tiene algunas notas propias que son las que le imprime la norma y las que resultan de la aplicación de la habitación en este ámbito tan singular. Pero no hay que exagerar y, por ver alguna singularidad, creer que nos encontramos con algo muy distinto de lo que es el clásico derecho real de habitación.

El usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos es muy particular y nadie lo saca del contexto general del usufructo; es una modalidad del usufructo, pero de fuente legal. Y esta es otra manifestación del derecho real de habitación, que también nace de la ley.

En el supuesto de la oposición del cónyuge supérstite a la división de la comunidad hereditaria, porque lo van a dejar sin vivienda, se trata simplemente de un comunero hereditario que ejercita el derecho de oponerse a la partición. Sigue siendo comunero hereditario, su condición no se muta, es un comunero que se puede oponer al derecho de los demás, si quieren excluirlo. Tal vez en esa casa habitación vivan otros coherederos, pero hay que garantizar la vivienda del cónyuge supérstite.

La naturaleza del derecho del cónyuge supérstite sobre el bien de familia es de difícil determinación. Es una consecuencia, según la interpretación que acaso sea la dominante, de las restricciones y límites que tiene el dueño, el constituyente del bien de familia, y de las limitaciones que tienen los terceros ante la constitución del bien de familia. Y en ese contexto de límites y limitaciones de unos y de otros aparece este derecho del beneficiario con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la tipicidad propia del instituto.

b) Voluntariedad de la constitución

El derecho real de habitación del art. 3573 bis del Cód. Civil nace de la ley, pese a que se ha discutido mucho la constitución.

Pero el artículo 3573 bis dice que, dados los supuestos que prevé la norma, el supérstite "tendrá derecho". Se configuran los supuestos, y tendrá el derecho, el que perdurará mientras no lo abdique.

En el caso del bien de familia, el beneficiario supérstite adquirió el derecho desde que se constituyó el bien de familia. Mientras no lo decline o se dé alguna causal de extinción, su derecho persistirá. No se necesita un acto de reclamo de su derecho. Tendrá que defenderlo, si se lo desconocen, pero no tiene que impetrarlo para poder ejercerlo.

En cambio, en la indivisión generada por la oposición del cónyuge supérstite, si no articula ese derecho concreto a habitar el bien integrante de la comunidad hereditaria, no será operativo. O sea, la voluntariedad del beneficio se ve claramente en el acto inicial; si no se opone a la partición hereditaria, no alcanzará el derecho que le garantiza el artículo 53 de la ley 14394.

c) Duración

En materia de duración, el bien de familia persiste indefinidamente hasta que no se verifiquen causales de extinción. No tiene una duración predeterminada, es decir, no está subordinado a un plazo.

En el derecho real de habitación sí hay un gran plazo, la vida, porque es vitalicio. Persiste toda la vida del supérstite, pero no más allá.

En el caso de la ley 14394, los efectos de la oposición del cónyuge comunero hereditario a la partición perduran diez años desde que se la plantea. Algunos autores computan los diez años desde la muerte del causante que generó el proceso sucesorio, pero la doctrina dominante se inclina por contar los diez años desde la oposición.

d) Naturaleza del objeto (propio o ganancial)

En el caso del bien de familia no hay ningún vallado en la ley, y por ello se entiende que el objeto puede ser tanto propio como ganancial.

Para el derecho real de habitación, tampoco hay directiva legal que permita inferir que sólo si se trata de bienes gananciales el cónyuge supérstite puede invocar ese derecho.

En cambio, en la indivisión esgrimida por el cónyuge supérstite, como la ley dice que debe tratarse de una casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal, se interpreta que debe ser un bien ganancial. Correcta o incorrecta, la directiva de la ley es explícita.

e) Número de inmuebles

En el derecho real de habitación la ley dice "único inmueble habitable". Una interpretación restrictiva ha opinado que en la indivisión tiene que haber un único inmueble habitable, y hasta algunos que debe ser un único bien

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

componente del acervo hereditario para que se dé el supuesto del artículo 3573 bis.

En las Jornadas de Derecho Civil realizadas en San Rafael, Mendoza, en 1976, se declaró que puede haber otros inmuebles en tanto y en cuanto no alcancen para el sustento. No puede negársele al supérstite el ejercicio de este derecho, si los demás inmuebles no alcanzan para el sustento, es decir, que si prescindimos de este inmueble, los restantes no serían suficientes para el sustento. Es una interpretación amplia.

Otra interpretación interesante es la del doctor Barbero, que sostiene que tiene que ser el único inmueble habitable que quede luego de saneado el sucesorio, pagadas las deudas y las cargas del sucesorio. Lo que quede después de liberado todo. Las cargas pueden pagarse con otros bienes, y si queda un único inmueble habitable, sobre él se ejecutará el derecho real de habitación.

En materia de bien de familia, el cónyuge beneficiario de la protección como último sobreviviente, aunque hubiera algún otro inmueble, en principio no pierde el bien de familia.

En todos estos supuestos debe ponderarse el tema del abuso del derecho. Por un lado, el bien de familia traba a los coherederos porque hay que respetar al cónyuge supérstite, y, por otro lado, a los acreedores.

Si el supérstite tiene otras propiedades, el instituto se vuelve discutible, aunque estrictamente la ley no lo desconozca. Pero está la posibilidad de aducir abuso del derecho, que está incorporado al Código, y, por tanto, es estéril discutir si nos gusta o nos disgusta. Es ley vigente; el instituto hay que aplicarlo con moderación, pero existe.

En el caso de la indivisión tampoco se dice que tiene que ser un único inmueble. Nuevamente los convoco a analizar si en determinado caso puede configurarse un abuso de derecho.

f) Límites

El legislador, cuando acuñó el bien de familia, quería que tuviera límites, y no que cualquier inmueble se pudiera afectar como bien de familia si era de ostentoso valor económico. Por eso la ley 14394, en su artículo 34, remite a la estimación de las necesidades de sustento y vivienda según normas reglamentarias, y tradicionalmente existieron tales normas reglamentarias que previeron que si el inmueble excedía de determinado valor no podía ser bien de familia.

En 1980 se inició en el país una tendencia cuestionable: suprimir los límites, si el destino es la vivienda, que un inmueble sea bien de familia cualquiera que fuere su valor. No hay inconveniente en inscribir, mansamente, como bien de familia una propiedad de varios millones de dólares. Lo dispone el decreto 2080/80 de la Capital Federal, que hizo escuela rápidamente, ya que la ley 9747, de 1981, de la provincia de Buenos Aires, adoptó similar criterio: con destino para vivienda, no hay límite máximo para la afectación.

La solución parece atractiva porque da la sensación de que protege, pero ¿en qué situación quedan los acreedores? Acreedores, acaso pobres, impotentes ante deudores con importante patrimonio. El criterio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reglamentario es éticamente reprochable y carece de equilibrio, tanto que la mayoría del derecho comparado fija techos. Pienso que puede soslayarse la arbitrariedad reglamentaria por los acreedores, si intentan la desafectación del inmueble como bien de familia, fundados en el art. 49 inciso d) de la ley 14394, que la prevé, si no subsistiere el requisito impuesto por el art. 34 de que el valor del inmueble no puede exceder las necesidades de sustento y vivienda.

El derecho real de habitación regulado por el artículo 3573 bis es factible según la norma, si su estimación no excede el límite máximo asignado a las viviendas para ser declaradas bien de familia. Pero, al no existir límite, al menos explícito, en el bien de familia, tampoco lo habría en materia de habitación.

Insisto en que discrepo de ese resultado disvalioso, que reviste suma importancia en la praxis, y propicio neutralizarlo.

En materia de valor de la casa habitación, en el supuesto de la indivisión del art.53 de la ley 14394, tampoco hay monto máximo.

En todos estos casos tampoco hay que descartar la posibilidad de acudir al instituto del abuso del derecho. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo publicado en LL 1988 - E - 415, interpretó que importaba un ejercicio antifuncional del derecho a invocar la protección del bien de familia, la pretensión de una sola persona de utilizar exclusivamente un departamento de 350 metros cuadrados, ubicado en zona destacada de Buenos Aires.

g) Compensación

La cónyuge supérstite que se queda en la casa habitación ¿no paga nada por ello?

Si se trata del derecho real de habitación, la ocupación es gratuita. No hay discusión posible.

En el caso de oposición a la indivisión hereditaria, tampoco la ley impone el pago. Sin embargo, si un condómino o comunero hereditario utiliza exclusivamente el inmueble en cotitularidad, se acepta que los demás le puedan pedir una compensación. Adviértase que, si no lo hacen, no debe abonar nada; sólo lo hará una vez que se le exija la compensación. Parece razonable extender la misma idea al supuesto de que la cónyuge supérstite invoque la indivisión a que se refiere la ley 14394.

Esta compensación corresponde desde el momento en que se requiera, es una suerte de valor locativo. Si no se la pide, al menos temporariamente se abdica del derecho a reclamarla. Los créditos por los períodos anteriores a la intimación quedan extinguidos.

En el caso del bien de familia en favor del cónyuge supérstite como último beneficiario y único titular no se plantea la eventualidad de la compensación, pero sí se plantearía de haber otros cotitulares del inmueble.

No sería ilógico, entonces, pensar en una compensación de modalidades similares a la que vimos con anterioridad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

h) Derecho de los acreedores

En el derecho real de habitación se respeta al cónyuge supérstite porque tiene un derecho real. Aunque sea un derecho real sobre cosa ajena, total o parcialmente de otro, si hay alguna ejecución contra ese otro, queda incólume el derecho real de habitación del cónyuge supérstite; se impone con la virtualidad propia de un derecho real, sin la menor hesitación.

¿Qué pasa con los acreedores ante el bien de familia? Por los créditos posteriores a la constitución del bien de familia, la regla es que quedan fuera de la prenda común de los acreedores, salvo que se trate de impuestos o tasas - el fisco es siempre el gran protegido -, de gravámenes constituidos sobre el inmueble en la hipótesis particular que establece el artículo 37 de la ley 14394, o de créditos por construcción o mejora que se haga en el inmueble afectado por el bien de familia (véase art. 38).

Las deudas anteriores a la constitución del bien de familia están garantizadas por ese inmueble como integrante de la prenda común de los acreedores.

¿Qué derechos tienen los acreedores sobre los frutos en el bien de familia? En principio, no pueden agredir los frutos que hagan a las necesidades de sustento de los beneficiarios del bien de familia, y nunca agredir más del cincuenta por ciento de ellos (art. 39).

En las indivisiones forzosas de la ley 14394, los acreedores no pueden ejecutar ni el inmueble ni sus partes indivisas. El único derecho se concreta en cobrarse con las utilidades correspondientes al deudor que produzca la explotación del inmueble (art. 55).

Si no se generan utilidades y no las hay normalmente en el destino para vivienda, que es la habitación sin ninguna explotación paralela, el derecho de los acreedores es estéril.

i) Extinción anticipada

Hemos hablado de la duración, pero ¿se pueden extinguir las tutelas antes por algún motivo especial que haya contemplado el legislador?

En caso del derecho real de habitación no hay previsión legal. Podría pensarse, para el abuso del goce del habitador en algún tipo de extinción. Pero con el abuso del goce del usufructuario no es causal de extinción en nuestro Código Civil, es difícil sostener la idea de que un abuso del goce de habitador posibilite tal extinción.

En el supuesto del bien de familia hay causales de extinción que están contempladas en el inciso d) del artículo 49 de la ley 14394. En ese inciso se prevé que, a pedido de parte interesada o de oficio, cuando no subsistan los requisitos previstos en los artículos 34, 36 y 41, o hubieren fallecido todos los beneficiarios, se extingue el bien de familia.

Hay otras más generales, poco utilizadas, son las causas graves, previstas en la última parte del inciso e) del artículo 49.

Es difícil perfilar causas graves que puedan provocar la extinción del derecho habitacional en el bien de familia.

En el supuesto de la 14394, por precepto concreto de la ley, cuando hay causas graves o de manifiesta utilidad económica, los coherederos pueden

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

impetrar la extinción del derecho de la cónyuge.

En todas estas instituciones, si se excede notoriamente la necesidad de vivienda y de sustento, el fin tuitivo se desvanece, se opaca, se apaga, no se justifican protecciones tan especiales. La protección tiene que ser razonable.

¿Qué importancia tiene que la reglamentación no cumpla el mandato legal? Lo que sí importaría es el silencio del legislador en brindar recursos sucedáneos.

Cuando notoriamente se exceden las necesidades de sustento, el bien de familia debe caer por la norma del inciso d) del artículo 49, y se convierte en insostenible el derecho del art. 3573 bis del Código Civil.

Si la protección, lejos de ser venturosa, plausible, se vuelve hasta ignominiosa, hay remedios en la ley, y no hay que arredrarse ante ellos.

Se le garantiza el derecho real de habitación al cónyuge supérstite, salvo que contrajere nuevas nupcias. La doctrina mayoritaria, aunque censura el criterio adoptado, coincide en que es ineludible su aplicación, pese a que una condición prohibida expresamente por el Código es la que restrinja el derecho a casarse (art. 531, incisos 3º y 4º del Código Civil).

A la cónyuge supérstite se le dice: tú tienes derecho a casarte, pero, si lo haces perderás el derecho de habitación, lo que podría inducirla a vivir en concubinato para que no se extinga ese derecho.

En un reciente simposio, en Bahía Blanca, en homenaje al doctor Pliner, camarista local de prolongada y fecunda existencia, todo un monumento de la justicia, se ha recomendado que en el futuro se extinga el derecho de habitación, no sólo con el nuevo matrimonio sino también cuando se viva en concubinato.

Casarse, no; concubinato, tampoco, ¿pero, paradójicamente, se podrán mantener relaciones pasajeras, alternativas, múltiples?

Esta norma de extinción por el nuevo matrimonio no se puede aplicar por analogía al bien de familia, ni al supuesto del art. 53 de la ley 14394 en cuanto a la protección del cónyuge supérstite.

En todos estos temas aletea también un aspecto central, sobre todo en un ciclo sobre tutela de la persona, y es el valor libertad.

- Aplausos.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Como se dice en los congresos, queda abierto el debate a los fines de cualquier apostilla, cualquier duda, cualquier interrogante que hayan generado las exposiciones que hemos escuchado.

PARTICIPANTE. - Mi pregunta iría dirigida más bien a la doctora Mariani de Vidal.

Cuando se ha pagado, por ejemplo, el 80 por ciento del precio que demanda una construcción, ¿se puede inscribir como bien de familia, aun en el supuesto de que se haya iniciado un concurso?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Me permito anticiparme a la respuesta que le dará la doctora Mariani de Vidal.

No sé si su pregunta se refiere al tema concursal o a la afectación del bien de familia.

La duda obedece a que para la afectación al bien de familia es necesario ser propietario en regla.

La doctora se ha referido a la oponibilidad frente al concurso o quiebra del vendedor cuando todavía no era propietario, es decir, cuando se tenía un derecho personal a la cosa, no sobre la cosa.

DOCTORA MARIANI DE VIDAL. - Ya lo dije al comienzo de mi intervención y no tengo inconveniente en repetirlo.

El boleto de compraventa no satisface la formalidad que tiene el título para ser elemento suficiente junto con el modo, o sea, junto con la tradición, para trasladar el dominio.

Con boleto, por más que se haya pagado todo el precio, no es posible inscribir el bien de familia porque hay que ser propietario. La escritura es ineludible.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Yo me voy a permitir hacer un pequeño agregado, porque no querría que quedara flotando en el ambiente que lo que se dijo en el merecido homenaje que se tributó en Bahía Blanca al doctor Adolfo Pliner el mes pasado, en las Primeras Jornadas Sudatlánticas de Derecho de Familia, sea lo que ustedes estimen como doctrina corriente.

Con el doctor Isidoro Goldenberg presentamos una ponencia en las Jornadas de Derecho de Familia realizadas en Morón en 1988, y en una comisión que tuvimos el honor de presidir conjuntamente sobre protección de vivienda familiar, estimamos de lege ferenda, es decir, como una propuesta de modificación del Código Civil, que el derecho real de habitación del cónyuge superviviente no debería extinguirse cuando éste, beneficiado por la norma, contrajera nuevas nupcias.

Entendimos que en el conflicto de intereses entre los herederos deseosos de la partición y la cónyuge o el cónyuge beneficiados por este derecho real, debía prevalecer el derecho real del cónyuge, que con su esfuerzo hizo lo necesario para adquirir esa vivienda y no el de los otros coherederos.

El doctor Zannoni dice, para explicar esta norma, que, cuando el cónyuge superviviente contrae nuevas nupcias, cambia su situación patrimonial. Sin embargo, si las contrajera con alguien que estuviera en una situación económica difícil, no creo que el cambio de situación patrimonial pudiera justificarlo.

Reitero que a mi juicio, las nuevas nupcias de ninguna manera deberían extinguir ese derecho.

La Argentina es un país de eufemismos. Se vive en concubinato en buena medida para soslayar el efecto de la norma, como lo señalaba el doctor Alterini.

Lo deseable no es que se deba vivir en concubinato, sino que la norma

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

permitiera contraer nuevas nupcias y seguir gozando de ese derecho al cónyuge supérstite, que bien merecido lo tiene.

Esta posición recibió buena acogida en esas Jornadas de Derecho de Familia y la reiteramos en las Jornadas de Derecho Civil sanjuaninas que se hicieron en 1989, donde también tuvo aceptación.

Sin embargo, en las jornadas de homenaje al doctor Pliner, en razón de haberseme invitado a la comisión que trató el tema de la ley de convertibilidad, no pude estar presente en la comisión que analizó esta cuestión y a mi pesar se resolvió que sería valioso agregar el concubinato como una causal de extinción del derecho del cónyuge supérstite.

Me parece absurdo que una situación que, por esencia, es transitoria - no está institucionalizada - , pueda llegar a extinguir un derecho real que, como enseñan los profesores titulares de derechos reales de esta casa de estudios, que honran esta mesa, configura una situación de permanencia.

Lo permanente y lo coyuntural, lo transitorio, conviven en esta posición sugerida en Bahía Blanca que, como imaginarán, no comparto en absoluto. Esta es una recidiva de una opinión que deviene de un prejuicio antiguo, y que de ninguna manera fue aceptada en otros congresos en los que estas cuestiones fueron debatidas con toda amplitud.

PARTICIPANTE. - Supongamos que el bien sobre el que se constituyó es ganancial. La situación no sería la misma, si se tratase de un bien propio del causante. El cónyuge supérstite es un heredero...

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Si ese cónyuge supérstite, con prescindencia de la naturaleza del bien, constituyó allí el hogar y vivió allí con el anterior cónyuge y después participa con los otros herederos, para obtener el derecho de habitación es necesario que cumpla con otros requisitos, a los cuales el doctor Alterini pasó revista con amplitud, que ese bien sea apto para la vivienda, que estén pagas las cargas de la sucesión, es decir, que no perturbe económicamente a los demás coherederos.

Lo que usted dice es que quizás el argumento que nosotros esgrimimos respecto del esfuerzo puesto en común, que es propio del bien ganancial, no se dará en igual medida cuando el bien fuera propio del causante. Pero, si bien es cierto que en este caso, este argumento estaría limitado, sigo pensando que la causal que la ley establece para extinguir ese derecho, apoyada en el eventual cambio de situación económica del cónyuge supérstite no parece demasiado atendible, ni se da invariablemente. Creo que más bien es una conjetura que se formula para fundar este tramo de la norma legal que instituye el derecho real del cónyuge supérstite.

DOCTORA MARIANI DE VIDAL. - Querría plantear dos inquietudes.

Tal vez sea cierto que habría que suprimir esta causal de extinción del derecho real de habitación. Pero no estoy tan segura, porque esto es así siempre que lo miremos del lado del cónyuge supérstite. ¿Pero por qué no lo miramos desde el ángulo de los otros herederos?

¿Además, si la ley establece como causal de extinción del derecho de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

habitación del cónyuge supérstite el nuevo casamiento, me parece que esta causal tiene que extenderse al caso del concubinato, porque, si no, se da lo que decía el doctor Alterini.

Algunas personas se preguntan si por vivir en concubinato se extingue o no ese derecho. Pienso que sí se extingue.

El doctor Alterini se refirió a casos en los que, sin ser concubinato, que es casi parecido al matrimonio, se realizan relaciones esporádicas que pueden llevar días o meses incluso. Estas relaciones también extinguen el derecho porque el Código Civil establece como causal de extinción de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite los graves actos de inconducta moral. Y si hay una grave inconducta moral que hace perder la vocación hereditaria, también tiene que causar la extinción.

Más allá de que después podamos estar de acuerdo o no en que habría que eliminar lisa y llanamente la extinción por matrimonio, si la norma está vigente, hay que extenderla a otros supuestos.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Para evitar confusiones, quiero aclarar que no estamos hablando del derecho vigente, que dice que con el nuevo matrimonio se extingue el derecho, o sea, que si la viuda o el viudo contrae nuevas nupcias el derecho se extingue. Estamos hablando de lege ferenda.

DOCTORA MARIANI DE VIDAL. - Si en el derecho vigente se extingue por matrimonio, también tiene que extinguirse por concubinato.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Esa posición radicalizada de la doctora Mariani de Vidal no es sostenida por ningún jurista, ni siquiera por los de Bahía Blanca, que consideraron este tema de lege ferenda.

DOCTORA MARIANI DE VIDAL. - No he sido entendida.

No es que yo no esté de acuerdo con la posición que sostiene que ese derecho se debe extinguir. Pienso que no se debe extinguir por el nuevo matrimonio.

Ahora bien, si la ley dice que se extingue por matrimonio, con el régimen vigente la única interpretación posible es que el concubinato también lo extingue, e igualmente en los casos de las relaciones esporádicas.

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Estamos hablando de derechos reales que tienen numerus clausus y una vocación de permanencia.

Ese derecho real se inscribe después de haber petitionado y demostrado que se es beneficiario de la norma, lo que no es sencillo porque hay que cumplir una serie de requisitos que han sido explicados por el doctor Alterini.

Aquí estamos hablando de cuáles son los casos de cesación, y se ha hecho referencia a la cesación de un derecho real por una situación esencialmente transitoria, porque el que quiere acceder a una situación definitiva se une en matrimonio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Allí hay cierto sentido de comparación entre una situación permanente y una situación de derecho real que también es permanente.

Pero una situación transitoria no puede extinguir un derecho real y menos aún con los criterios extendidos de la doctora Mariani de Vidal, que habla de situaciones de grave inconducta moral, que sí pueden servir para quitar la vocación hereditaria en algunos casos, que, en definitiva, es un derecho o una vocación para obtener un beneficio patrimonial, y no se trata de un derecho real concreto e inscrito en el Registro.

Me parece que la situación es bien diferente.

Reitero que ésta es una expresión de deseos como todas las posiciones que se plantean de lege ferenda, que son las que tienden a mejorar el derecho vigente.

Nuestra idea, compartida con el doctor Goldenberg, es la de mejorar la legislación en esta materia y ponerla a la altura de los tiempos. Y nuestro criterio nos lleva a computar como un dato de la realidad que una viuda o un viudo se case con una persona de pocos recursos, que esa unión legal no genere un nuevo patrimonio o un cambio de su situación patrimonial, y que no deba ver extinguido su derecho real de habitación con el consiguiente desamparo que implica que esa nueva pareja, quizás de ancianos, tenga que irse a una pensión para conformar las pretensiones de partición de los coherederos.

En este conflicto de intereses debe preferirse a quien es merecedor de la protección legal.

De todos modos, considero muy respetables las otras posiciones que se sustentan.

Damos término así a esta mesa redonda.

- Aplausos.

CONSULTAS JURÍDICONOTARIALES

I. DONACIÓN A TERCEROS. Título observable (art. 3955)

DOCTRINA: Es imperfecto el título que proviene de donaciones gratuitas a personas que no son herederas legitimarias del donante, desde que aquél está sometido a las vicisitudes de una eventual futura acción persecutoria, autorizada por el artículo 3955 del Código Civil.

(Dictamen del consejero Jorge F. Taquini, con un agregado complementario, aprobados por el Consejo Directivo en sesión de 19 de agosto de 1992.) (Expte. 2949 - V - 1992.)

ANTECEDENTES: La señorita M.N.V., con patrocinio de la abogada H.A.G.M., consulta si es perfecto el título del inmueble cuya ubicación precisa, y, en caso de que no lo fuera, cuáles serían los procedimientos necesarios para sanearlo.