

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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 considerárselo 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.