

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS(). (1477) La integridad física y la libertad*

SANTOS CIFUENTES

SUMARIO

Capítulo 1: Derecho de vivir: 1° Planteamiento del tema. 2° Principio y extensión de la tutela. - Capítulo II: El suicidio. - Capítulo III: Situaciones de peligro. 1° El duelo. 2° Pasividad mortal. 3° Los riesgos y las experiencias científicas. 4° Los deportes, trabajos y habilidades. - Capítulo IV: Derecho al cuerpo. 1° Necesidad de la tutela civil. 2° El bien protegido. 3° Las operaciones quirúrgicas prohibidas. 4° Por ventajas a la salud del paciente. 5° Por razones estéticas. 6° Con el objeto de beneficiar a terceros. a) Experiencias científicas. b) Los trasplantes in vivo. c) Extracción de partes renovables. 7° Tratamiento y exámenes médicos. 8° Exámenes y pericias en el proceso. 9° Los contratos sobre el cuerpo. 10° La autolesión. 11° El boxeo. 12° Las partes separadas del cuerpo. - Capítulo V: El cadáver y sus partes. 1° Naturaleza jurídica del cadáver. 2° Las disposiciones sobre el cadáver propio. 3° Trasplantes y cortes de partes del cadáver. 4° Disposición sobre cadáveres ajenos. - Capítulo VI: La libertad. 1° Importancia y amplitud del concepto. 2° Los actos de disposición del derecho a la libertad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

CAPITULO I - EL DERECHO DE VIVIR

1° Planteamiento del tema.

Varios derechos tienen atinencia con el ser biológico viviente humano. Resguardan la materia natural del hombre, el componente infaltable del tránsito terrestre. Ley de las analogías de Leopoldo Marechal en su "Manual del Astronauta": en el complejo de los entes (animales, vegetales, minerales) que habitan este planeta, hay uno que, merced a su compositum ocupa un "lugar central": es el hombre. Su triple natura (corporal, anímica y espiritual) lo define como un "microcosmo", vale decir como una "síntesis" no sólo de su mundo sino del cosmos total.

De dicha triple natura manifiesta y se percibe en primer lugar la integridad física. Cuerpo humano, cosa real y opaca cuya transparencia le viene de lo que tiene de vida. Vida que se expresa en el cuerpo y por eso es intrínsecamente expresivo; realidad transparente gracias a la sensibilidad. Yo vivo desde mi cuerpo; por obra de la sensibilidad éste es "transparente"; por eso yo puedo pasar a través de él para ir a las cosas. El cuerpo me remite transitivamente a lo otro que yo. La muerte en cambio, es la "opacidad" del cuerpo, el cual pierde su "transparencia" y no puede ir más allá, a lo otro; aísla la muerte como una barrera; me deja sin la circunstancia orteguiana ("yo soy yo y mi circunstancia"), esta circunstancia, este mundo. El hombre es una realidad corpórea, no tiene cuerpo, como dijo Joseph de Maistre, sino que es cuerpo. Soy corpóreo, del mismo modo que soy mundano o circunstancial(1)(1478).

Ahí se deja ver que la primera aproximación al cuerpo como manifestación más notable y visible de la persona debe hacerse por la vida; por ese respiro vital biológico que da transparencia, alteridad frente al mundo, tránsito con lo otro que "yo"; que la última manifestación es el cadáver con la "opacidad" del cuerpo sin vida, cuerpo solo o en soledad total, incomunicable con las circunstancias mundanas y desposeído de la propia. También se vislumbra todo lo que transcurre por el medio de esos dos momentos cruciales - vida y muerte - , con respecto a las partes del cuerpo, su uso, preservación vital, enfermedades, mejoramiento, empeoramiento, etc.

Empezaré por lo primero, la vida.

Hablar de un "derecho sobre la vida" podría implicar la legitimidad del suicidio ya que denota un poder absoluto como si la persona pudiera disponer sin límites sobre su vida. También se usó "derecho a la vida", pero, como es innato, nos viene dado por el hecho del comienzo, no es apropiado dar a entender que se tiene un derecho a conseguir la vida. Ella se consigue u obtiene con automaticidad; es un acontecimiento natural. Hay otro aspecto. Se tiene derecho a que los demás se abstengan de atacar; a la conservación de la vida y al goce de ella.

El goce comporta, en el plano jurídico, la defensa. Desde tal punto de vista usar la expresión "a la vida" podría parecer correcto, pero más lo es, por clara e indicativa, "derecho de vivir".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se ha pensado que este derecho, que se hace valer erga omnes, más que esencial es esencialísimo. El bien protegido por la norma es supremo, porque de él dependen todos los otros bienes. Yo diría, descartando distinciones o jerarquías, que se trata simplemente de un derecho personalísimo esencial, como lo son todos los personalísimos.

La protección se efectúa en el plano constitucional, penal y civil, principalmente. Salvo alguna referencia obligada y pasajera, me ceñiré al civil, porque en él se asienta por naturaleza propia todo derecho subjetivo privado.

Ahora bien, conviene limitar la cuestión. Algunos autores como Orgaz, Borda, Llambías, Corbellini, que siguen a Degni y Gangi, ven en la obligación alimentaria una forma de tutela del derecho de vivir, así como en el seguro obligatorio por accidentes de trabajo o por invalidez y vejez, desocupación involuntaria, enfermedad. Con razón contesta De Cupis, seguido por Castán y Gatti, que éstos no son derechos absolutos, en el sentido de postulados frente a la totalidad de los terceros como obligación de "no hacer", sino relativos porque se blanden contra determinado sujeto, pretendiéndose que cumpla una prestación específica: alimentos el alimentante; aseguración la patronal. No es la vida o vivir el objeto, sino un bien patrimonial que sirve para conservarla y que tiene mensura económica pecuniaria⁽²⁾(1479). Son derechos que complementan el personalísimo pero difieren de él por su estructura y, por lo tanto, no se confunden con la vida misma. Aun cuando sin el sustento aquélla peligra, el objeto es exterior, mensurable, ejecutable y se puede perder aun por caducidad. Nuestra jurisprudencia ha aceptado que la inactividad del acreedor en el cobro efectivo de los alimentos, puede producir la pérdida del crédito⁽³⁾(1480). Ello contrasta con la naturaleza intangible de la vida, jamás puesta en peligro de perderse por el decaimiento de algún plazo o por el transcurso del tiempo. Añado que tampoco los alimentos o los seguros laborales son innatos, porque dependen de un acto y de unas condiciones (vínculo de parentesco, necesidad, caudal, contrato laboral) independientes de la génesis jurídica de la persona. Lo mismo podría decirse de cualesquiera otros bienes que vengan a servir de sostén al hombre pero que no sean la vida misma y, por ende, se alejan del carácter interior de los personalísimos.

Vivir comporta protegerse y gozar. Se protege la propia vida y en el campo civil ello tiene carácter privado, aunque por tratarse de un bien que el Estado, debido a sus implicancias sociales, pone en sus propias miras, se ha pensado que roza inevitablemente el orden público. No es hoy aceptable la idea de que el hombre es dueño de su vida; de que tiene un derecho de morir tan real y verdadero (diría Campogrande), como el de la vida. Pero si bien no lo es, tampoco puede negarse que el hombre se protege, se dirige; que el Estado o cualquiera de la colectividad no puede avasallar, ultimar, obligar su concurso para los actos que importen hacerle peligrar la vida. El hombre ejerce en muchos aspectos un poder soberano aunque no total.

El argumento, por supuesto, en tiempos normales, de paz. En aquellos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otros en que se altera y transforma todo lo jurídico porque la emergencia y preservación común requieren soluciones excepcionales, heroicas, como los de guerra, devastación, epidemia, se quiebra o desaparece la pretensión personal opuesta al Estado. Este puede entonces exponer la vida del hombre, mandarlo al combate, imponerle una misión peligrosa, castigar la traición con la muerte. Decae en cierta medida la facultad de protegerse, impedir actos contrarios, así como reemplazar la pérdida por los daños y perjuicios. Prepondera la conservación de un bien superior: la colectividad, la vida de todos y del Estado mismo, y para ello, queda parcialmente sin efecto el estatuto corriente de los tiempos de paz. Se suele sacrificar la vida, libertad y propiedad personales.

La estructura de un derecho, naturaleza y vigencia, no deben depender sino de lo que jurídicamente importa en las épocas en que lo jurídico rige con normalidad y pleno vigor social y valorativo.

Aun cuando vivir traiga consigo dichas facultades proteccionales y de goce, muchas son las limitaciones debidas a los requerimientos propios de la sociedad que se basan en la necesidad demográfica, la moral y las buenas costumbres. Es oportuno detenerse en las áreas que trasuntan la medida del derecho de vivir.

2° Principio y extensión de la tutela.

En las legislaciones, todas menos la argentina, la persona es reconocida como tal a partir del nacimiento. El problema gira en torno al carácter jurídico existencial del nasciturus. Muchos autores piensan que la incriminación del aborto tiende nada más que a preservar el público interés de la conservación de la estirpe, y, de reflejo, la esperanza del bien individual de la vida, pese a que el contenido de dicha tutela sólo tiene un aspecto objetivo, pero no subjetivo. Para nosotros, en cambio, el nasciturus es persona, luego, el delito de aborto impide y sanciona los atentados contra su vida. En otras palabras, el derecho personalísimo principia en la fecundación del óvulo femenino, instante ese en que aparece un nuevo ser de la especie con vida propia aunque dependiente(4)(1481). Quedan así explicadas satisfactoriamente las normas penales sobre aborto, ya que la propia madre comete delito si procura la eliminación del feto, y lo comete porque atenta contra el bien personalísimo de la vida del embrión. Hoy se descarta que el aborto procurado implique un acto de disposición de la mujer sobre el propio cuerpo. No obstante que en gran medida actúa sobre él hiere un bien distinto. Ni el consentimiento al provocado hace desaparecer la figura delictiva. El aborto se condena en resguardo de la existencia física del feto; para cuidar su latido vital que no puede subsistir separado de la madre.

El Código Penal argentino, y también el boliviano, costarricense, venezolano, panameño, salvadoreño, etc., lo reprimen bajo el título: "Delitos contra las personas". Se afirma que es una terminología que demuestra el carácter individualista de esas leyes(5)(1482). Lo cierto es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que, aun incluyendo ingredientes sociales en la necesidad de encararlo penalmente, siempre está protegida la persona aunque en ello se interese la colectividad. Poco importa que sea voluntario (honoris causa o para ocultar la deshonra), o provocado por tercero. Cuando es terapéutico en cambio, queda impune porque se elige ante una urgencia entre dos vidas, lo que puede fundarse en el estado de necesidad: la vida de la madre, persona desarrollada y la que todavía tiene imperfecciones y es solamente formativa. El camino del mal menor es lícito para las leyes humanas.

Aparte del derecho penal surge la necesidad de valorar la repercusión civil del aborto: indemnización de los daños y perjuicios en favor de los padres que perdieron un hijo. Además, el concebido tiene derecho a alimentos, aun cuando no le correspondan a la madre por tratarse del fruto de una relación extramatrimonial. Ello prueba que aquél goza de la vida, la cual se protege por medio del representante. Así también es obligatorio el descanso de la madre en tiempos anteriores al parto, porque frente a las leyes laborales se ampara el nasciturus, quien tiene derechos independientes de los buenos o malos deseos de la progenitora, de sus descuidos o cuidados.

He aquí que, por la posición acertada y singular de la ley argentina, es factible aseverar el derecho de nacer como manifestación particular del de vivir. O sea, de conseguir, no la vida que se obtiene antes sin los deseos del sujeto, sino el respiro individual y propio, posterior al parto. Salir del seno materno e individualizarse; salir al exterior con vida, sosteniendo el soplo vital propio. En ese punto se pueden enfrentar el hijo y la madre cuando médicamente debe elegirse una de las dos vidas. El partero nada puede decidir sin consultar la opinión de la embarazada quien hace la última y suprema elección. Ella, en la emergencia, representa al por nacer, y si elige su propia vida dispone de la del concebido por un orden de madurez y de naturaleza. Pero es éste el único caso en que puede aceptarse ese resultado, el cual, ya se ha dicho, alcanza fundamento en el "estado de necesidad". A la inversa, si sacrificándose dispusiera que debe salvarse al hijo a costa suya, haría un acto de disposición sobre la vida propia que es el único caso admisible: por salvar la de otro en circunstancias especialísimas. Si el partero desoyera el mandato sería responsable y tendría que soportar las consecuencias de un acto inconsulto y grave, porque habría desconocido una facultad personalísima que, en el caso, corresponde exclusivamente a la madre. Sería culpable ante ella por la presencia del cadáver del hijo, no obstante que el resultado haya significado el mantenimiento de la vida de la madre. Aquel "salve a mi hijo aunque yo muera", obliga a poner todos los medios para que el por nacer aflore con vida tratando de evitar la muerte de la madre, en los límites de aquel deseo y el correspondiente deber. La apreciación de los bienes en juego es delicada y pertenece a la parturienta. No podría alegarse después en descargo que se le salvó la vida, porque ella ha hecho una suprema elección que sólo puede ser apreciada subjetivamente. En absoluto es aceptable que el médico se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

despreocupe frente a ese querer personalísimo e íntimo. que asienta en una facultad propia no avasallable ni desconocible. Cuando la madre no estuviera en condiciones de manifestar o tomar la decisión, no hay otra alternativa que optar a toda costa por su vida, ya que nadie podría sustituirla en el ejercicio de dicha facultad de elección. Está en juego un bien que no puede ser objeto de representación o suplencia.

Ocurrido el nacimiento, la tutela de la vida tiene el centro en la tipificación delictiva del homicidio. La represión penal por dicho delito en todas sus formas, bajo las agravantes y atenuantes que el Código de la materia contempla, no es más que un sensible y razonable amparo de la existencia humana. Las consecuencias del homicidio no sólo tienen incidencia en el ámbito represivo, sino también por vía de la reparación indemnizatoria, por lo que esa vida suprimida o interrumpida por mano ajena representaba para los allegados. Todas las conductas dirigidas a la comisión del hecho, sean dolosas o culposas como en el caso de accidentes, hayan o no obtenido el resultado como en la tentativa, e importen facilitar, directa o indirectamente el homicidio y su impunidad, como en la instigación, ayuda, encubrimiento etc., son altamente perseguidas por el respeto que se debe a la vida física del hombre.

Hace mucho que la jurisprudencia de nuestros tribunales viene repitiendo que, la vida humana, además del valor que representa en su aspecto moral y afectivo, constituye un bien susceptible de valoración y, su pérdida, debe indemnizarse; representa siempre un valor económico que obliga a resarcir el daño moral y material que el homicidio ocasiona a los deudos(6)(1483).

No se trata de que la vida o el vivir se estimen en dinero. Son bienes no mensurables, elevados más allá del peculio; extracomercium y extrapatrimoniales. Ocurre que se busca una compensación resarcitoria, la cual recae sobre el dinero como único medio posible. La moneda no juega más que el papel de una cobertura aproximativa del daño, por cierto que insuficiente, ya que no ha de pretenderse que se efectúe una medición exacta de la vida, que es insustituible y no cabe restituirla. El vivir carece de sustituto, pero representa valores dinerarios por sus propias potencialidades, así como un cúmulo de fuerzas afectivas que, en pequeña medida, se trata de reparar con el llamado daño moral. No debe confundirse el bien y sus caracteres con el menoscabo producido al atacarlo; el bien no es el daño que su supresión produce. Sólo se repara algo, dentro de las posibilidades humanas, ciertas consecuencias del ataque, pero no hay reemplazo ni recuperación.

CAPITULO II - EL SUICIDIO

El derecho de vivir es indisponible. El hombre goza de la vida pero es inaceptable que se ampare jurídicamente la voluntad y el acto de matarse.

Esta ardua cuestión se ha debatido con amplitud. Presenta graves

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interrogantes que merecen el examen histórico y doctrinario detenido. Hay varios puntos de vista: el de la moral y normas religiosas, el jurídico penal y el jurídico civil. Va de suyo que sólo con respecto al último está directamente involucrado el derecho personalísimo de vivir. Pero, para comprender la evolución de las ideas, conviene hacer referencias a los otros.

Sócrates enseñaba a Cebes, que le había preguntado en qué se fundan los que aseguran que no está permitido matarse, que "es para todos los hombres una necesidad absoluta vivir, necesidad invariable para los mismos a quienes la muerte sería más grata que la vida". Las "razones que nos mantienen en los misterios, que nosotros los hombres debemos permanecer aquí, como en un puerto que no puede abandonarse sin permiso, son acaso muy difíciles y sobrepasan nuestras facultades. Pero nada me parece mejor dicho que esto: que los dioses tienen cuidado de los hombres y que los hombres son una de las posesiones de los dioses"... Luego, como para hacer gráfica la idea, continuaba Sócrates: "si uno de tus esclavos se quisiera matar sin tu orden - ¿no te enfadarías con él y no le castigarías si pudieras?"... "Por la misma razón, es justo sostener que no se puede uno matar y que es preciso esperar que Dios nos envíe una orden formal de salir de la vida, como la que hoy me envía"(7)(1484). Después de otras enseñanzas, Sócrates bebió valeroso la cicuta.

Esa idea escrita por Platón está expresada en la Biblia con insistencia. Dios es Dueño y Señor de la vida y de la muerte. Lo expone el cántico de Moisés en Deuteronomio cuando Yahvé exclama: "Ved ahora que soy Yo, y sólo Yo, y no hay dioses junto a Mí; Yo soy quien doy la muerte y doy la vida; Yo hiero y Yo sano, y no hay quien libre de mi mano"(8)(1485). Aun cuando las Sagradas Escrituras no hayan legislado directamente sobre el suicidio, aparece así implícitamente prohibido en el firme principio de "no matar", porque sólo Dios puede disponer de la vida de cada hombre. Los casos que allí se relatan se refieren a hombres angustiados, y salvo el de Judas, amenazados de muerte inminente y heridos. Así, Abimélek ruega a su escudero que lo remate (Jue. 9, 54), lo mismo Saúl y el anciano Razis, quien prefiere morir noblemente antes que caer en manos de criminales (Mac. 14, 41 - 46). Pero la Biblia no se pronuncia sobre la moralidad de tales episodios.

De ahí la enseñanza de Santo Tomás de Aquino, fundada en tres argumentos: 1) que uno se dé muerte es contrario a la inclinación natural y a la caridad, por la cual uno debe amarse a sí mismo; 2) el hombre es parte de la comunidad y al matarse la injuria, y 3) la vida es un don "dado al hombre por Dios y sujeto a la potestad de Aquél que hace vivir y hace morir"(9)(1486).

Esa firme orientación moral, filosóficamente sostenida por los escolásticos y en teología implantada sin mengua ni excepciones, plasma en el derecho canónico convirtiendo en acto punible el suicidio. El castigo que proporcionan sus normas tiene íntima vinculación con los actos propios de la vida religiosa. Dispuso el canon 1240, parágrafo 1:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Eclesiástica sepultura privantur, nisi ante mortem aliqua dederint poenitentiae signa... 3° qui se occiderint deliberato consilio". O sea que, la privación de la sepultura eclesiástica al suicida que consumó su acto de modo que notoriamente conste que procedió con deliberada premeditación, tiene el carácter de pena pública, salvo que el arrepentimiento hubiera aflorado antes de morir. Por el canon 2350, párrafo 2, la misma consecuencia sancionatoria se extendía a quienes atentaran contra su vida y de hecho se ha seguido la muerte, mientras que si tal consecuencia no llegó a producirse se lo privaba de actos legítimos eclesiásticos, beneficios u oficios. Se impide a quienes intentaron quitarse la vida, la lícita recepción y ejercicio del orden sacro (Canon 985 - 5°). Recuérdese dentro de esta línea el trágico final de Werther cuando, después de la terrible escena de dolor pintada con mano muestra, dice Goethe esta última frase: "fue conducido por jornaleros al lugar de su sepultura; no le acompañó ningún sacerdote".

En cambio, en Roma, nada está firme ni seguro. Según Helie no había castigo, salvo que el suicida hubiera estado inculpado de algún crimen, en cuyo supuesto se le confiscaban los bienes. Se ha llegado a la conclusión de que todo dependía de cada caso. Así, era penado el suicidio del soldado y era nulo el testamento de quien se mataba "futuræ poenas me tu", pero, si se trataba de alguien que no podía soportar el dolor no había sanción. Las dudas aparecen cuando se quiere captar una regla general un principio. Todo el título "De bonis eorum, qui ante sententiam vel mortem sibi conscierunt, vel acuesatirem corrumperunt" se acerca al asunto(10)(1487), pero los criterios divergen. Plinio(11)(1488) dice que Tarquino Prisco ordenó que los cuerpos fueran puestos en cruz y dejados para los pájaros en el pasto, pero Tácito(12)(1489) sostiene que ello no se cumplió. Marcial(13)(1490) demuestra que los casos en que no había pena eran numerosos más con el carácter de excepcionales frente a la regla, y Ulpiano declaró que era malus servus quien ha tentado suicidarse(14)(1491).

Los atenienses cortaban la mano derecha del suicida y la enterraban separada del cuerpo. Los tebanos quemaban el cadáver y en Mileto era arrastrado por las calles. Los itálicos lo colgaban de una horca, lo que después se dejó sin efecto. Todavía en el Renacimiento se anulaba el testamento y se confiscaban parte de los bienes del muerto. A diferencia de ello las Partidas de España disponían que el desesperado que se matase después de la acusación que trajera aparejada la pena de muerte y pérdida de los bienes, éstos debían pasar al Rey. Si la acusación sólo acarreaba otra pena que no fuera de muerte no se debían confiscar los bienes del suicida. "Esso mesmo deue ser guardado si alguno se matase por locura, o por dolor, o por cuyta de enfermedad, o por otro grand pesar que cuiesse"(15)(1492).

De Amesqua combatía el suicidio apoyándose en los conceptos del cristianismo. Veía en la tendencia romana una aberración corregida por las sacras escrituras. Decía que el suicida peca contra las siete virtudes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y cumple un acto contra natura. Su acción no es lícita en ninguna circunstancia, aun para defender la propia castidad, como en el famoso caso de Lucrecia (" - ¿Si adultera cur landata?, - ¿si pudica, cur occisa?"), porque la castidad, explicaba profundamente el toledano, no puede ser tomada por la fuerza, ya que es una virtud del alma y está ajena a la violencia. Tampoco es lícito matarse por orden del juez o de la ley, ni se puede condenar a alguien para que se suicide. Cuanto más, el condenado a morir podrá prestarse a los actos preparatorios que mal podría cumplir el verdugo (meter el cuello en la soga), pero no debe hacer aquellos que directamente produzcan la muerte(16)(1493). El alemán Stryk, por su lado, no admitía en ningún caso y por ninguna razón el suicidio, y afirmaba que ni siquiera es lícito exponerse a cierta muerte para salvar a otro, con excepción del vasallo que salva a su señor, o del súbdito a su príncipe. Repetía aquello tan universalizado de que la vida es dada por Dios luego, sólo El puede quitarla y debemos conservarla lo más posible. De ahí se deduce que los actos de legítima defensa y de estado de necesidad, no sólo son lícitos sino debidos. En cambio, no aceptaba que se puedan decir mentiras para salvarse, pues le preocupaba que no se llegara a justificar la falsedad de quien esconde una culpa que podría conducirlo al patíbulo... pero por salvar la vida, paradójicamente, declaró obligatorio el homicidio(17)(1494).

Con el correr del tiempo se produjo un vuelco. Montesquieu Voltaire, Beccaria, Filangieri, se alzaron contra la incriminación y pena del suicidio. Dijo Beccaria: "El suicidio es un delito que parece no poder admitir pena propiamente dicha, supuesto que la pena no podría recaer sino sobre inocentes o sobre un cuerpo frío insensible"(18)(1495). Y dicha tendencia vino a plasmar en casi toda la legislación moderna, descartándose la punición del suicidio tentado o consumado. Perdura, únicamente, en el Codex Juris Canonici, el derecho inglés que priva de la sepultura sagrada y de los ritos funerarios, en el de Bolivia que castiga la tentativa con prisión (art 519, Código Civil), así como en el Estado de Nueva York, en Norteamérica (parágrafo 174 del Código Penal).

No hay duda de que las razones para la impunidad son terminantes. Pueden resumirse así: 1) Si se ha consumado, falta el sujeto de la pena. Frente a un muerto, el derecho criminal carece de sujeto sobre quien descargar el castigo. Todas las medidas que pudieran tomarse sobre el cadáver (horca, mutilación, algún tipo de sepultura vergonzosa, exhibición y abandono, etc.), acusan un primitivismo que desconsuela; 2) Resulta imposible un delito contra sí mismo. En el suicidio, aun en grado de tentativa, se confunden el sujeto activo y el pasivo, en consecuencia, la figura delictiva adolece de una estructura arbitraria y fuera de toda lógica; 3) El sentido y fin del derecho penal pretende evitar ciertos actos. Se sanciona para corregir y para desalentarlos. Quien consume su propia muerte ha hecho lo más grave, lo máximo inventado en orden a los castigos. Es remotamente previsible que por temor o miedo a la sanción penal no se suicide. Quien tiene el coraje de terminar sus días, se sacrifica en lo más importante y no ha de sentir inhibiciones por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fuerza de la ley penal que recayera sobre su cadáver o sobre los bienes; se somete a la pérdida del máximo presupuesto natural y portador inevitable de todos los otros posibles en la vida terrena. Cae, pues, la meta señalada; es inútil producir otros dolores, sancionar sobre los restos, agravar la desgracia. En cambio, si se tratara de una tentativa, o sea frente a la incriminación del intento, ello influiría en que se procurara perfeccionar los medios para evitar la frustración. Todo lo contrario de lo que se busca. El fracaso estaría castigado; se trata, pues, de asegurarse la consumación y la muerte, pues si no la ley penal jugaría su partida sancionadora. Por otra parte, quien está tan deprimido que se dispone a perder la vida, difíciles que se sienta detenido por la sanción penal, la cual, nunca puede llegar a tan triste resultado; 4) Las consecuencias sobre el patrimonio, los testamentos, etc., no harían más que hacer pagar a justos por pecadores. Los parientes y herederos se verían perjudicados por un acto que no les es imputable. Podría ser una manera de desheredar a quien no se quiere y destruir la legítima: matarse y que la ley ordene la confiscación de los bienes. Estaría flagrantemente desconocido el principio de la personalidad de la pena.

Así se comprueba que, si bien desde el punto de vista religioso o sobrenatural las conminaciones y diversas formas de castigo pueden tener cierto éxito, en lo terreno, no hay condena justa capaz de prevenir. A pesar de todo, la tendencia prevaleciente no es unánime(19)(1496). Si la sociedad progresa verdaderamente, se ha dicho, el Estado pone de realce el valor de la vida y la ley no se considera una norma extraña y tiránica; la amenaza, juntamente con los factores de discriminación de suicidios, conseguirá mejor su fin. Será suficiente freno el saber que la acción meditada constituye un delito y amenaza la estimación. La regla "volenti non fit injuria" solo es aplicable a los derechos privados alienables.

No comparto la argumentación porque considero que se aleja de la realidad. Imposible es la coerción penal ni moral por la ley para el suicidio. La norma, aquí, aunque claras fueran sus fundamentaciones, no conseguiría nada positivo o, cuanto más, apurar y asegurar los medios para salir de la vida; podría inclusive desalentar más al desalentado. Es posible que el suicida se detenga ante razones sobrenaturales, ante el destino del alma en virtud de un sentido religioso y ético, mas no por las consecuencias terrenas condenatorias, ya que precisamente, con el acto demuestra total desarraigo, entera decepción por las cosas de esta tierra. Suele estar obsesivamente contrariado por todo lo humano desde que quiere irse, deprimido, con un vacío, un pesar o una tristeza que sobrepasan los lazos mundanos; no ha de pensarse en una mente lúcida y plena, apta para retroceder ante las consecuencias legales, que quiera preservar una fama o evitar deshonras temporales. Todo eso debe importarle poco al suicida. Por otra parte, resulta difícil asegurarse de que no estaba pasando por un momento de alienación, lo que lo haría inimputable. Su sacrificio que excede toda razonabilidad, muestra un extravío contrario a las tendencias vitales y naturales del hombre: la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autoconservación. Ello hace presumir la alteración del equilibrio. Como el borracho o como el demente, ¿quién podría asegurar que no estaba en estado de ofuscación delirante?

De todos modos, en el derecho positivo no hay delito excepto acerca de la instigación o ayuda al suicidio. El tercero que influye, aconseja o materialmente presta su ayuda, comete una acción criminal. Casi todos los Códigos persiguen esa conducta. Ello porque pese a la corriente que predomina, no se desconoce la repulsa que produce el suicidio, y por lo tanto, todas las personas que se compliquen ayudándolo o lo provoquen con la incitación, caen bajo un tipo de crimen particular y no pueden alegar en su descargo el consentimiento de la víctima. Se ha estructurado una figura autónoma, puesto que no puede hablarse de participación en sentido estricto. Pero ese aspecto se, refiere a una conducta ajena a quien dispone de su propia vida

Como resultado extremo de la tendencia que descartó la criminalidad, apareció la que desarrolla un derecho a suicidarse o una facultad Jurídicamente protegida(20)(1497).

Es inaceptable ese criterio que crea la paradoja de un derecho a ser y al no ser. El de vivir, personalísimo, es indisponible. Altas razones de moral, comunidad y orden se oponen a que la persona tenga la potestad de destruir su vida. Los que descartan la criminalidad del suicidio no lo elevan a la categoría de derecho subjetivo tutelado por la ley. Ni siquiera a la de una facultad. Esto último que parece a primera vista incongruente, queda demostrado con la posible acción obstaculizadora de la sociedad o de un tercero. Silio y Cortés le demandaron a Ferri: ¿cómo es que impedir el suicidio es una acción Jurídicamente lícita y para algunos un deber? Se les quiso contestar que quien tentaba matarse muestra no tener la cabeza en su puesto, pero, entonces, se trataría de un derecho o una facultad de hacer, un desacierto, o bien, se podría decir con Pésico la contradictoria frase: él tiene el derecho de morir pero yo tengo el derecho de salvarlo(21)(1498).

No cabe duda de que si se puede, y aún se debe oponer obstáculos al acto, dicho acto no es una facultad, no puede ser defendido ni está bajo tutela legal. Basta la posibilidad de que se lo impida válidamente para demostrar que no existe un poder jurídico, desde que, con respecto a los demás, carece de protección normativa. Cualquiera puede interponerse, evitarlo, y nadie tiene el deber de abstenerse. El suicidio es un acto contrario a las buenas costumbres (art. 953 del Código Civil), y por lo tanto, indefendible jurídicamente. No es delito por razones particulares, pero tampoco derecho ni facultad. Es un acto que carece de amparo legal, impedible aún por la fuerza, mirado con disfavor por el ordenamiento(22)(1499).

CAPÍTULO III - SITUACIONES DE PELIGRO

1° El duelo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Como modo de resolver una cuestión caballeresca ocurren dos cosas: la disposición de la propia vida que se somete a un peligro inminente y la intención dirigida a matar al contrario.

En el mundo antiguo sólo se conocía el duelo de guerra, o sea, el combate singular entre campeones de dos pueblos en lucha que decidía la suerte del conflicto y evitaba derramamientos de sangre. Ejemplos famosos son la lucha entre David y Goliat y entre Horacios y Curiacios. En Roma no era costumbre usar las armas por una contienda privada. A la caída del Imperio, los bárbaros apelaron a la violencia sin mayores escrúpulos y se degollaban por cualquier motivo inclusive, enseña Tácito, para hacer efectivo el arte adivinatorio: "ponían a combatir a cada uno con las propias armas, a un guerrero escogido entre un pueblo y a un prisionero" de la nación con la cual guerreaban y la victoria "del uno o del otro era acogida como indicación favorable o desfavorable". Más tarde se pasó al duelo judicial, como prueba de la verdad en la contienda; intervención de Dios, pues quien diga la verdad abatirá al contrario felón. De allí a las ordalías o "juicio de Dios". Borgoña fue la región civilizada en la que se introdujo por primera vez en la ley, conocida como "loi Gombette", nombre del Rey Gondebaldo, el duelo judicial. Ese fue el origen inmediato del duelo caballeresco, privado, o pretensión particular del caballero de hacerse justicia por mano propia. Las primeras normas sobre cómo debe conducirse una contienda de honor datan de 1306, durante el reinado de Felipe IV, el Hermoso, Rey de Francia. Se extendió rápidamente y se escribieron tratados sobre ciencia caballeresca, tal el famoso de Girolamo Muzio, que data de la mitad del siglo XVI. La vis privata se hizo regla en las cuestiones sobre el honor.

Cuando en Los tres mosqueteros el padre de D'Artagnan hace al hijo sus recomendaciones y le dice: "te batirás en todas las circunstancias; bátete, sobre todo, porque los duelos están prohibidos y así se necesita doble valor para batirse", y aquél en media hora, a los 18 años, se trenza con Athos, Portos y Aramis, el novelista Dumas no hacía más que receptor exageradamente lo que era usual en la sociedad de su época. El duelo era provocado por cualquier incidente o accidente; cualquier cosa bastaba para darse por ofendido y lavar la ofensa con sangre en el plazo más corto, el necesario para ubicar un lugar apartado. Y ello a pesar de que a partir del 855, en el III Concilio de Valence durante el papado de León IV, se dispuso que el duelista, autor de la muerte o herida grave al adversario, estaba equiparado al asesino, y al muerto se le negaba la sepultura eclesiástica, porque a su vez, era asimilado al suicida. El Concilio de Trento castigó con la excomunión a los duelistas, confiscación de los bienes e infamia perpetua.

Los monarcas fueron extendiendo prohibiciones. Se cuenta que en Francia el último lance autorizado ocurrió entre los primos Guido de Chabot, señor de Jarnac, y François de Vivonne, señor de Chatignerai, a fines del reinado de Francisco I. Todo se originó en las voces falsas que hizo correr el Delfín en el sentido de que Jarnac se vanagloriaba de gozar de los favores de Madeline Guyon, segunda mujer de su padre, Carlos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Chabot. Ante la reacción de Jarnac buscando al autor de la calumnia, el Delfín pidió al de Vivonne que lo ayudara, quien, para asegurar sus favores en su próximo reinado, se declaró autor del rumor públicamente. Jarnac dijo entonces, también públicamente, que su primo era un mentiroso. Vivonne pidió autorización para batirse a Francisco I, pero fue rehusada. Al morir el soberano, su sucesor, autor del enredo, concedió la licencia. El 10 de julio de 1547 se realizó el famoso encuentro en el que venció Jarnac con una estocada que se hizo célebre y produjo agrias disputas. Poco después, el duelo quedó prohibido y considerado como crimen por la ordenanza de Moulin (1566). Richelieu condenó a pena de muerte a los duelistas (edicto de 1626). Es famoso el caso de Montmorency conde de Pouteville y su primo el conde de Chapalles que se batieron contra dos adversarios y fueron ejecutados(23)(1500).

Hoy, casi todos los países tienen normas represivas. No hay duda de que se atenta contra la vida propia y ajena; es una forma de vis privata desterrada de las costumbres y perseguida por la ley; intolerable para el Estado que se precia de estar en orden. Responde a un concepto anárquico contrario a la solidaridad social.

Se comete pues, delito, y no hay ningún tipo de derecho o facultad. Esa forma absurda de disponer de la propia vida ataca la condición indisponible del bien personalísimo. No hay legítima defensa ni estado de necesidad que haga admisible el uso de la propia fuerza, pues el combate se hace premeditadamente evitando la intervención de la justicia para que dirima la disputa. Sin embargo, se ha aceptado el resarcimiento de los perjuicios por las heridas recibidas en duelo. Así, la nota al art. 1081 del Código Civil, en donde Vélez transcribe a Aubry y Rau: "Las heridas hechas en duelo dan acción para pedir indemnización a favor del herido o de su familia aunque él haya sido el provocador. Aún cuando el duelo no constituyere un delito según la ley penal, lo que no puede admitirse, constituiría sin duda un delito en el sentido del Derecho Civil". He aquí el amparo del derecho de vivir, adaptándose al sistema de la responsabilidad amplia del matador o heridor en duelo, sin otro distinguo; y cómo el volenti non fit iniuria de Ulpiano, carece de relieve frente a este bien personalísimo, el cual no debe depender en su trayectoria y preservación de la voluntad de quien lo goza. En definitiva el duelo no es más que una forma de suicidio; se puede discutir su criminalidad que se basa en una razón social de impedir la vis privata, superior al derecho individual de la propia vida. En realidad, es inculpinable porque atenta contra la vida de las personas; contraría la paz social, y representa una irracional aplicación de la citada regla de Ulpiano sobre el valor de la voluntad y el consentimiento, ya que se la quiere aplicar a un derecho inalienable.

2° Pasividad mortal.

Hay otras maneras de detener el curso de la vida. No sólo los actos positivos, el suicidio y el duelo, sino también omitiendo, por inacción, por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

querida indefensión. En ambas situaciones, el hacer y el no hacer, se materializa una disposición que no ha de considerarse lícita, moral ni facultativa.

Vivir requiere muchos complementos. Es un acontecimiento sucesivo y complejo, rodeado de condiciones. La atmósfera, el clima, el aire que se respira, el agua que se bebe, todo debe ajustarse a determinados presupuestos: debe amoldarse, cubrir, aludar a la naturaleza que se desplaza, evoluciona y subsiste rodeada de necesidades; ella depende de su halo protector, de múltiples factores externos. Las funciones mecánicas de la existencia biológica y de las cuales también dependen los vuelos intelectuales, piden una positiva actitud porque están subordinadas a los medios alimentarios y de ambiente apropiado. La vida es una constante proyección de esfuerzos y la naturaleza del hombre no está hecha para vegetar, sino para realizar esos esfuerzos. De ahí que, bastaría una conducta intencionalmente negativa, dispuesta a inmovilizarse, no ingerir alimentos dejar de obtenerlos, a no evitar el frío, a soportar sin defensa cualquier elemento destructor (el gas, el fuego, el agua), para que cese. Ello es equiparable al suicidio por acción. Porque, repito, estando el hombre constitutivamente dispuesto y necesitado de la ejecución de actos (interiores y exteriores) para conservarse, bastaría contrariar ese mandato natural, esa fuerza interior que impele a cumplirlo y que proviene instintivamente de los movimientos dirigidos a la autoconservación, para obtener la muerte de la misma forma que la obtiene quien se hiere. Piénsese en el enfermo pulmonar que a propósito no cierra la ventana del cuarto en un día de crudo invierno tormentoso.

Bien dijo De Amesqua que se deben distinguir los actos positivos de los negativos. Podemos querer el daño del cuerpo como fin, como medio o como efecto de otro acto que es más directamente nuestro fin. Por ninguna razón es lícito cumplir o acabar un acto que tienda directamente a la propia muerte(24)(1501), De ello se deduce que la persona está obligada a actuar, a defenderse de las inclemencias del tiempo o de las amenazas de la naturaleza en general. Claro que aquí resulta menos diáfano el concepto de ilicitud no punible. Quien se dispone a tirarse de la cornisa del séptimo piso, puede ver más gráficamente impedido su propósito que aquel que no come o se queda sentado observando cómo avanzan las llamas. Sin embargo, todas son conductas obstruibles. Lícitamente obstruibles. El huelguista de hambre puede ser compulsado a alimentarse cuando empieza a peligrar su existencia; y aun, quien decide soportar el frío hasta morir, ser válidamente abrigado por la fuerza. La medida está dada por las circunstancias y las consecuencias previsibles; según una razonable expectativa. Pero nadie tiene la potestad jurídica de quitarse la vida y no actuar en su autoconservación. Esa autoconservación que, como diría Santo Tomás, prueba el amor hacia sí mismo, es un deber que se justifica por la naturaleza. No hay castigo para quien no cumple ese deber; pero sí es factible, y hasta obligado, sin atacar por ello la libertad, o sea, sin cometer acción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

antijurídica, que la sociedad o un tercero impongan por la fuerza el cumplimiento de los actos necesarios para preservar la vida del sujeto. Aquí, la violencia está permitida (administración forzada de alimentos, abrigo a viva fuerza, empujón para evitar las llamas, etc.). Todo depende de la situación, porque no debe olvidarse que, so pretexto de proteger la vida, no han de avasallarse otros derechos personalísimos, como la libertad. De ahí que sólo es aceptable el acto que impide, cuando el peligro de muerte es cierto e inminente.

Desde ya que el consentimiento de la víctima carece de todo valor y ni siquiera suprime la criminalidad del acto.

3° Los riesgos y las experiencias científicas.

Los riesgos a que se suele someter el hombre no siempre son legítimos. La experimentación científica, ya sea para la medicina, física o química, la técnica, exploración y astronáutica, pueden necesitar del hombre hasta su total sacrificio. Importa saber hasta dónde le está permitido brindarse, y aún, qué valor jurídico puede tener el compromiso individual.

De Amesqua, desde su siglo XVII, lo había previsto cuando dijo que es posible, por motivo grave, exponerse a un peligro tanto mayor cuanto más noble es el objeto. Ese principio es tenido en cuenta por la prevalencia del interés colectivo sobre los de cada uno, del natural amor a los parientes del prójimo y de la importancia de la salud espiritual.

Los Mazeaud repudian el atentado porque consideran que el interés social es insuficiente para justificar que sean sacrificados, contra su voluntad, la vida o la salud de una persona⁽²⁵⁾(1502). Pero observo que entonces, a contrario sensu, podría considerarse aceptada la entrega consciente y voluntaria. Borda, en cambio, combate toda intervención quirúrgica con fines experimentales, pues repugnan, dice, al "sentimiento cristiano, no obstante que se invoque un fin elevado como es el progreso de la ciencia médica"⁽²⁶⁾(1503).

Pienso que todo depende del grado y de la circunstancia. Cuando la experimentación es necesaria para la sociedad, para el bien común, dado que se lo coloca por sobre cualquier bien personal y toca la composición y resguardo de la humanidad, es atendible que se permita el sacrificio. Así, por ejemplo, en caso de una epidemia que se lleve muchas vidas. Como el de los médicos norteamericanos que se expusieron a pruebas destinadas a descubrir la causa de la fiebre amarilla que asolaba a Cuba en 1900⁽²⁷⁾(1504).

Pero, no obstante esas condiciones, es inaceptable el contrato, el compromiso. Carecen de fuerza obligatoria o, en todo caso, la ruptura unilateral del presunto obligado no produce un crédito compensatorio. Por el art. 953 del Código Civil, es nulo de nulidad absoluta por objeto prohibido, el acto mediante el cual una persona pone su vida a disposición de otra. De igual modo cae el que la obligue a someterse a un grave peligro, como en esos casos en que se ofrece el propio cuerpo y la vida para manejos científicos o para actividades que rozan la muerte.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

No es aconsejable dejar sentado un principio rígido. Pero indiscutible parece la invalidez cuando la experiencia o actividad peligrosa está impulsada por el logro de una compensación monetaria, y no exactamente por la lucha de un flagelo o el conseguimiento de un alivio a la humanidad. Quiero decir cuando se negocia con el riesgo y ha de resultar mayor la compensación dineraria cuanto más grave es la suerte que se corre, cuanto más cercana está la muerte. Parece ello una forma de venderse, de tasar la propia vida o el peligro a que se la someta. De ahí que, si bien no conviene la casuística perdida o la generalización drástica, es necesaria en los tiempos que corren, una orientación legislativa que le permita al intérprete moverse con comodidad dentro de las circunstancias que pueden rodear cada caso.

Lo aconsejable sería lo siguiente: 1) descartar, en principio, la validez de los contratos con contraprestación pecuniaria; 2) legitimar los actos espontáneos por los cuales se quiere evitar un mal mayor para la humanidad, siempre que los postulados de la ciencia correspondiente muestren la necesidad y extrema urgencia del medio a emplearse y el posible resultado exitoso; y 3) impedirlos cuando hay certeza de muerte y una muy remota probabilidad de éxito.

Para explicar esta última proposición debo señalar que, a pesar de que la experiencia científica prometa maravillosos resultados, nadie está facultado para disponer de su soplo vital, ni para colocarlo en una peligrosa situación que implique con casi seguridad su quiebra. De ahí que, la entrega voluntaria para la muerte, no digo ya para someterse al riesgo, a fin de que el médico, químico, físico o técnico puedan conseguir la solución o dato que buscan, es inaceptable, aun cuando aquélla reporte beneficios extraordinarios. Es el caso de la donación del corazón in vivo para salvar a otro enfermo; del permiso para que se inocule un virus mortal y poder analizar su acción; o el de aceptar un viaje espacial sin regreso posible, para poder comunicar alguna necesaria noticia del cosmos. En fin, el de convertirse en "conejo de la India" para que a costa de la propia vida, se obtenga un suero salvador que permita el descubrimiento y combate de alguna enfermedad. Tales experiencias sólo serían legítimas si no mediara una muerte cierta, si hubiera un cálculo de probabilidades en el que se pudiera vislumbrar la posibilidad de la subsistencia. El riesgo puede ser grande, pero siempre debe haber una esperanza bien fundada de vivir. Y quien asume la responsabilidad de ejecutar la experiencia, debe poner todos los medios de su arte a fin de evitar el sacrificio total del dador.

Por otra parte, deben apreciarse grandes esperanzas de éxito. Si ab initio parece muy improbable que se obtenga un resultado positivo, o francamente alentador, el sacrificio sería inútil e ilegítimo.

Entonces, el compromiso a cumplir en el futuro en ningún caso se estimará vigente. El espontáneo darse es una cosa, y muy otra contratar darse, o convenir algo obligatoriamente, aun por donación. Además, en el supuesto de espontánea entrega de presente, quien se brinde sin presiones para el experimento, no debe haber certeza moral de que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sobrevendrá la muerte, sino sólo una posibilidad, aunque seria, que admita en alguna medida la esperanza de sobrevivir. Caso contrario sería un suicidio generoso ayudado por los semejantes en bien de todos los otros, o sea, auspiciado por los demás. Ya se ha visto que la ayuda o instigación al suicidio es delito penal. Por último, hay que remarcar que debe haber de por medio móviles beneficiosos para la humanidad, o bien salvadores, los cuales no deben estar sellados por el lucro; o sea, altruista y benemérita finalidad ajena a la contraprestación monetaria.

Orgaz admite que se convenga una suma de dinero, con carácter accesorio, que ayude al sostenimiento de los deudos, o en el infortunio en la hipótesis de un resultado negativo(28)(1505).

Hay que preguntarse: ¿en qué medida puede hablarse de un consentimiento libre, ajeno a toda especulación? Sin perjuicio de que los expertos ofrezcan voluntariamente contemplar la situación en que quedarían los deudos o el propio infortunado, ningún compromiso monetario, ni aun accesorio, es aceptable. Peligra la decisión intachable, puramente altruista, no presionada por el dinero. Quien se ofrece debe saber que lo hace a toda pérdida, con real y entero sacrificio de sí y por elevadas miras humanitarias, como el caso de los presidiarios de Ohio, ocurrido en 1958, que se dejaron inocular el virus del cáncer para ayudar la empresa del descubrimiento total de la enfermedad(29)(1506).

Por último, creo oportuno repetir que, hoy por hoy, ante la gran evolución técnico - científica del mundo que hace pensar "con agrado" en la tiranía de la ciencia, en la subordinación de muchos aspectos de la vida al proceso evolutivo científico de la humanidad (y digo "con agrado", porque puede ser que ella reemplace la tiranía del dinero que ya ha tenido su reino, como lo tuvieron la de la casta y la del hombre - poder), la cual, si bien producirá alivios puede avasallar ciertos principios, resulta imprescindible reglamentar todas esas cuestiones en forma general. He ahí la necesidad de una ley reguladora del "derecho de vivir".

4° Los deportes, trabajos y habilidades.

Hay otras maneras de poner en juego la vida. Pero tienen que ser tratadas con mayor estrictez porque ni siquiera se la ofrece para adelanto y beneficio de la humanidad, sino únicamente para solaz de espectadores o por emulación y competencia. Además, prevalece aquí el papel del dinero, pues se desarrolla una actividad remunerada o empresaria con fines de lucro. A mayor peligro, cercanía de la muerte, suele elevarse la tarifa que pagan los espectadores, los que gozan con la demostración de audacia y de valor.

En su línea de ideas Campogrande advertía que, dichos espectáculos peligrosos, ejecutados en los teatros, plazas y circos, en los cuales la vida de un hombre depende de la resistencia de una cuerda, la habilidad de un tirador o las dotes fascinadoras de un domador, están permitidos. El conflicto se plantea cuando el espectador quiere demostrar públicamente su valor, o bien satisfacer un capricho, e intenta lo que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

domador y el jugador hacen. La policía prohíbe ese espectáculo. La diferencia estaría en que, los que hacen profesión, tienen permiso para disponer de la vida pero no los que no ejercen el oficio. Lessona y Ferri recordaban que la licitud de estos ejercicios deriva del predominio de los intereses sociales pues el pueblo se divierte viendo a los domadores; la ley no puede prohibirlo si el que dispone de su vida lo hace espontáneamente; desafía a la muerte quien merece la admiración por un buen sentimiento: el valor. La diferencia con el improvisando surge, para esos tres autores, del contrato de arrendamiento de trabajo. Quien por el contrato se ha comprometido a arriesgar la vida, puede arriesgarla; a quien no hizo tal contrato le está prohibido semejante empeño. Frente a un contrato regular o formal, se supone que el contratante ha reflexionado sobre los graves peligros que lleva anexos el oficio. Esa sería la razón jurídica que lo autoriza. La prohibición a los que no hacen de dichos ejercicios una profesión habitual, se justificaría con las razones contrarias: "por falta de contrato, y por el hecho de que cuando los verifica un inexperto producen en los espectadores más alarma y miedo que distracción". De tal manera, puede hablarse, afirmaban, de un derecho de la sociedad para impedir la exposición pública de la vida, mientras que en lugar privado "por regla general, no puede vedar los ejercicios peligrosos"(30)(1507).

Me parece flaco el razonamiento en muchos puntos.

No se trata de saber si la demostración será pública o privada, o si hay o no contrato de servicios. Sí, bajo qué condiciones las actividades de circo, "varietés", deportivas en general o de trabajo de obreros en ocasiones de peligrosidad manifiesta (a gran altura, en subterráneos o minas, para fabricar dinamita o explosivos, reactores atómicos, etc.), deben colocarse para ser reputadas lícitas y no impedibles.

Lo primero y más importante que se debe exigir es la aptitud del individuo. Ello surge del ejercicio profesional, el hábito reconocido, la práctica y habilidad. No interesa socialmente consolar a un público ávido de sensacionalismo, o despertar la admiración por el valor personal que se trueca fácilmente en inconsciencia, desprejuiciamiento, arrojo mortal, sino preservar el bien que se quiere exponer. De ahí que, sea en público o en privado, nadie tiene el poder jurídico de despremiar la vida hasta tal punto de arriesgarse incontroladamente. Sería posible, y necesario, impedir ese acto en cualquier circunstancia, haya o no contrato, salvo que la idoneidad se mostrara como suficiente protección. Vale decir que el acto sólo es inatacable y permitido si el protagonista reviste una reconocida aptitud para vencer el peligro.

Los trapeceistas de circo, por ejemplo, los toreros (De Amesqua, como buen español, defendió las corridas de toros; Lib. 2º, cap. XI), los automovilistas, operarios de ciertos yacimientos minerales, están protegidos por el empleo de la astucia y de la fuerza bien ejercitada y porque se prevén todos los medios de seguridad y defensa que descartan la certeza de un desenlace fatal. Un profano sería, ni más ni menos en público o en privado, un suicida que ejecuta fríamente el acto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de exterminio, en veces a la vista y paciencia de la autoridad, en otras de un público insensible; la mayoría de los casos por una razón de lucro del empresario u organizador.

O sea que la única condición legitimaste es la citada idoneidad del agente que lo escuda, o bien, que haya medios de seguridad (lonas y redes en los circos, por ejemplo), o se trate de medios en sustancia no peligrosos (fieras amaestradas frente al domador). Por ello, es importante que la ley contemple toda esta materia, de ser posible profesionalizando dichos ejercicios y actividades. Una reglamentación del deporte no sólo no es inocua, sino que prestaría grandes utilidades y evitaría muchos accidentes. En particular sobre los mismos espectadores. Las competencias automovilísticas son ejemplo demostrativo. Es función del Estado controlar y evitar que los inexpertos se expongan a riesgos, porque así se protege la vida y se hace efectivo el principio de la indisponibilidad.

Otro asunto importante deriva del contrato y sus consecuencias de las obligaciones que genera y de la legitimidad del incumplimiento.

El contrato depende de las condiciones explicadas. Si se trata de un experto reconocido y hay seguridades para su vida tiene vigencia, pero no se lo podría forzar al cumplimiento. Crea obligaciones de hacer inherentes a la persona, desde que se refiere a un bien personalísimo y a cualidades intransferibles. Nace una obligación intuitu personae que no se transmite y que sólo podría derivar en el pago de los daños y perjuicios. De ahí que, el domador de fieras, el trapecista o el corredor, etc., pueden rehusarse a cumplir, pero deben hacerse cargo de los gastos ocasionados, así como de las utilidades dejadas de percibir por parte del empresario u organizador. Es aplicable el concepto del art. 498 del Cód. Civil, y las derivaciones de los 626 y 629. Por el primero se caracteriza la intransmisibilidad, y por los otros dos la no ejecutabilidad forzada, ya sea por medio de un tercero a costa del obligado, o porque resultaría necesario ejercer violencia sobre la persona del deudor. Este si no quiere ejecutar el hecho arriesgando la vida, se libera de la ejecución forzada y sólo responde por los gastos ocasionados y el lucro cesante.

Ese contrato sólo puede valer cuando asume la obligación un experto reconocido como tal. Quien carezca de habilidad profesional no está en condiciones de obligarse y el contrato sería nulo, ya que, caso contrario, se vería por un rodeo violado el art. 953 del Código Civil pues se estaría ante un objeto prohibido por imposible y por violación de las buenas costumbres y de la moral. Sería alentar el abuso de sí mismo, de la propia vida. Abusar del derecho de vivir. Exponer el bien personalísimo sin cautela ni orden. Algo así como acercarse a la legitimidad del suicidio.

Disiento con la drástica postura negativa de Messineo. Este autor, sin hacer distinciones, considera ilícito el contrato deportivo sobre juegos peligrosos para la vida o integridad física, pues, desde el punto de vista civilístico, la persona puede arrepentirse y en caso de muerte los parientes tienen derecho al resarcimiento, o el lesionado también, sin

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que obste que se haya puesto en condiciones de sufrir la muerte o lesión, conscientemente y por lucro(31)(1508). Pienso que, rodeado el deporte de las garantías del caso, la idoneidad controlada y asegurados los medios de precaución, si ocurriera la desgracia no correspondería responsabilizar al empresario, ya que está aceptado y es legítimo el deporte, espectáculo o labor. Ello sin perjuicio de las leyes especiales, como la de accidentes de trabajo. El arrepentimiento acarrearía las consecuencias señaladas, salvo que el obligado demostrara haber perdido, sin culpa, física o psíquicamente la idoneidad característica y necesaria. Este supuesto podría encuadrarse en el caso fortuito, inevitable e imprevisible que justifica el incumplimiento.

Al reglamentarse el "derecho de vivir", deberían contemplarse todos los matices que lo rodean, desconociéndose expresamente el contrato del inexperto arrojado, impidiéndose espectáculos sensacionalistas sin vigilancia de la autoridad, y estableciendo las condiciones bajo las cuales es posible aceptar dichos ejercicios, deportes y habilidades riesgosas. La policía de seguridad debe actuar con un serio y delimitado respaldo positivo; no por impromptus momentáneos que llevan de la mano a la arbitrariedad y a los errores. Están en juego dos bienes personalísimos: la libertad y la vida. Y como ambos son derechos subjetivos, el sano equilibrio recomienda que el legislador ponga topes a las facultades correspondientes, y los ponga también al ejercicio de la autoridad para preservar la sana autonomía individual y el correcto ejercicio del "derecho de vivir".

CAPÍTULO IV - DERECHO AL CUERPO

1° Necesidad de la tutela civil.

Es útil y necesario que la norma jurídico - privada defina los límites de las facultades sobre el cuerpo humano, lo que se hace palpable con algunos ejemplos: dormida la persona, o inconsciente, alguien sin consultarla le corta el pelo, la afeita o le pinta la manos y recorta las uñas al ras. Difícil sería encontrar el tipo penal correspondiente. Pero: ¿habría ilícito civil? O bien, aquélla da su consentimiento para la extracción de la córnea in vivo, el arranque de la piel o la amputación de un miembro sano: ¿qué valor tendría dicho consentimiento?

Al faltar la respuesta positiva todo cae en el frágil campo de la controversia. Daro que tratándose de la vida no se acepta la renuncia o transmisión; nadie conferiría valor inatacable al consentimiento, porque la ley penal aún cuando gradúe sus consecuencias, no descalifica el tipo delictivo: aborto, homicidio, ayuda al suicidio, etc. Pero en aquellos casos especiales se carece de protección pública y es altamente beneficioso el principio general que asiente las soluciones sobre bases estables. Se ha demostrado que el art. 59 del Código Civil italiano estableció un real y verdadero deber de vivir, y prohíbe, consecuentemente, el suicidio, a pesar de que la norma represiva no lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

constituye en delito(32)(1509). Entre nosotros, en cambio, todo ha de construirse doctrinariamente y por lo tanto, de modo discutible y precario. Los distintos enfoques de las leyes penales y civiles surgen de la circunstancia de que aquéllas reprimen ciertos y determinados actos que se consideran delictuales. No hay una completa tutela de la integridad física. Incriminan, bajo condiciones estrechas, especies tipo, y exigen, generalmente, que el acto tipificado sea de golpes violentos o lesiones sobre el cuerpo capaces de producir una enfermedad o un daño en la persona, corporal o mental, teniendo sólo por mira la seguridad, convivencia y eficacia de la actividad individual. Todos los otros aspectos que se proyectan hacia el cuerpo ampliamente se refieren a la inmunidad como concepto genérico, y los menores o secundarios, como ejemplos del pelo, las uñas, la barba, quedan fuera de las esferas represivas. Allí debe actuar el orden civil, en el resguardo general de la integridad física, la cual por su extenso campo no queda amparada en su totalidad, comprensivamente, a través de los determinados tipos del penal. El derecho subjetivo que este último orden proyecta dado el cauce resarcitorio que establece, queda por él delimitado entre sus angostas fronteras. Urgente es darle vigencia plena por el canal de la regulación privada, la cual, en particular, podrá encauzar lo relacionado con el valor del consentimiento.

Así, verbigracia, el ya citado art. 5° del Código Civil italiano ha abierto un ancho panorama a la doctrina. Allí se establece: "los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres". Se deduce, como se ha visto, la prohibición del suicidio en resguardo de las buenas costumbres y, por ende, que el acto de exterminio no es una facultad; que el derecho al cuerpo tiene límites, así como el consentimiento sobre aquellos actos que importan una ofensa a la integridad contraria a las buenas costumbres, o impliquen una disminución permanente. Todavía, y es lo más interesante, se sonsaca que fuera de tales casos colocados en la esfera de la ilicitud civil, la persona puede actuar ejercitando el derecho de disponer del propio cuerpo; consentir en la operación, el corte del cabello, el rasuramiento, el tratamiento médico, etc. Al fijarse la disponibilidad mediante consenso del interesado, se admite implícitamente el derecho en toda la extensión no prohibida por la norma.

Surge, pues, que ese derecho al cuerpo existe; está rodeado de facultades; hace usar y gozar del objeto que le corresponde; puede ser defendido privadamente, y la violación entraña consecuencias. Es más, en alguna medida se admite la disponibilidad, aunque no radicalmente, ya sea por acto propio o consentido a los terceros.

2° El bien protegido.

La vida no es una cosa y, por lo tanto, no debe confundirse con todo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aquello exterior que le sirve de sustento. Hay que evitar, según Julián Marías, el riesgo que acecha constantemente al pensamiento tradicional, en todos sus niveles: la "cosificación"(33)(1510). Tampoco el cuerpo es una cosa. Superada está la idea de De Maistre de que el hombre es una inteligencia servida por sus órganos, o sea que tiene cuerpo del cual se sirve. El hombre es inteligente y es corpóreo. El cuerpo no es algo exterior, separable mecánica o materialmente, distinto o independiente del hombre. No es cosa, no es res; no es una realidad per se. Es la condición que imprime corporidad a la vida humana. El hombre es corpóreo, porque fundamentalmente es desde y por su cuerpo.

Ese compositum corporal viene, si se quiere, muy desvalido. El hombre no está bien dotado. Tiene muchas limitaciones: no puede volar; sumergirse; correr sin enseñanza, y a pesar de ella es lento y pobre de aliento; nadar naturalmente; proveer a su sustento desde el inicio; no está abrigado por sí mismo ni es fuerte. Pero, como es una naturaleza en expansión, supera las deficiencias usando de sus propios medios (técnica, armas, inteligencia), maneja el cuerpo con maestría y una superior utilidad. El hombre supera sus propias imperfecciones y deficiencias usando del cuerpo. Las relaciones que tiene consigo mismo a través de él, sus diversos modos de sentirse en él, varían en sumo grado. Aparte de las decisiones histórico - sociales, hay una personal, "en virtud de la cual cada uno "hace" su propio cuerpo, partiendo de los recursos biológicos, sociales y económicos que se han sido dados, y lo «usa» de manera intransferible"(34)(1511).

Quedan así expresadas dos ideas fundamentales: la inconfundibilidad del cuerpo con los objetos exteriores, materiales y valorables, y el cúmulo de facultades que el hombre tiene sobre el cuerpo que es. Imposible que la norma jurídica se desentienda de tales realidades. Los arts. 51, 70, 71 y 74 del Código Civil reconocen la necesidad del cuerpo y de la vida biológica para investir al ser de la condición de persona, sujeto juris. En otras palabras, ambos elementos, cuerpo y vida, se proyectan como requisitos existenciales de la persona misma. Son objetos imprescindibles para la norma a los cuales acude, y los proyecta en el cumplimiento de sus fines.

El cuerpo es materia organizada, en la que se infunde la vida a través del proceso de la reproducción(35)(1512). Es intrínsecamente consistente; tiene transparencia porque la vida se mueve en él, lo llena de sensibilidad; es en el exterior expresivo de su forma y de la vida que lo anima. Es comunicativo y convivencial. Además, como la vida es una para uno, personificada e interior, tiene intimidad, de donde resulta que el cuerpo es también personalísimo, íntimo y propio. De ahí que no pueda desde ningún punto de vista, ser involucrado en el concepto del derecho de propiedad, el cual sólo asienta las raíces sobre las cosas en el sentido de res. Si somos nuestro cuerpo, aunque no únicamente nuestro cuerpo, sería inicuo e ilógico equiparlo con las cosas corporales exteriores; aquellas que se tornan, se transfieren, se destruyen. Pero tampoco debe olvidarse que ello no impide que sea

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

objeto de relaciones.

Rosmini, también Romagnosi, partían de una idea abstracta de propiedad, que significaba la "simple pertenencia" sobre todo aquello que la persona tiene como parte de sí misma, como suyo. Llamaban "propiedad connatural" a lo que contiene la naturaleza humana(36)(1513). También Petrone, quien con respecto al cuerpo consideraba que era el primer término de la serie de apropiaciones(37)(1514). Pero, si como he establecido, el cuerpo no se tiene ni debe "cosificarse", sino que se es cuerpo, aún con esa extensión que está fuera de los cánones normales del concepto de propiedad, el argumento no puede aceptarse.

Sin embargo, nada impide que se lo considere como una manifestación visible de la persona, un objeto de especial consideración y, por ende, pasible de relaciones jurídicas.

Muy distinto por cierto, el problema que presentan las partes del cuerpo una vez que han sido separadas, las cuales ya no son componentes del total, dejan de ser porciones del hombre mismo. Mis brazos, mis piernas, piel o pelo, corazón y órganos menores, integran mi yo corpóreo. Separados cobran una independencia inanimada, ajena al soplo de vida que les infundo con mi vida. Se desnaturalizan. Se convierten en objetos opacos por insensibles; inertes; cosas materiales apropiables.

De varias maneras es posible disponer del cuerpo y de sus partes, aún cuando, en principio, es indisponible, y radicalmente lo es sin excepción. La disposición de las partes, implica entonces el corte, la incisión o amputación, la separación. Ello indica que la posibilidad se limita a contados casos que iré tratando en lo sucesivo, a los actos que importen una modificación, destructiva o disminutiva, constructiva o curativa, porque, en el aspecto formativo y de uso propio, ya se ha dicho, nada impide la personal e intransferible determinación.

3° Las operaciones quirúrgicas prohibidas

Diversos fines llevan a las intervenciones médicas de cirugía. El primero y principal es la preservación de la salud. Pero, además, también por razones estéticas y altruistas. Este último caso cuando se trata de favorecer a un semejante determinado o a determinar, o se presta el cuerpo para experimentos con miras a la solución de algún interrogante científico.

Fuera de esos fines que hacen lícita la acción del cirujano o que por lo menos la vuelven discutible sino se desarrolla con incuria o torpeza, otros la convierten en delictuosa. Varios ejemplos muestran hasta dónde es legítimo disponer del cuerpo en la mesa de operaciones sin acarrear serias responsabilidades. Así, con relación al sexo la Cámara del Crimen de la Capital debió fallar, en 1961, una causa con ribetes originales pero que mostró los límites quirúrgicos. Se trataba de una mujer a quien se le extirpó la glándula del clítoris, so pretexto de una ninfomanía producida por la deformación de los órganos sexuales. Y si bien dicha ablación no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

afectó la función sexual, dado que no pudo determinarse la disminución de la libido, se consideró producida una lesión por desmedro anatómico y alteración cuantitativa de la aptitud de goce sexual. Según el Tribunal (voto del Dr. Argibay Molina), nada existía en los órganos de la damnificada que hiciera presumir que fuera hipertrófico el glande del clítoris, ni había razones médicas que justificaran la operación. Se consideró intrascendente la autorización de la damnificada y encuadrable la acción del cirujano en el delito de lesiones pues el dolo del acusado surgía de la falta de justificación científica, la forma como fue realizada y porque sabía las consecuencias que en la función sexual produciría. La condena fue de dos años de prisión(38)(1515).

Los problemas del transexualismo provocaron, también, reacciones penales y civiles. Se hizo famoso entre nosotros el caso de un médico que amputó el pene a un homosexual, le extirpó los testículos e implantó una pseudovulva para imitar los órganos femeninos. Se lo consideró encuadrado en lesiones gravísimas y fue condenado a tres años de prisión. Se dijo allí que aunque el homosexual haya requerido la intervención quirúrgica, el facultativo es culpable si no existe una enfermedad que obligue a la operación(39)(1516).

Alguien quiso cambiar la inscripción de su sexo y nombre en el Registro Civil, luego de una operación de ese tipo. Decía Carlos A. Ayarragaray, ponderando la sentencia del juez en lo Civil Dr. Bunge Campos, que rechazó la información sumaria sobre rectificación: "el caso V. es simplemente la obra de un degenerado (invertido) y que tuvo la desventura de encontrar un profesional servidor de su vileza, por razones que no deseamos concretar. V. es un invertido sexual, que trata de transformar su sexo a los fines de la satisfacción de su erotismo, como la desgracia del Rey Midas o la del Licenciado Vidriera. Para ello se emascula como Orígenes, pero no se automutila sino que se vale de la intervención de un profesional y así se corta los testículos y órganos externos, y además barre sus características externas sexuales con estrógenos. Queda hecho una piltrafa y busca en su degradación aprovechar vanaglorioso su cambio de sexo, mediante la intervención judicial. Es decir, que buscaba un respaldo a su insensato designio de convertirse, mediante timos y bulimias y con la intervención delictuosa de un profesional, de hombre en mujer"(40)(1517).

No se crea que son hechos excluidos de nuestro país, porque en Francia, según informes de Nerson(41)(1518), ocurrió algo similar, lo que dio lugar a la intervención del Tribunal del Sena el 18 de enero de 1965. J. R. J. se operó en Casablanca y trajo un certificado médico ginecológico, en donde constaba que tenía caracteres sexuales secundarios de sexo femenino y un aparato genital externo que le permitía tener relaciones sexuales como mujer. La pericia médica, sin embargo no le fue favorable, por cuanto si bien el sexo hormonal era femenino gracias a las sustancias estrógenas, y había obtenido modificaciones corporales «artificiales», el sexo genético era macho, subsistiendo las vías genitales masculinas y una próstata. La sentencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

rechazó la demanda e impidió la rectificación del acta de nacimiento. El Tribunal se apartó de la definición que una sentencia de 1903 de la Corte de Casación había dado sobre el sexo, detenida únicamente sobre las apariencias exteriores. Piensa el anotador que la situación hubiera sido diferente si el cambio hubiera tenido carácter involuntario, como la campeona de atletismo que se transforma en un joven, y se pregunta si no convendría, en ciertos casos, autorizar la intervención quirúrgica y la rectificación del acta, pues se está frente a un problema de política social. Que si bien las operaciones no justificadas por un fin curativo son ilícitas, habría que saber en casos de transexualismo si el desequilibrio físico es suficientemente grave para justificarla; si el legislador debiera intervenir sería deseable que se autorizaran estas modificaciones corporales tras un estricto control y autorización de una comisión médica(42)(1519).

Creo, por mi lado, que así como somos cuerpo somos sexo. Hay dos sexos en la tierra que se atraen y diferencian desde el embrión. Ninguna operación quirúrgica, hoy día, puede cambiar lo que el hombre y la mujer son sexualmente, aún cuando se quiera modificar con artificios los órganos que manifiestan al exterior uno de los actos, el más importante, de la categoría sexual. Pero piénsese que, siendo aquellos netamente representativos del sexo no son el sexo, pues éste se distribuye física y anímicamente en una total identificación con el sujeto; que no parece posible desviarlo íntegramente hacia las antípodas. La vida humana viene realizada en varones y mujeres, que tienen realidades somáticas y psicofísicas bien diferentes. Hay formación estructural generalizada y hasta la médula: se es una organización sexuada que produce una relación de Polaridad. Hablar de varón complica la situación inversa, y a la recíproca pero indefectiblemente el sexo está instalado como perteneciente a la vida, ya que ésta se proyecta desde el sexo propio hacia el otro. EL hombre y la mujer con su sexo respectivo viven la realidad entera desde él. Esta radical instalación es previa a todo comportamiento sexual. Es el ámbito en que se originan los comportamientos sexuales o asexuales, pero nunca asexuados, porque éstos no existen. La vida es vivida desde la disyunción en varón o mujer. Todo, hasta un teorema matemático, se vive desde la instalación en el sexo, «por tanto en un contexto y desde una perspectiva que es en cada caso irreductible a la otra»(43)(1520). De ahí que, esas operaciones hoy por hoy no pueden estar de ninguna manera justificadas, porque tienden a desnaturalizar y falsear. Salvo el caso en que la natura haya engendrado a un ser intermedio que, para diferenciarlo e instalarlo, se requiera intervenir determinando uno de aquellos polos - varón, mujer - , absolutamente necesarios por interferentes, condicionados el uno al otro y diferenciadores; que definan. Lo contrario no sería violar la cosa o lo que se tiene, sino el ser mismo.

Falta, entonces, un fin lícito y la emergencia justificante. Pero hay algo remarcable: tan es ilícito disponer del cuerpo para esa operación quirúrgica, que ni siquiera una vez efectuada produce efectos de algún

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tipo, como el cambio del estado civil sexual y la rectificación de la partida de nacimiento. Ello, aparte del delito que comete el cirujano. El art. 19, inc. 4°, de la ley 17132, ha venido a recibir la jurisprudencia citada poniéndose en un punto de cabal comprensión. Esa norma es realmente ejemplificativa y pienso que podría tomársela como base que permitiera la analogía para otros casos y situaciones. Establece: "los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: 4. No llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial". Queda claro que sólo después de obtener dicha autorización el cirujano está habilitado para tratar de modificar o alterar el sexo humano. Naturalmente que el magistrado que interviene, se asesorará también médicamente para sopesar la necesidad de la operación y la validez de sus resultados, pero, sobre todo, el objeto o finalidad que la mueven. Desde ya que si se quiere alterar la función sexual o los órganos sexuales (ya se ha dicho que el sexo es una totalidad, inmodificable en su integridad esencial) con el móvil de satisfacer apetencias anormales, antinaturales, tendencias homosexuales o lesbianas, el juez negará dicha permisión en resguardo de la moral y las buenas costumbres. El engaño para los actos sexuales desde ningún punto de vista puede ser aceptado, y en todo caso, convendría estudiar la solución por otra vía, ya sea a través de estudios psíquicos y hormonales, pero no caer en aquel procedimiento que toda sociedad civilizada repudia. Distinto puede ser el caso cuando convenga diferenciar seres hermafroditas, o más o menos mixtos. Claro que en ninguno la intervención del juez suple el consentimiento del paciente o de su representante o parientes, condición sine qua non para cualquier intervención quirúrgica.

Es contraria a los principios sentados la llamada esterilización obligatoria. Representa un tipo de mutilación por conducto médico no aceptable sin el consentimiento del interesado. Sin embargo, la Corte de Casación francesa ha señalado que, cuando es terapéutica, por analogía con el aborto es legítima. Se piensa que, ante el peligro que en tales casos trae aparejada la fecundación, ella está justificada. Hay quienes la consienten inclusive por motivos de eugenesia, y ese fue uno de los métodos que preconizaron los neomalthusianos para eludir el peligro de la superpoblación(44)(1521). En Suiza, la ley de 1928 autorizó la esterilización con consentimiento del interesado y conformidad del Consejo Cantonal de la Salud, en los casos en que se padece una enfermedad mental incurable que pueda dar lugar a descendencia con taras. Entre nosotros, la ley 17132 repitió el art. 19, inc. k) del decreto 6216/44 disponiendo en el art. 20, inc. 18: «Queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina: 18. Practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores». La única diferencia de bulto entre los dos regímenes, es que en el anterior (decreto ley 6216/44)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se limitaba la prohibición a la mujer. La nueva norma suprimió la frase «esterilización en la mujer», por lo que queda clara la mira legislativa de extender la prohibición al varón. No sólo se exige una indicación terapéutica indudable, sino que deben agotarse los recursos médicos para conservar los órganos reproductores, y únicamente ante la indefectible necesidad y exclusivo medio, practicar la operación, aunque, pese a que no lo diga esa norma, también se requiere el consentimiento del paciente.

4° Por ventajas a la salud del paciente.

La primera observación la dirijo a la ilegítima actuación de quien carece de título. Sólo el cirujano, el médico diplomado que se especializa en cirugía tiene amplio placer para ejercer esta parte de la medicina, la cual procura la salud por medio de instrumentos generalmente cortantes. Antijurídica e impedible sería la entrega del cuerpo a quien no tiene habilitación, otorgada por el Estado en su función reguladora de las carreras universitarias y el ejercicio profesional. Desde tal punto de vista, y al margen de la responsabilidad penal de quien usurpa el título o ejerce clandestinamente, el paciente carece de la facultad de consentir la lesión médica producida por quien no está habilitado. Ello es una consecuencia de la prohibición del ejercicio profesional en esas condiciones, pero también, porque sólo es admisible disponer del cuerpo llenados ciertos recaudos, frente a determinadas seguridades, con ciertas y determinadas precauciones que tienden a evitar males irreparables. De ahí que a mi juicio, tampoco podría el pseudo cirujano o curandero excusar la responsabilidad civil en el consentimiento expreso del operado, o aún en la petición o ruego para que lo opere. Salvo el caso de urgencia, que importe verdadero «estado de necesidad» (inminencia de peligro), el enfermo estaba impedido de ofrecer el cuerpo porque lo exponía a lo imprevisible, luego, el consentimiento era inválido. Y aún más, supuesto el caso de que la operación fuera exitosa, dado que era ilegítimo el ejercicio profesional, no queda descalificado el carácter de lesión corporal y podría discutirse exitosamente el derecho a los honorarios o a la retribución del operador.

Nuestra legislación nacional comenzó en 1877, con una ley de la provincia de Buenos Aires sobre el ejercicio de las profesiones del arte de curar, adoptada el 3 de octubre de 1891 para la Nación, por la N° 2829. Posteriormente se dictó el decreto - ley 6216/44, convalidado por la ley 12 912. En sus considerandos se expresó que «es necesario tener muy presente el carácter eminentemente social de las funciones vinculadas al ejercicio de la ciencia y el arte de curar»... «no es posible olvidar el concepto de función pública que reviste y la profunda repercusión en el cuidado del estado sanitario de la población». Corresponde, aparte de la preparación técnica, mantener una «constante conducta de ética profesional»... evitar «deformidades profesionales inaceptables o perniciosas», no olvidar «el profundo contenido moral»

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que debe guiar toda esta actividad. El 31 de enero de 1967 se dictó la nueva ley, N° 17132, que derogó el decreto, pero las bases argumentales expuestas deben tener vigencia para comprender el conjunto de reglas que encarrilan a la medicina en todas sus ramas, principales y auxiliares. Con respecto a lo que expuse, el art. 1° establece que el control y gobierno de las matrículas se realizará por la Secretaría de Estado de Salud Pública; el 4°, que queda prohibido a toda persona que no esté comprendida en la ley, participar en las actividades o realizar acciones que en ella se reglamentan, estableciendo penalidades, sin perjuicio de la infracción que contempla el art. 208 del Código Penal; por el art. 5°, se establece la necesidad de inscribir el título o certificado habilitante en la Secretaría, la que autorizará el ejercicio profesional otorgando la matrícula y extendiendo la credencial. Ello se complementa con el 13 que dispone que «el ejercicio de la medicina sólo se autorizará a médicos, médicos cirujanos o doctores en medicina, previa obtención de la matrícula correspondiente», establece a continuación, en 7 apartados, quiénes podrán ejercerla, refiriéndose el primero al título válido otorgado por las universidades del país.

Aparte del caso del curandero, frente a la actuación del cirujano habilitado el consentimiento adquiere plena eficacia.

Mucho se ha escrito sobre el fundamento jurídico de la intervención operatoria. Los viejos escritores alemanes partían del concepto de que es una lesión personal. Así, Oppenheim recurría a un especial derecho profesional de los médicos, actualizando el principio «*medicis impune lisset accidere*»; Stass consideraba el asunto a través de una especie de legítima defensa, en la cual hay identidad entre la persona protegida y la herida o afectada; Antonio Hess encontró la razón de impunidad en el fin de ayudar. Esas soluciones se vieron superadas por el áncora de salvación de la teoría del «*jus in se ipsum*», según la cual la impunidad del cirujano para lesionar le viene del voluntario someterse del paciente, que ejerce un derecho sobre la propia persona⁽⁴⁵⁾(1522). Contra la opinión de Ravá, creo que realmente la teoría facilita una explicación satisfactoria, no superada por otras figuras jurídicas. El consentimiento legítima el ejercicio de la cirugía, porque el paciente hace uso de una facultad que nace del derecho al cuerpo. Naturalmente que debe combinarse, ese principio sencillo y directo, con el control del Estado que tiene por miras el bien común: mejorar a sus habitantes. La persona capaz puede elegir todo lo que al bien personalísimo le interesa tan de cerca: el cirujano a quien se entregará; el sistema operatorio de los que sean posibles según los dictados de la ciencia; el lugar o establecimiento; el comienzo del tratamiento previo o medidas preparatorias; la interrupción cuando se arrepiente; rehusar la intervención; negarse a las revisiones, etc.... Generalmente, una vez que ha elegido al médico se entrega a sus indicaciones, pero si disiente con ellas o no las ejecuta, lo único que puede hacer aquél es apartarse y negar su concurso.

Si, en principio, el facultativo no comete delito de lesión cuando la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

voluntad del paciente es expresa, porque dispone aquél de su derecho personalísimo al cuerpo y es aplicable la máxima «insipienter volenti non fit iniuria», otra cosa resultará en el caso de que se haya operado contra su voluntad apta para oponerse. Ese acto inconsulto desde el punto de vista civil, es ilícito.

Aún la eficacia del consentimiento debe ponerse en tela de juicio cuando, por medio de la cirugía, se produce una disminución permanente de la integridad corporal. No sería bastante la conformidad del paciente, porque nadie puede disponer de su cuerpo con esa proyección dismuntiva tan grave por ejemplo, permitiendo que se ampute una pierna, se extraiga un riñón o debilite las facultades anímicas o psíquicas. Sólo es lícito ello, cuando además concurren circunstancias que ubican el caso dentro del «estado de necesidad», en otras palabras, cuando la evolución del mal pone frente a una agravación fatal e inminente. Dispone el art. 1º del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina: "en toda su actuación el médico cuidará de sus enfermos atendiéndose a su condición humana. No utilizará sus conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad. En ninguna circunstancia es permitido emplear cualquier método que disminuya la resistencia física o mental de un ser humano, excepto por indicación estrictamente terapéutica o profiláctica, determinada por el interés del paciente aprobado por una junta médica"(46)(1523). Los casos relatados sobre operaciones en el sexo son ejemplo de la violación del principio, ya que no están legitimados por esa indicación terapéutica o profiláctica ni caen dentro del "estado de necesidad".

Cuando la persona carece de capacidad, o por su estado es imposible que preste el consentimiento, el cirujano debe requerirlo a los representantes o parientes más cercanos. En última instancia podría actuar por sí. Esta situación que queda al margen del ejercicio del derecho personalísimo, sólo es convalidable también por el "estado de necesidad». De lo contrario, ni los representantes, ni los parientes, pueden decidir el avasallamiento al cuerpo que la operación quirúrgica importa.

Se ha pensado que, cuando el cirujano actúa por sí, cumple una "gestión de negocios"(47)(1524). Es la solución que más complace a Enneccerus, pues considera que si la intromisión se realiza en interés rectamente entendido del lesionado y atendiendo a su voluntad real o presunta, no hay antijuridicidad, pero "dicho de una manera más breve, siquiera menos precisa: se trata de una gestión útil de negocios"; idea ésta fecunda que resuelve "de manera plenamente satisfactoria, especialmente la tan debatida cuestión de la operación de un enfermo sin conocimiento, ha de agradecerse a Zitelmann" y es "discutida vivamente por Planck - André"(48)(1525).

Creo, sin embargo, que es mucho más aceptable aplicar la teoría del "estado de necesidad", porque coloca al médico en una disyuntiva que hace plausible su acción, encaminada a solucionar un desenlace

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

peligroso y que impide cumplir los recaudos normales(49)(1526). No es útil recurrir a figuras establecidas para regular relaciones patrimoniales. Tradicionalmente la "gestión de negocios" se acercó al contrato, y se dijo que era un "cuasi contrato". Los Códigos Civiles, como el nuestro, la ubican en el libro correspondiente, Sección tercera: de las obligaciones que nacen de los contratos, Título XVIII, y no surge que se la equipare a asuntos ajenos a la administración negocial de bienes patrimoniales. El concepto del art. 2288 la refiere al "patrimonio de otro". Es decir que, el negocio, debe tener directo o indirecto contacto con el patrimonio, porque negocio importa tráfico, comercio, ocupación, empleo o trabajo. Nada de ello ocurre con la cirugía, en donde se actúa sobre un bien personalísimo y extrapatrimonial. El cuerpo y la salud no pueden ser objeto susceptible de negociación, a menos que a esta palabra se le dé un significado amplio que no tiene. El operador no administra, directa o indirectamente el patrimonio de otro, como lo hace el gestor. Procede, eso sí, para aventajar la salud del paciente, pero no para preservar su situación económica. Por ello, el propósito no es hacer un negocio ajeno (art. 2289), sino proyectar el arte de la ciencia en la curación del sujeto mismo que se opera. El objeto es superior y no debe verse regulado por disposiciones como el art. 2291, el cual indica como pautas de responsabilidad del gestor las "cosas propias", los "intereses", la "amistad" o la "afección". Es más, los arts. 2298 y 2300 son claramente inaplicables, pues limitan la retribución de aquél a los gastos e intereses consiguientes.

En definitiva, la analogía con la "gestión de negocios" es poco acertada, falla por la base (extrapatrimonialidad del bien atendido), produce una serie de consecuencias distintas y retacea las verdaderas metas y los normales efectos del ejercicio médico - profesional.

El fundamento que apoyo sobre el «estado de necesidad», aparecía diáfano en el decreto 6216/44, art. 18, inc. h. La ley 17132 regula la siguiente obligación para los médicos: art. 19, inc. 3º: "respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidios o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo salvo cuando la inconsciencia o alienación o gravedad del caso no admitiera dilaciones". La norma confirma el fundamento y le da base legal. En esa guía se expide el art. 15 del Código de Etica citado: "el médico - dice - no hará ninguna operación mutilante (amputación, castración, etc.), sin previa autorización del enfermo, lo que podrá exigir por escrito o hecha en presencia de testigos hábiles. Se exceptúan los casos en los cuales la indicación surja del estado de los órganos, en el momento de la realización del acto quirúrgico o el estado del enfermo no lo permita. En estos casos se consultará con el miembro de familia más allegado o en ausencia de todo familiar o representante legal después de haber consultado o coincidido con otros médicos presentes. Todos estos hechos conviene dejarlos por escrito y firmados por los que actuaren".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El paciente, aún contra su propio interés puede negarse. Ello impide, desde todo punto de vista, la intervención del cirujano. Si, además, hay intereses de terceros comprometidos tampoco se lo podrá constreñir. Se resguarda un derecho personalísimo, el arbitrio único e irremplazable del dueño del cuerpo, salvo los casos expuestos de incapacidad o imposibilidad de expresar la voluntad. Las consecuencias de la negativa infundada recaerán sobre el paciente remiso si la oportuna cirugía hubiera sido idónea para curarlo, atenuar o corregir el curso de la enfermedad. Cuando pese a la negativa por el engaño u otros medios se opera todo quedará supeditado al éxito y a las circunstancias y carácter de la operación. Si no resultó compensatoria para la salud u ocurre alguna desgracia en su transcurso la responsabilidad íntegra recaerá sobre el médico, sin que le quepa excusarse en que puso los medios de su arte y de su técnica. Podrá perder, al intervenir en contra de los deseos del enfermo, los honorarios y gastos en que hubiera incurrido; estará bajo la amenaza de una acción de resarcimiento, y podrá ser pasible de las sanciones que el art. 126 de la ley 17132 establece (apercibimiento, multa de hasta \$ 5.000.000, inhabilitación en el ejercicio de hasta 5 años) por infracción a sus disposiciones, en el caso, al citado art. 19. Cuando no obstante la negativa la operación resulta un éxito se pueden discutir los honorarios médicos, dado que se procedió dolosamente al engañar a la persona intervenida, pero no será posible aceptar la demanda de daños y perjuicios materiales. En este último caso, de acuerdo sin embargo con el art. 1978 del Código Civil, según ley 17711, el daño moral debe ser indemnizado, ya que el médico cometió un acto ilícito civil, como es el de violar la voluntad del paciente. Hay un caso dudoso en el cual no obstante la negativa cabe preguntarse si el profesional debe actuar y, por ende, serían diferentes las consecuencias. Carnelutti sostuvo que aquél puede operar contra la voluntad del paciente, siempre que demuestre que está amenazada la vida(50)(1527). Páginas antes he llegado a la conclusión de que el suicidio es impedible porque no importa una facultad ni un derecho. Es más, consideré que cierta pasividad voluntaria debe obstaculizarse para evitar una directa consecuencia mortal. Pero aquí el caso es diferente porque no hay actitud pasiva ante una necesidad natural o exigencia del cuerpo y de la vida que toca los instintos de la autoconservación sino una negativa expresa a que se intervenga con elementos cortantes en el propio cuerpo. El paciente se opone a evitar el mal que corre la propia salud, sabiendo que esa enfermedad que le aqueja es definitiva, que avanza fatalmente. Pero, la operación no produce la certeza de que habrá de salvar la vida, sino que únicamente, es un medio científico de probabilidades; nada más. El resultado puede también ser negativo y, como aparte de ser extraordinario entre los sistemas curativos ocasiona dolores, perturbaciones, molestias y sufrimiento que sólo soportará el operado, no obstante que el diagnóstico fuera firme y terminante. Creo que debe respetarse su voluntad. Una cosa es que tenga intenciones suicidas y deje de cumplir las funciones necesarias para vivir, o se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exponga a peligros o inclemencias mortales, y muy otra que no quiera someterse a la probable cura quirúrgica, la cual implica dichos sufrimientos que solamente debe apreciar y sopesar en la balanza de las conveniencias el propio enfermo. Es por ello que en estos asuntos tan delicados, el los que se pone en juego lo más personal del hombre práctica o la costumbre, que tiene fuerza obligatoria, es que ningún cirujano opere sin asegurarse el consentimiento(51)(1528), salvo el caso de que sea imposible prestarlo. Y esa es la interpretación que debe darse al art. 19, inc. 3° de la ley 17132 que ordena respetar la voluntad del paciente excepto, entre otros casos, el de tentativa de suicidio. "Tentativa de suicidio" no es la negativa a dejarse intervenir con una operación considerada imprescindible, sino el acto dirigido positivamente a, quitarse la vida que no llegó a consumarse; lo que se relaciona en la norma con el supuesto de la alienación o alteración de las facultades mentales o inconsciencia, y el procedimiento de la internación.

Si el sujeto no puede manifestar la voluntad debe requerirse a los representantes legales. Son éstos: quien ejerza la patria potestad o el tutor. Así lo dispone la citada norma al final del inciso: "en los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz" (se refiere a la cirugía mutilante, pero es un principio aplicable a todas). En la práctica, a falta de dichos representantes se consulta a los parientes más cercanos. A fin de determinarlos, Orgaz aplica por analogía las disposiciones que se refieren a la provisión de la tutela y curatela legítimas. O sea, los arts. 390 del Código Civil: abuelos y abuelas paternos y maternos, hermanos o medio hermanos de cualquier sexo, cuando se trata de un menor; 476 a 478: cónyuge, hijos mayores y padres, frente a un alienado sin curador o a un imposibilitado que cumplió la mayoría. Debe respetarse el orden jerárquico que dichas normas imponen. Cuando faltan todos ellos, hay que buscar otros parientes más cercanos consanguíneos o afines, en razón del deber de asistencia que la ley les estatuye, por lo que, a esos fines, se limita la posibilidad consultiva a los suegros y yernos(52)(1529). Creo que tan hábil solución del atento jurista en ocasiones es impracticable, y lo que importa, sin atarse a la escala jerárquica de la ley calculada para otras cuestiones, es que sea consultado aquel pariente que en el preciso momento de la emergencia se ocupa del enfermo. Naturalmente que este resultado viene a justificarse por lo que siempre marca pautas excepcionales en este importante asunto, que es el "estado de necesidad". Caso contrario, tratándose de una facultad personalísima que incide sobre el cuerpo del hombre, no sería lícito operar, sino que habría que aguardar a la recuperación mental del enfermo para que diera su visto bueno personalmente.

El decreto - ley 6216/44 invertía la solución de modo inaceptable. Lo siguió el Código de Ética en el artículo 15 transcrito, al disponer que, para la cirugía mutilante, se consultará primero al miembro de familia más allegado, luego al representante legal. "En su defecto", decía el decreto - ley. Ese no es el orden aceptable ni lógico. Habiendo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

representante no hay que acudir al pariente, por más allegado que sea, porque aquél tiene por ley funciones sobre la persona que prevalecen sobre cualquier otro vínculo. Recién faltando esa representación es legítimo consultar a los parientes, si además es factible, respetando el orden señalado por el Código Civil en las normas citadas. Siempre y cuando no se deba actuar con el apremio de una emergencia latente, en el que dicho orden podría verse necesariamente violado para no producir demoras dañosas. Dado que por tales urgencias y para evitar desenlaces fatales es permitida la operación inconsulta, con mayor razón está legitimada en el mismo supuesto la consulta que subvierte la escala legal jerárquica. El inc. 3°, del art. 19 de la ley 17132, al referirse solamente a los representantes legales, ha corregido los errores señalados y permite que, cuando aquéllos no existen, recién entonces se consulte a los parientes, como es costumbre.

Algún penalista ha pensado que el consentimiento no tiene eficacia en las operaciones necesarias - sujeto inconsciente o muy grave - , porque acudir a la voluntad de los parientes es poner en acción intereses bastardos, como el de ahorrarse los gastos, el deseo de heredar, etc., etc., mientras que en las intervenciones convenientes y en las cosméticas "el consentimiento del operado, intervenido o medicado, para nada obra en la legitimidad del tratamiento curativo; pero la oportunidad del medio queda excluida por la voluntad contraria del enfermo capaz o, en caso de no serlo, por la de su representante(53)(1530). Para refutar esos conceptos me remito a lo dicho. Agregó que nadie debe prejuzgar ni anticiparse a la actuación del representante o de los parientes. Estos, por lo general, se identifican con el enfermo, lo quieren vivo y sano en tal medida que sienten en carne propia los progresos de la enfermedad. Están en mejores condiciones que nadie para interpretar los deseos del propio paciente y de expresarlo. Es un principio inconcuso que la buena fe se presume, y si en algún caso han actuado mirando por aquellos bastardos intereses, no debe dictar la regla que se asienta en la presunción de la leal conducta de los parientes. Tratándose de un derecho personalísimo su actuación tiende a suplir, ante el peligro que se ciernen la necesaria e intangible voluntad del titular.

Las normas citadas se limitan a los casos de intervenciones mutilantes, pero deben aplicarse a toda operación quirúrgica. Daro que, repito, frente a las de ese tipo con disminución permanente de la integridad física, además del consentimiento del propio paciente cuando lo puede dar, debe promediar el "estado de necesidad".

Una última cuestión. En caso de que haya terceros interesados los principios expuestos no cambian. Podría acontecer que la operación fuera aconsejable y ese tercero estuviera obligado a indemnizar al paciente por lesiones que le infirió, calculándose en el daño la incapacidad sobreviniente. El damnificado se rehusa y, como consecuencia de ello, dicho daño se agrava y se hace más cuantiosa la indemnización. El juez debe, entonces, tener en cuenta la oposición

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

infundada al calcular el monto del resarcimiento. Se impide que la actitud de la víctima carente de justificación - cirugía menor, indolora, de fácil éxito y pocas molestias, etc., - le aproveche y perjudique al causante del hecho ilícito. De todas maneras prevalece el derecho de la personalidad y la negativa es insalvable y, aún, si la operación fuera grave, de futuros sufrimientos e incomodidades considerables, o de dudoso resultado, esa negativa no podría incidir en el monto indemnizatorio, porque la víctima estaría ejerciendo un derecho sin ningún tipo de abuso.

5° Por razones estéticas.

Dentro del frondoso campo de la cirugía debe prestarse especial atención a la estética. Grossen examina algunos casos judiciales y señala la necesidad de exigir al cirujano redobladas precauciones; abstenerse de intervenir cuando haya gran riesgo y posibilidades de fracaso, o cuando la gravedad fuera desproporcionada con respecto a la importancia del defecto que se desea corregir. Además, se debe revelar al paciente los peligros que entraña la operación estética⁽⁵⁴⁾(1531). No está sustentada por los serios motivos de la curación de la salud o la conservación física del cuerpo, sino que sólo se quiere corregir la apariencia, aún cuando algunas veces importa una cura psíquica, en especial para el sexo femenino. Más cuidadosa o escrupulosa, por lo tanto, debe ser la actuación del facultativo, asegurándose la comprensión de la persona sobre el tratamiento quirúrgico que le va a aplicar y el éxito previsto. En caso contrario, resulta vulnerable la conducta cuando está marcada por el estigma del fracaso que puede provocar graves perjuicios, apreciables judicialmente.

Sin embargo, pese a las prevenciones y a las mayores seguridades exigibles, generalmente no queda en peligro la integridad física en el sentido de que se produzca una disminución permanente, ni pueden considerarse contrariadas las buenas costumbres. Quien desea mejorar el aspecto del cuerpo o adaptarlo a condiciones externas aceptables estéticamente, tiene legítimas aspiraciones que se concretan en la facultad de someterse a una operación. Especialmente para las mujeres representa un cúmulo de intereses serios y respetables. De ahí que sea legítima, pero dado que es prescindible bajo aquellas estrictas seguridades del caso, que debieran regularse para impedir el comercio y la propaganda poco serios.

6° Con el objeto de beneficiar a terceros.

Todavía aquí es más necesaria la vigilancia, y el principio debe invertirse, pues la prohibición pasa a ser la regla. Ya dije que, por ejemplo, Borda repudia todo tipo de cirugía con fines experimentales por considerarlos repugnantes al sentimiento cristiano, a pesar de que se invoquen fines elevados, como aquel del progreso de la ciencia médica. Cita en su apoyo a León Mazeaud⁽⁵⁵⁾(1532). Grossen afirma que se exigen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reservas infinitamente más graves y más fundamentales que en la cirugía estética. Recuerda las experiencias realizadas en los campos de concentración nazis y hace jugar el principio de que el "médico no puede sacrificar la salud de un hombre para salvar a otros"(56)(1533).

Ahora bien, corresponde distinguir dos especies: cuando se trata de beneficiar a una persona determinada y cuando se busca solucionar un interrogante científico general. En el primer caso se está frente al "trasplante" o "injerto"; en el segundo, la experimentación para el adelanto de la ciencia en bien de la humanidad, a fin de dar respuesta a problemas médicos genéricos en la lucha contra la enfermedad.

a) Experiencias científicas. Empezaré por este segundo, que tiene muchas similitudes con el sometimiento a riesgos de muerte para fines experimentales, lo cual ya fue tratado al estudiar el "derecho de vivir"(57)(1534). Aunque parcialmente aplicables las conclusiones allí expuestas, debo señalar que aquí no arriesga el hombre directamente la vida sino que se ofrece para la acción de la cirugía, descartándose la muerte como evento inmediato y seriamente previsto. De ahí que si, además, el operador sólo dispone del cuerpo de modo tal que el operado no sufrirá una disminución permanente de la integridad orgánica y funcional, el consentimiento y el acto son lícitos. En ese caso nada grave arriesga el operado y es plausible el objetivo médico. En cambio, frente a un ataque a dicha integridad, cualquiera sea el fin perseguido, el consentimiento no justifica la lesión. Y aún, dejando de lado esa secuela permanente tampoco la justifica si, la experiencia, exige colocarse en circunstancias que atentan contra la moral o las buenas costumbres.

Estas conclusiones razonables y claras, surgen nítidamente de normas como la del art. 5º del Código Civil italiano(58)(1535). Pero se hacen inciertas y hasta desconocidas frente a nuestro vacío positivo.

b) Los trasplantes "in vivo". Acuciante problema jurídico porque está colocado entre uno de los más recientes y expandidos avances de la medicina. Importa, por fuerza, el sacrificio de alguien en favor del enfermo que precisa el órgano fresco, palpitante casi caliente. Corresponde poner de relieve esa circunstancia, porque si el sacrificio no fuera aceptable por la moral y significara una manera intolerable de disponer del cuerpo, sería completamente inválido y no podría tener vigencia el consentimiento del dador. Hace poco un grupo de trabajo invitado por la Secretaría de Estado de Salud Pública, hizo conocer una declaración que comienza así: "los trasplantes de órganos constituyen un progreso de la medicina de alcances imprevisibles. La investigación experimental y clínica data de tiempo atrás, pero últimamente ha alcanzado mayor notoriedad con motivo de los trasplantes cardíacos. Concita en alto grado el interés médico, y los responsables de la conducción científica y sanitaria deben prestarle preferente atención"... "como todo procedimiento médico de avanzada, sus riesgos sólo pueden aceptarse cuando se han llenado ciertos recaudos de orden científico y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ético. Estos hacen a la selección del dador y receptor y al consentimiento previo al procedimiento; a la capacidad específica del grupo quirúrgico y a las condiciones del medio en que deberá actuar"(59)(1536).

El primer principio prohibitivo es que no deben permitirse cuando se trata de órganos que se pierden definitivamente en detrimento de la salud, salvo que el dador hubiera muerto. Aún cuando se persiga la recuperación de otra persona, el donante no puede disponer en vida de sus órganos no reproducibles y que complementan la capacidad orgánica. Este principio lo vengo repitiendo porque es la barrera que se opone a la voluntad dispositiva del propio cuerpo. En consecuencia, no está vedado el consentimiento para una serie de injertos, como los de piel, pelo, u otras partes que después se recuperan por reconstitución natural, ya que no se produce la disminución definitiva de la integridad corporal, ni se contraría a las buenas costumbres. Si se tratara, inversamente, de glándulas genitales, córnea, riñón, etc. el efecto disminutivo y el debilitamiento orgánico del dador impiden que sea legítima la operación pese a que aquél haya asentido de buena gana. No es lícito transferir una parte vital del cuerpo, porque importaría atacar el bien personalísimo y deteriorar sus funciones normales, situación que la ley y el derecho no deben apañar. Repito que no trato aquí los trasplantes posteriores a la muerte del dador. Este es un problema que corresponde al estudio de la disposición del cadáver.

Es ilustrativo referirse a varios casos.

Acerca de las glándulas genitales, el llamado injerto Voronoff produjo largas polémicas en Italia, a raíz de un caso famoso que pasó por el Tribunal, la Corte y la Casación(60)(1537). Un estudiante de El Cairo cedió por dinero dichas glándulas en favor de quien estaba disminuido en su aptitud generativa. Las autoridades promovieron de oficio el proceso criminal contra los médicos. La justicia los absolvió debido al consentimiento del dador y porque no quedaba alterado su órgano genital. Sin embargo excluido el delito, no puede decirse lo mismo de la ilicitud civil del acto. Se ha dicho en su defensa no sólo aquello del consentimiento y de la ausencia de lesión en el aparato sexual, sino también que al Estado le interesa por la exigencia demográfica en general, ya que el mejoramiento del individuo que recibe el órgano le permitirá completar su capacidad sexual. Pero no hay duda de que es una lesión permanente. Aparte de ser discutible si se produce un debilitamiento sexual del donante, se disminuye su formación anatómica y la idoneidad generativa. El amor sexual y la reproducción responden a órganos que no pueden disponerse. Con mayor razón en el caso, en que el consentimiento se originó por la promesa de una contraprestación pecuniaria. El fin de lucro hace repugnante el acto. El injerto por ende, fue ilícito.

Lo mismo podría afirmarse acerca de la córnea, que debilita la visión del dador, y de los injertos renal, pancreático, de hígado, etc.

El caso se complica cuando la cesión obedece a una verdadera filantropía. Grossen analiza el criterio de los autores que admiran la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

abnegación de los que dan sus órganos. Quienes estudiaron el art. 5º del Código italiano, dice, no se han puesto de acuerdo. Salvatore Romano, considera que aquél admite el contrato de cesión de un órgano, pero deja intacta la autodeterminación, mientras que, De Cupis, sostiene que no es permitido cederlo, porque el precepto obliga a preocuparse más por un estado cierto y actual que por la persecución de una ventaja hipotética y futura. Grossen refiere el caso de un cirujano francés que extrajo el riñón de un hermano para injertarlo en su gemelo, y piensa que la tentación es muy grande para considerar un gesto tan noble como contrario al derecho. Comenta Dassen que, sólo en situaciones en extremo excepcionales, podría aceptarse la extracción de un órgano in vivo con fines de injerto, previo severo dictamen de una junta médica y autorización judicial. Los progresos de la medicina y la solidaridad humana son factores que, realmente, llevan a estudiar tales casos con sumo cuidado. No se debe olvidar, en virtud de alguna situación eminentemente rara, el principio rector de la inviolabilidad del cuerpo humano(61)(1538).

Se dice que el primer éxito real data de 1954 cuando, en Boston, se extrajo el riñón de un gemelo para injertarlo en su hermano, y que, hasta junio de 1967, se habían efectuado 1.200 trasplantes de ese tipo. El problema clave ya no es de técnica quirúrgica, sino el rechazo por parte del receptor, pues el organismo resiste con anticuerpos al tejido extraño. De ahí que los mayores éxitos se obtengan entre hermanos gemelos o personas estrechamente emparentadas. Lo normal es que un riñón trasplantado se vea frente al ataque inmunológico que en poco tiempo lo destruirá. Aparte de las drogas que se han utilizado para protegerlo, los gemelos univitelinos se encuentran genéticamente tan cercanos que no necesitan de dicha defensa. Las drogas son altamente peligrosas, pues pueden reducir la capacidad que se necesita para contrarrestar las infecciones, de ahí que muchos pacientes han muerto no por el fracaso del riñón injertado, sino porque el organismo no ha podido defenderse por acción de las drogas. Ha explicado Harold M. Schmeck Jr. que en caso de parientes, el 70 % lograron éxito a través de un año. Durante el segundo año, el 3 % de los no gemelos que han sobrevivido el primero, dejará de funcionar. Proporción de desgaste que se mantiene durante el tercero(62)(1539).

En Córdoba, el 19 de noviembre de 1968, se efectuó el primer trasplante de riñón. Una mujer de 15 años padecía de una afección renal irreversible, según los informes médicos. Consideraron que sólo quedaba la alternativa de reemplazar el riñón enfermo, para preservar la vida de la paciente. Luego de hacerse pruebas sobre dos hermanas, se dispuso que una de 25 años aportara la víscera. Durante cinco semanas se preparó a la enferma y hubo consultas previas(63)(1540).

Varias cosas enseña la relación que antecede. En primer lugar que la ciencia médica puede avanzar mucho todavía, y lo hará sin duda rápidamente, pero mientras se mantengan las condiciones de inseguridad en el éxito total y no temporario, deben tomarse las mayores

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precauciones. No hay que olvidar que es grande el sacrificio. Por eso estimo atendible la necesidad de una junta médica y de la autorización judicial, para que los tribunales vigilen el cumplimiento de todos los recaudos. La ley no debiera guardar silencio, cerrar los ojos a un fenómeno tan importante y que se difunde cada vez con mayor empuje. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales ha dirigido una nota al secretario de Estado de Salud Pública poniendo de resalto la necesidad de una legislación especial "desde que las normas deontológicas y éticas existentes pueden no ser suficientes para que el derecho de las personas y de la sociedad quede protegido"... "cuando exista una sanción legal sobre quienes actúen en estas operaciones sin sujetarse a las condiciones que la ley puede adoptar, será más difícil que un trasplante inadecuado se realice afectando la vida de la persona". No se trata de trabar el progreso, sino de que haya una mayor tutela jurídica sobre el cuerpo(64)(1541).

Pienso que sólo corresponde aceptar con carácter de excepción al principio prohibitivo general que he expuesto, el trasplante filantrópico que, bajo los recaudos y seguridades señalados, dejara indemne la vida anímica y corporal del dador, y tuviera en su apoyo las mayores seguridades de éxito y de mejoramiento para el receptor. Ello siempre y cuando no existiera otro método para mejorar al enfermo, y sus condiciones fueran tales que se previera su muerte próxima como mal mayor que se debe evitar. Campea aquí nuevamente el "estado de necesidad", que borra los inconvenientes y deja al margen la veda. Fuera de tales condiciones es inaceptable el injerto consentido de órganos irremplazables, ya sea por experimento, ya por preservar la salud extraña o de un pariente que no está amenazado por un desenlace fatal.

Según la crónica, en Topeka, Kansas, el gobernador Robert Doding firmó la primera ley sobre injertos humanos. Se establece el procedimiento para hacer donaciones de cualquier parte del cuerpo(65)(1542). En Italia se ha dictado la 458 en junio de 1967, para los trasplantes de riñón(66)(1543). En Santa Fe también se debatió el tema en la Universidad Nacional del Litoral, Departamento de Relaciones Universitarias, con el título: «Bases para una legislación referida a operaciones quirúrgicas, en especial trasplantes e injertos». No logró el panel uniformidad de criterio, pero muchas voces se levantaron para pedir la legislación. (La Nación del 22/8/68).

c) Extracción de partes renovables. Mucho he dudado en considerar este punto como acápite del de la cirugía, ya que bien puede emparentarse con el tratamiento médico, o tener individualidad dentro del vasto campo del derecho al cuerpo. Sin embargo, me parece apropiado acercarlo al que acabo de abordar sobre trasplantes, donde si bien no cabe duda de la acción cortante e instrumental del cirujano, tiene contactos con la transfusión de sangre, la cesión del pelo, la piel, uñas o leche extraídos en vida, que guardan relación con aspectos de la cirugía menor. Dejo de lado el análisis convencional o del valor y vigencia del contrato, lo que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tratarse unitariamente más adelante. Corresponde, pues, examinar la extracción en sí sus posibilidades, el sacrificio que asume el dador.

En general pueden asumirse estas conclusiones: 1) siempre que lo permita el estado del sujeto y que la cantidad de sangre extraída no importe producir una conmoción corporal o acarrear un debilitamiento irrecuperable o peligroso, es legítimo cederla. El art. 23 de la ley 17132 establece las condiciones en que debe efectuarse, bajo control médico; 2) la espontánea entrega en el momento preciso más que lícita es alabable; se debe propender a ella pues suele ser necesaria para recuperar otra vida; 3) la transfusión puede ser, cuando los grupos sanguíneos lo permiten, directa del sano al enfermo, o bien de entrega a los llamados bancos de plasma, en donde se realizan los intercambios; 4) dado que la sangre es un líquido vital renovable, nada se opone en esas condiciones a la donación.

Se discute la posible obligatoriedad y la acción de lucro.

Acerca de lo primero, se ha dicho que el concepto de Carnelutti que acepta la expropiación forzada de la sangre no es tan exagerado como se piensa, pues quien está constreñido a dar no sufre una lesión permanente ni un perjuicio, ya que todo se efectúa bajo el control médico, mientras quien ha contratado recibir el plasma, lo hizo frente a una necesidad o la de otra persona que sufriría grave daño si el dador promitente no cumpliera. Con mayor razón en circunstancias especiales, en las que el Estado podría expropiar la sangre de los ciudadanos defensores. Así, en la guerra no sólo el soldado debe exponer la vida, sino que los miembros de la sociedad tienen que colaborar sin excepción en la defensa, y, aunque hasta ahora las donaciones voluntarias lo han hecho innecesario, para el futuro podría darse la necesidad de imponer coercitivamente la extracción(67)(1544). El problema contractual lo analizaré, como dije, más adelante, pero me apresuro a contestar que no comparto la idea porque considero inválida toda convención que tenga por objeto el cuerpo o cualquiera de sus partes.

Una ley francesa de 1954 permitió convocar, a quienes no cumplieron el servicio militar, para extraerles sangre con destino a los servicios de transfusión del ejército. En Suiza, ello ha ocurrido sin carácter obligatorio, pero en un ambiente moral de obligatoriedad de hecho. Grossen considera que una ley de orden público puede instituir ese deber. Dassen, por su parte, comenta que no debe extrañar que el Estado, que puede mandar a una muerte segura a sus ciudadanos en el campo de batalla, pueda ordenar que se dé la sangre bajo severo control, por razones de guerra(68)(1545). Todo cambia cuando el estatuto de los tiempos de paz se altera tan profundamente. Las previsiones jurídicas, dentro de los fines que les dieron origen, no pueden mantenerse sin quiebra y se arbitran remedios heroicos que llegan hasta ordenar que los ciudadanos ofrezcan la vida y el cuerpo o su sangre. La guerra, desde luego que no es un ejemplo que convalide la excepción o la explique satisfactoriamente. Trastorna todos los órdenes y desbarranca la regulación jurídica común. Su estatuto tiene tal generalidad y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

especificidad que no caben las relaciones ni las comparaciones. Si se creyera necesario prever las salvedades y consecuencias bajo el amparo del concepto del orden público, como si se tratara de establecer los sacrificios del hombre a fin de resguardar intereses preponderantes, convendría enunciar las hipótesis taxativamente. El Estado puede exigirlo en defensa de la patria, pero no por sanción o pena del delito, ni por exigencia para encontrar la verdad frente a la acusación, o sea, con fines policiales o de justicia. Toda violencia física que no se sustente en aquellos casos extremos que nacen de un alto y excepcional deber del ciudadano, deben descartarse. Nadie puede ser compulsado a proveer una prueba contra sí mismo y repugnan ese tipo de violencias investigativas que desconocen la pertenencia personalísima e intangible del cuerpo, y producen un mal mayor que aquel que se pretende reparar. Con respecto a la retribución, por sí misma no tiene, a mi juicio, fuerza destructiva de la licitud. Hoy se acepta que, mediante una suma, se ceda periódicamente plasma sanguíneo al banco hospitalario. Dichos bancos pagan para asegurarse ese elemento que es esencial en la lucha contra la enfermedad y que, por lo mismo, se ha vuelto escaso y caro. Hay personas que, inclusive, tienen marcada la fecha en la que pueden someterse a la extracción, porque sabido es que la recuperación no es inmediata y que un abuso podría acarrear la anemia del dador. Una vez concluido el proceso la sangre extraída pertenece al establecimiento, como luego se verá al estudiar lo relacionado con las partes separadas del cuerpo. Nada impide, entonces, que se abone una compensación monetaria por el beneficio recibido.

La transfusión forzada es delito y sólo cabría eximir de responsabilidad bajo el amparo de las causas corrientes, tal como el «estado de necesidad», que podrían invocar el médico o enfermera en el trance de tener que salvar de la muerte u otro mal mayor a un tercero. Cubiertos los requisitos del «estado de necesidad», nada impide aplicarlo a quien actúa sin el consentimiento del dador, va que es aplicable a todos los actos ilícitos en tanto se configure según la ley. Borda, siguiendo a Degni, se opone en este caso(69)(1546), pero no veo el por qué de la exclusión cuando el facultativo está frente a un peligro grave, cierto e inminente; ese peligro es ajeno a su voluntad y no existe otro medio para conjurarlo que la conducta ilícita expresada.

Lo expuesto es aplicable al pelo. La mujer puede hacérselo cortar y venderlo para que otro se haga una peluca, pero es inaceptable que se la obligue. Tanto la acción del peluquero como de la manicura es legítima frente al consentimiento del diente, mas toda imposición atacaría a la persona(70)(1547). Otro caso es el de la dación del semen con fines científicos o para inseminación artificial, lo cual presenta serios problemas que atañen al derecho de familia por entroncar con graves aspectos filiatorios. Desde el punto de vista que examino, tratándose de una parte renovable, el consentimiento es válido como lo es de la extracción de leche para alimentar un bebe ajeno, o de parte de la epidermis siempre que no se produzca una desfiguración o daño

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

permanente.

7° Tratamiento y exámenes médicos.

Muchos de los razonamientos que corresponden al plano jurídico de la cirugía, pueden aplicarse a la acción clínica en sus diversas ramas. Como acertadamente prevé el Anteproyecto brasileño de Gomes, nadie que se rehúse puede ser constreñido a someterse a tratamiento médico para ser curado (art. 33). Está de por medio el respeto de las decisiones personales sobre el cuerpo propio, a pesar de las consecuencias que pueda acarrear la negativa. La Constitución de Italia, art. 32, dispone «que nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario y la ley no puede, en ningún caso, violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana». Es que la integridad física, la salud, consideradas como bien útil, merecen protección por el ordenamiento únicamente contra las ofensas de otros, atribuyendo un derecho subjetivo, pero no contra el mismo sujeto imponiéndole determinadas obligaciones o sacrificios, o disponiendo por la fuerza los medios médicos que las preservan. No hay, no puede haber un Estado libre y democrático que estatuya la conservación coactiva, salvo extremos tales en los que pueda estimarse que se produce una pasividad suicida, como aquel caso de la huelga de hambre. Dicha abstención es antijurídica y, por ende, evitable, pero ello dista de que el Estado, el médico o un paciente a otro, puedan constreñir a la persona para que se someta a un sistema curativo determinado.

Con todo, en ciertos casos entra en colisión ese derecho personalísimo con el orden social. En la lucha contra enfermedades que se propagan y ponen en peligro el bien común, se sacrifica la faz individual. Se suelen dictar normas obligatorias sobre vacunación para ciertas enfermedades, o se imponen recaudos y revisiones que evitan el contagio. El tratamiento sanitario obligatorio depende del fin de protección de la salud pública general, considerada uno de los más importantes objetos del Estado(71)(1548). De ahí que, formando parte del derecho administrativo en la regulación de la policía sanitaria de la población, se establecen vacunaciones contra la viruela, difteria, tuberculosis, poliomielitis; se imponen requisitos sanitarios para contraer matrimonio, como la revisión para otorgar el certificado prenupcial (leyes 12331 para el varón y 16668 para la mujer); reconocimientos y aislaciones que evitan el contagio, así la ley de profilaxis y tratamiento obligatorio de la anquilostomiosis (N° 12107); la hospitalización forzosa del enfermo venéreo que rehúsa curarse (ley 12331); la llamada «cuarentena» inmigratoria, o la revisión de los ciudadanos convocados para el servicio militar, de aspirantes a empleos públicos o al ingreso de institutos de enseñanza primaria, media o universitaria. Los ejemplos cunden. Pero la ley debe proteger la decisión individual cuando desaparecen las causas sociales que originaron la intervención forzada. ¿Cómo se resuelve el conflicto cuando la persona se opone a la acción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sanitaria obligatoria? El respeto debido crea un límite absoluto; límite que importa poner a cubierto la dignidad humana. En última instancia es ilícito aplicar la fuerza viva, violentar la persona para desnudarla e inyectarle el suero, la vacuna, revisarla, etc. Aún cuando la oposición sea infundada y antijurídica, ya que ningún mal se proyecta contra el sujeto, y la norma, en orden al bien social impone el tratamiento o examen, la rebelión impide forzar el cuerpo del rebelde. Otras serán las consecuencias y los medios coercitivos, y hasta sancionatorios. Así, impedir el ingreso al empleo, Escuela, Facultad o la celebración del matrimonio; incorporar al ciudadano a las filas sin revisión; disponer el aislamiento domiciliario del contagioso; prohibir la entrada y permanencia en el país, o la salida del turista, y hasta establecer multas. Este último medio es sumamente dudoso(72)(1549).

El examen tampoco es posible contrariando la voluntad del sujeto. Muchos motivos puede aquél tener: el pudor, las inhibiciones religiosas, psíquicas, el deseo de ocultamiento, la sensibilidad espiritual, un alto concepto de su autodeterminación. Sin embargo, en algún caso excepcionalísimo se aplica la obligatoriedad compulsiva. Tal la revisión del presunto insano decretada por el juez del proceso sobre incapacidad por demencia, necesaria para definir su situación jurídica. Pero, bastan allí las pruebas psíquicas que no conllevan, generalmente, reconocimientos corporales o clínicos. Puede decretarse, inclusive, la internación forzada cuando hay peligro (arts. 142, 143 y 482 del Cód. Civil). Los toxicómanos, borrachos, disminuidos, pródigos, son llevados a ese procedimiento a fin de aplicar las normas sobre inhabilitación (art. 152 bis, Cód. Civil, según ley 17711).

En Francia, por ley de 1954, el autor de un hecho ilícito y la víctima deben someterse al examen hematológico para apreciar la graduación alcohólica. En cambio, en los Estados Unidos se considera que dicho sistema de extracción puede importar un acto lesivo a la integridad física, por lo que, se ideó un tipo de dosaje especial con el intoximeter. Se practica, de ese modo, el dosaje del aire expirado por medio de dicho aparato elemental, que porta la policía en las rutas y en las grandes ciudades, y puede ser llevado en el bolsillo para aplicarlo en el momento oportuno. Según el grado de intoxicación alcohólica, el aire expirado produce distinta coloración en el tubo del aparato. Similar al intoximeter, en Canadá y Suiza se usa el breathanalyser y en Alemania el alcoltest de Drager(73)(1550).

El anteproyecto Gomes tiene dos disposiciones que merecen una especial meditación. El art. 33, parágrafo único, se refiere a la oposición infundada del enfermo y establece que no "podrá prevalerse de la enfermedad que el tratamiento podría curar, atenuar o corregir". El art. 34: "Si alguien se opusiera al examen médico necesario, no tendrá derecho, de aprovecharse de la oposición". Dichas consecuencias parecen razonables. Caso contrario podría caerse en el «abuso del derecho», pues, so pretexto de ejercitar el personalísimo sobre el cuerpo, es inaceptable que recaiga la negativa en perjuicio de un tercero. En tal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

situación se enfrentan dos intereses particulares porque, si se tratara de la salubridad pública, deberían aplicarse los efectos explicados.

Algo de todo esto ha intuido nuestra jurisprudencia al aplicar la ley de accidentes laborales. En un tiempo estuvieron de moda los juicios sobre el caso del obrero que no quería someterse a un tratamiento quirúrgico para curar la hernia producida en el trabajo. En el primer momento, el tribunal no estaba firme. La Cámara Civil primera de la Capital Federal el 23 de abril de 1930, con voto de los Dres. De Vedia y Mitre y Campos, y disidencia del Dr. Tobal, revocó una sentencia del Dr. Barraquero que había establecido que la ley 9688 de accidentes de trabajo, no imponía la obligación de operarse, así como el art. 19 de la Constitución Nacional. Los camaristas, en mayoría, dijeron que "la sentencia declara que nada ni nadie puede obligar al obrero a someterse a una operación quirúrgica por necesaria que ella sea, y aún cuando dependa de ella su bienestar y su habilidad para el trabajo; este Tribunal no puede aceptar éste como un principio general, sino circunstancial, es decir cuando la operación fuere de tal magnitud, o que ella de por sí sola fuere de tal gravedad que pusiera en peligro la vida del paciente o que su curación fuere problemática"(74)(1551).

Con claridad se observa la distancia conceptual del juez y del tribunal de alzada. Barraquero abrevaba en un principio elemental que nace del derecho al cuerpo propio, lo que la Cámara relegaba a lo circunstancial, como si dependiera de las condiciones más o menos apreciables y fluctuantes que rodean el caso. Si se hubiera tenido una disposición como la del anteproyecto de Gómez, la solución hubiera fluido nítida: el obrero puede oponerse pero no aprovecharse de la oposición; carga con las consecuencias derivadas del ejercicio abusivo de su derecho, hasta ahí no más. Puestas de manifiesto las circunstancias que señalara la Cámara - gravedad y peligro de la operación o resultado improbable - ni siquiera puede ver disminuido algún otro derecho que proviniera de la incapacidad laboral. Ese mismo tribunal, el 23 de diciembre de 1931, declaró, más cerca de la verdad: "si bien es cierto que no cabe imponer a un obrero una operación en contra de su voluntad, también lo es que tales resistencias, fundadas en un mero temor, no pueden servir de base para que la indemnización se amplíe, transformándose así en una causa de injusto enriquecimiento"(75)(1552).

El Código Civil para un caso particular impide el examen impuesto. El principio que allí establece es el que informa toda la materia, y podría extenderse por aplicación de los "principios generales del derecho" o de la ley análoga (art. 16). Dispone el art. 78: "no tendrá jamás lugar el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias como depósito y guarda de la mujer embarazada, ni el reconocimiento del parto en el acto o después de tener lugar, ni a requerimiento de la propia mujer, antes o después de la muerte del marido ni a requerimiento de éste o de partes interesadas". Ello a pesar de que se tenga la sospecha de que la mujer pretende cometer alguno de aquellos fraudes que la ley y la moral repudian: suposición, sustitución, ocultación o supresión del embarazo o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

parto. No sólo está amparado el pudor de la madre, sino su derecho personalísimo, y, en tal sentido, los arts. 67, 247 y 249 que permiten algunas medidas de resguardo frente a los intereses que con la concepción y nacimiento se ponen en juego, deben interpretarse volcados al espíritu legal impidiéndose aquellos reconocimientos e investigaciones que nadie está facultado para efectuar sin la conformidad del señor de su cuerpo.

8° Exámenes y pericias en el proceso.

En el juego de las valoraciones nuevamente se enfrentan los intereses que tienen raíz pública, con los derivados del derecho personalísimo al cuerpo. La justicia debe decidir diversos tipos de litigios que requieren indagaciones especiales. Para acercarse a la verdad necesita muchas veces que se efectúen exámenes médicos pruebas de sangre o de otro tipo, sobre alguno de los sujetos procesales o sobre un tercero. Desde la antigüedad ha preocupado cómo debe decidirse ese choque de intereses, porque la persona invitada a someterse a los expertos designados por el juez, puede que se rehuse por íntimos y variados motivos. Nuevamente deben mencionarse aquí el pudor, los prejuicios, la sensibilidad que es exclusiva y patrimonio único, el deseo de ocultar la propia identidad física y su composición, un instintivo rechazo al sometimiento, o bien, la negativa a proporcionar la prueba contra sí mismo. Frente a ello la necesidad de que la justicia se cerciore y haga uso de todos los medios que faciliten la averiguación. A esto se agrega que, corrientemente, dichos juicios atañen a las relaciones de familia y al Estado, lo que pone sobre el tapete el planteamiento más delicado de cuantos se han visto y en donde reina el interés público. En otras palabras de por sí el juez debe contar con los elementos imprescindibles para dirimir toda contienda, con mayor razón si ella tiene por objeto el matrimonio, la paternidad o el estado filiatorio. La misión de juzgar es difícil y trascendental por lo que han de ofrecerse los medios que la sustenten. Allí se nutren buena parte de los principios procesales de todos los tiempos, asegurándose al juez un amplio campo de exploración y una delicada tarea apreciativa. Es necesario que no se lo coloque en la disyuntiva de sentenciar sin los elementos que le lleven a la certeza del veredicto; nadie discute que los medios de prueba en lo posible se agoten. Cuanto más ante las caras instituciones señaladas, en las que está superada la simple aspiración patrimonial y se debate lo que el alma y la sangre, el Estado y la sociedad custodian con preferencia.

Pues bien, voy a recorrer el camino de los argumentos en pugna, aunque adelante que pese a todo priva, en principio, la decisión personalísima y se desplaza la posibilidad compulsiva.

Lo que ocurrió en el derecho canónico se me ocurre altamente ilustrativo. Con respecto a la nulidad matrimonial por impotencia, impedimento dirimente, al principio bastaba la declaración jurada del marido. Después se acudió a la prueba de la Cruz. Luego, cuando fue abolida, al Judicium

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ferri aut aquae, pero como se temían los acuerdos fraudulentos entre los cónyuges, se estableció que se corroborara por Juramento y por el de siete parientes o dos vecinos de buena fama. Por último, se dispuso la prueba de la cohabitación y de la inspectio corporis, pero, con relación a esta última, no aluden los textos al caso de que la persona se niegue al reconocimiento pericial(76)(1553).

Decía Demolombe que no se trata de un hecho activo a tenor del cual la coacción es imposible sino de uno pasivo, de un acto de sumisión, de resignación(77)(1554). Lafaille consideraba que, por encima de las resistencias, están las necesidades e intereses sociales. Aquello de que la negativa se vuelve en presunción desfavorable es criterio peligroso porque, al llevarla a ese extremo, bastaría que los cónyuges se pusieran de acuerdo para lograr la ruptura del vínculo. Mucho más lógico "es imponer la pericia como deber". Prayones también apoyaba el criterio de que el juez puede usar de su imperium y fuerza pública para someter al renuente, porque no está en manos del cónyuge privar al contrario de la única prueba eficaz(78)(1555). En esa línea, Amílcar A. Mercader anotó un fallo en un juicio de filiación post mortem, y dijo que ante el Jus hominis in se ipsum hay un contra derecho del Estado a averiguar la verdad por medio de técnicas modernas. Ningún derecho existe sin contraprestación para la igualdad de todos; ningún servicio es preferente al de la justicia y nunca se respetarán más las prerrogativas del hombre que cuando se estabilizan y perfeccionan los instrumentos que exige la necesidad de dar a cada uno lo suyo(79)(1556).

Casi todos esos argumentos ya los había desarrollado Campogrande, pero como él era el paladín indiscutido del jus in se ipsum, tuvo que esforzarse doblemente para aceptar la inspectio corporis forzada. Decía que el hombre puede rehusar, ya el sufrir inspecciones por parte de otros, ya exponer la propia desnudez, lo que halla límites en su coexistencia con el derecho social, como sucede en materia legislada de aduana, de leva militar, de vacunación. Mas esto no excluye que, en ciertos casos, la autoridad judicial pueda ordenar inspecciones forzosas: así, en materia penal contra el acusado de estupro, aunque conviene proceder con cautela. Ley u orden judicial por razones de orden público, de necesidad absoluta, de abuso gravísimo del propio derecho que determina un daño verdadero del orden social. Ante el caso de impotencia sexual, así como cada cónyuge está obligado a reconocer el derecho de acceso carnal, debe dar la prueba de su potencia cuando el otro cónyuge la niega, y es la peritación el único medio para asegurarse si se encuentra o no en condiciones de cumplir.

Más adelante contraponía derechos apareados. El jus in se ipsum del pretendido impotente hállase en oposición al del otro cónyuge. El primero invoca la intangibilidad de la propia persona; el segundo, la propia libertad sexual a la que quiere reintegrarse con la demanda de nulidad. Y, para Campogrande, prevalece este jus in se ipsum de la "libertad sexual", porque es más importante individual y socialmente. El de la intangibilidad pretende impedir la acción médica momentánea; el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la libertad, que el impotente supuesto le prive in perpetuo de aquélla. Luego, el juez debe ejecutar forzosamente la prueba pericial. Además, rebatía la idea de que lo social no está interesado, porque se suprime un obstáculo para la procreación permitiendo al cónyuge apto que se pueda unir con otro también apto, y exclamaba: "la nulidad hace cesar el espectáculo doloroso e inmoral de un cónyuge inocente obligado a convivir entre las tentaciones de la carne, unido a una persona que carece del requisito físico necesario en el matrimonio".

Finalmente, repetía aquello de que los demás medios de prueba, en materia tan delicada, no dan al magistrado verdadera seguridad, y no se debe desechar el más idóneo. En materia matrimonial toda presunción está por la validez del matrimonio; presumir la impotencia equivale a presumir la nulidad. La justicia debe cerciorarse(80)(1557).

No obstante, en la jurisprudencia no ha prevalecido esa doctrina que podría calificarse de dura y extremista. Lo sería también la inversa, pues no se trata de dejar desamparado a quien reclama un examen necesario a sus legítimas pretensiones, sino de dosificar la potestad judicial frente a demandas privadas o de particulares, y calibrar las consecuencias de una oposición infundada.

Lessona concluyó, con acierto, que la coacción en esos casos no es lícita, pero el deber de someterse a la inspección existe. Quien se sustraiga será condenado a indemnizar los daños limitados a los gastos para conseguir la prueba pericial. La resistencia, dado que hay obligación, crea una presunción que, unida a otras pruebas, puede traer la convicción al juez. La inspectio corporis no puede negarse; la negativa es ilícita, pero tampoco emplearse la fuerza. La impotencia surgirá de un conjunto de pruebas, en particular las presunciones. Cita el art. 38 de un Real decreto del 17 de octubre de 1891 sobre prostitución, que dispuso: "Las mujeres domiciliadas o recogidas en casas de prostitución, aún siendo sospechosas de enfermedad venérea, no podrán ser obligadas contra su voluntad a visitas sanitarias; pero en ese caso se las presumirá infectas, equiparándolas a las infectas para los efectos del presente reglamento".(81)(1558)

Esta última corriente es la que prevalece(82)(1559). Hasta las potestades judiciales son limitadas aún cuando se quiera entroncar las cuestiones litigiosas con el orden público.

La legislación sigue en general la tendencia moderada. El Código de Procedimientos Civiles italiano, art. 118, legitima la inspección corporal, pero si el consentimiento que tiene cariz de deber es rehusado, no puede efectuarse coactivamente, y dicha actitud renuente de la parte desprovista de justo motivo, posibilita al juez deducir argumentos de prueba. En el art. 340 del Código Civil francés, por ley del 15 de julio de 1955, se ha agregado una excepción a las facultades oponibles a la acción de investigación de la paternidad natural, por la cual el supuesto padre puede probar, por medio del examen de sangre, que no lo es del hijo atribuido. Pero si ese hijo o la madre se niegan al peritaje sanguíneo, y se pueden negar, no será admisible la demanda por reclamación de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

paternidad.

Creo que los anteproyectos de reformas francés y brasileño van demasiado lejos. El primero dispone en el art. 12: "cuando una persona rehúsa someterse a una experiencia médica ordenada en justicia a pedido de una de las partes, que no comporta sino la aplicación de medios conformes a la ciencia y sin peligro serio para el cuerpo humano, el juez puede considerar como probado el hecho que la experiencia tenía por fin constatar". El segundo establece que el rechazo podrá ser considerado como confesión (art. 35). Tales normas facilitarían un poco escandalosamente las componendas en procesos en los que se debe ser muy cauto. Confesión ficta o hecho probado, podrían ser suficientes para decretar la nulidad matrimonial por impotencia, la paternidad natural refutada, la suposición o sustitución en el parto, la indagación de la maternidad, etc. Más prudente es, a mi juicio, la solución jurisprudencial de nuestro país, al establecer una presunción que, corroborada con otras pruebas, cobra fuerza probatoria. Sola, carece de entidad y no configura por sí una confesión en juicio. Si la demandada se resiste, ha dicho la antigua Cámara Civil Primera de la Capital Federal, esa actitud deberá apreciarse en la sentencia(83)(1560).

Indicio, como elemento que complementa otras pruebas, sí. Confesión, no. El paso sería muy serio; tanto como golpear en el otro extremo en que las polaridades podrían resumirse así: examen y pericia forzada o confesión y relevo de toda otra prueba por el simple rehusamiento. De ningún modo, se ha dicho en un fallo, puede aquella confesión ser admitida para relevar a la actora de la prueba que debe producir, pues importaría una puerta amplia para la anulación de matrimonio por mutuo acuerdo, lo que la ley no ha querido. Es cierto que la mujer no estaba obligada a someterse a exámenes para probar su propia virginidad, pero ésta ha sido considerada siempre la demostración indudable de la consumación del matrimonio y la más grave presunción en favor de la impotencia del marido, por lo que ella debió ofrecerse espontáneamente al citado examen médico, obviando pruebas difíciles y de resultado dudoso(84)(1561).

En el orden positivo el resguardo del derecho personalísimo surge del art. 372 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17454), en cuanto dispone que las pruebas no deben afectar "la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros". Además, el transcripto art. 78 del Código Civil, pone al descubierto el espíritu de la ley de fondo y la orientación general, aplicable a muchos supuestos por analogía. También debe repetirse aquí la necesaria vigencia de los principios que contiene el art. 19 de la Constitución Nacional.

9° Los contratos sobre el cuerpo.

He dejado un tópico de primera importancia para concentrarlo en este apartado. Los principios generales pueden deducirse con rapidez de cuanto se ha dicho. Pero, como toda regla, se advierte la posibilidad de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

matices y excepciones.

Es el cuerpo objeto de un derecho subjetivo por nítidas razones primordialmente indisponible. Su carácter jurídico puede colocarse, más que sobre el objeto, en defensa de él frente a la acción de terceros; el derecho se manifiesta en el amparo, la resistencia legítima. Luego, va de suyo que está excluida toda relación jurídica bilateral que sea fuente de obligaciones. Sin embargo, así como en los casos estudiados ese principio no es radical, puede observarse en lo cotidiano la contractualidad de algunos aspectos y las conexiones con otros. Los ejemplos irán aclarando las ideas.

Puede suceder que una persona contrate por precio como contraprestación la entrega de un miembro u otro órgano de su cuerpo. Así ocurrió con el comentado injerto Voronoff. La convención, hay que adelantarse a proclamarlo, atenta contra la moral y las buenas costumbres. Es ineficaz porque el objeto está fuera de comercio. Habría que aplicar el art. 953 del Código Civil y declarar la nulidad absoluta con el carácter de acto nulo manifiesto. Mal se podría hablar entonces de cumplimiento forzado o subsidiario, ya que no crearía ningún derecho contractual de posible y legítima ejecución. Al llegar el momento en que el pretendido contratante cumpla y se entregue, bastaría que retrocediera y se negara. Y aún, ya se ha visto, el operador que intervenga podría ser responsable penalmente, pues actuaría sobre materia prohibida en la profesión y fuera de los cánones éticos establecidos. En estos casos, el consentimiento espontáneo o contratado no tiene fuerza absolutoria.

En otros, las consecuencias no son tan drásticas y severas. El contrato para la extracción de una parte renovable, como la sangre, el pelo, la epidermis, etc., no ocasiona efectos punitivos al médico que lo cumple o ejecuta pero cabe recorrer un largo camino para admitir su eficacia total. Ante todo, ya se ha visto que realizado con fin de lucro es inhábil y poca la defensa que pueda ofrecerse en apoyo de la validez. Lo mismo cabe afirmar de los trasplantes, porque la filantropía y el "estado de necesidad" en contadas ocasiones sanean tales operaciones. El contrato, aún frente a las condiciones mencionadas tiene mera apariencia de tal pues carece de fuerza obligatoria para el donante o dador. Sólo es legítima la entrega espontánea. De ahí que, si el dador contrató o se comprometió a cumplir un cierto día, lugar y hora, y después arrepentido retrocede y duda, no sería posible el cumplimiento forzado porque no se puede adquirir ningún derecho sobre su cuerpo y es inaceptable la violencia sobre la persona. Pero aún más, ni siquiera es demandable el cumplimiento indirecto. Dicho contrato, pura y simplemente, carece de los efectos propios de toda obligación civil con respecto al deudor, y son inaplicables los arts. 505 y concordantes del Código Civil. Es insustituible el ofrecimiento del dador por el pago de los daños y perjuicios. De lo contrario importaría dar legitimidad a la relación convencional, hacerla en cierto sentido válida, con efectos equivalentes al directamente querido por las partes. Serviría la sustitución de medio coactivo para impulsar la entrega del dador, de medio sancionador.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Inclusive en el caso de las partes renovables debe aplicarse el principio. Repugna el vínculo impuesto por la propia voluntad y obligatorio en esa esfera personalísima e intangible; debe siempre estar reivindicada y firme la libertad final decisoria. Es un vínculo que, en virtud del bien sobre el que recae, se acerca al vasallaje corporal y ataca lo más exclusivo y propio. Ello no ocurre cuando el sujeto abdica por su cuenta, con entrega de presente y espontaneidad, pero sí cuando se ve constreñido aún como consecuencia de un acto anterior y deliberado suyo. Ningún instrumento contractual puede ser eficaz con ese resultado. Así, el ejemplo de la señora que vende su cabellera y luego no puede ser forzada a someterse al corte si de buena voluntad no quiere cumplir. En cambio, se ha pensado que uno de los pocos contratos que pueden tener vigencia es el de la nodriza, porque para la mujer que se obliga a amamantar con el producto de sus pechos el hijo de otra, cuando el alimento no es necesario para su propio hijo, la leche no tiene una función útil con respecto a su organismo. En tal supuesto, y en contraste con el contrato no se eleva un interés relevante personal que el ordenamiento jurídico debe defender, y como se beneficia otro ser humano, queda reafirmada la validez de la convención(85)(1562). Pero la sangre, la epidermis, etc., son elementos que tienen utilidad indudable, nunca están demás, y el sometimiento debe ser querido en el preciso instante de la extracción.

Acerca de las intervenciones quirúrgicas en beneficio del operado hay que diferenciar el simple consentimiento del contrato cuando, con respecto a este último, se proyecta la función de fuente de obligaciones. El consentimiento no las crea con relación al enfermo antes de someterse, puesto que le sería posible retractarse en todo tiempo y lugar mientras actúa con voluntad y discernimiento. En ningún supuesto es admisible la coacción física o moral para ejecutar la obra operatoria, puesto que resulta absurdo pensar en un compromiso de disposición del cuerpo con tal proyección, que sustentara la violencia, el engaño o la acción que doblegara la voluntad, para permitir el acto mutilante y lesionador, aún cuando se efectúe con miras al mejoramiento de la salud. La cirugía, método drástico, de última instancia y a veces salvador, supone muchos sacrificios personales que solo se justifican frente a la decisión libre y propia de quien debe sobrellevarlos. Tan es sensible el derecho en este aspecto, que la Corte de Casación francesa ha obligado al cirujano que en el curso de una operación no grave, descubre un tumor cuya extirpación producirá efectos importantes, a suspender la ablación para prevenir al enfermo, salvo urgencia o necesidad absoluta(86)(1563).

Va de suyo, entonces, que el acuerdo de voluntades no tiene fuerza vinculatoria. Cuando las normas argentinas (ley de medicina y código de ética profesional ya citados), aconsejan que el cirujano obtenga antes de efectuar una operación mutilante el consentimiento escrito, únicamente se piensa en asegurar la prueba y evitar futuras acusaciones y vacilaciones sobre si había habido consenso por parte del operado o de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

quien deba darlo en su reemplazo. De ninguna manera puede pensarse que la previsión se dirige a aconsejar la redacción de un compromiso en el que, el paciente, asuma el deber de entregarse una vez preparado el equipo operatorio. No hay contrato ni consentimiento irrevocable. Simplemente la expresión válida de la voluntad en un momento determinado que puede probarse a posteriori, sin perjuicio de que por otros medios se demostrara lo contrario o una retractación ulterior. Toda maniobra destinada a obtener esa expresión es ilícita.

La diferencia en las situaciones legales debe ser destacada. El enfermo que solicita al cirujano o que acepta el consejo de aquél, piensa asegurarse su intervención y obligarlo en beneficio de la salud. Pero no obligarse él a la entrega. Si esto último surgiera del instrumento sería inválido, porque implicaría un acto de disposición para el futuro inadmisibles. La cirugía produce un inmediato y cierto menoscabo corporal, y la consecuencia prevista es una eventual ventaja. El contrato no puede acarrear el deber de sometimiento al hierro del cirujano, los traumas y las lesiones consiguientes, porque por más ventajas esperadas no cabe la coacción contractual directa o subsidiaria. Por lo tanto, dicho contrato sólo tendría el valor de imponer al cirujano el ejercicio profesional comprometido, en el momento más oportuno para obtener éxito; mientras que con respecto al paciente dado que sería una simple expresión del consentimiento, le atribuye al facultativo únicamente el poder necesario para operar, siempre y cuando aquél no se arrepienta. Al consentir no hizo más que disponer del cuerpo en el acto o para el acto, y al contratar se aseguró el procedimiento médico - operatorio en beneficio propio, creando una verdadera obligación para el cirujano. Todo convenio aquí funciona como generador de deberes actuales sobre el médico, quien está comprometido a prestar la ciencia y arte de su profesión en favor de la salud del enfermo, lo que es adecuado a la naturaleza de la actividad sanitaria y a los compromisos éticos y morales del ejercicio profesional. Ejecutada la operación, hay ya un servicio prestado que debe ser retribuido en la medida que se convino o como es de práctica. Pero, insisto, no puede haber atadura que obligue a someterse y que permita dirigir alguna acción contra el enfermo que se rehúsa(87)(1564).

Al par del panorama expuesto, y desde otro ángulo, se ha dicho, citando a Marañón, que el enfermo debe aceptar un margen de inconvenientes y de peligros derivados de los errores de la medicina y del médico mismo como un hecho fatal como acepta la enfermedad misma. Lo único que se puede exigir al médico es buena fe, buena voluntad, honradez, moralidad; si falta a ellas sí sería culpable, claro es; pero de otra clase de delitos, cuya sanción nadie sería capaz de discutir(88)(1565).

Cabe mencionar como una manera de poner de resalto la irrelevancia obligatoria de todo pacto que importe un desmedro de la integridad física, la ineficacia de las cláusulas de irresponsabilidad en el contrato laboral. Si bien el trabajador obliga el uso de su energía y muchas veces de modo tal que sufre un perjuicio, ese daño previsto no puede importar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una lesión permanente a la integridad, so pena de considerarse ilícito el contrato. La responsabilidad patronal por los accidentes en ocasión del trabajo, tampoco puede ser excluida o disminuida mediante pacto especial. En ningún caso dicho pacto tiene eficacia cuando se trata de establecer la irresponsabilidad preventiva sobre la eventual lesión corporal. Toda cláusula indirecta o accesorias estaría viciada de nulidad, pues tendría por objeto algo prohibido en los actos jurídicos (arts. 953 y 1167 del Código Civil).

Ese principio de la invalidez de los pactos de irresponsabilidad, se aplica a múltiples relaciones. En el contrato de transporte, por ejemplo, en el que ni siquiera hay exoneración sin culpa o dolo del transportista; en cualquiera otro o en el de trabajo. El trabajador no puede renunciar a la protección de la ley sobre su integridad física, protección que se traduce en obligaciones por parte de quien lo subordina y saca provecho de sus energías. Son inaplicables dichos pactos aún cuando tiendan únicamente a disminuir la responsabilidad.

10° La autolesión

Se repiten muchas de las ideas que se vieron al tratar el suicidio. Tanto la automutilación como la mutilación consentida sin un fin lícito son indefendibles. Será imposible el delito, pero tampoco existe el derecho. E inclusive, en casi todas las legislaciones ciertos casos están previstos por normas represivas, como la lesión propia para eximirse del servicio militar.

Dijo De Amesqua que no es lícito mutilarse, ni siquiera para defender la castidad, y que tampoco es lícito el consentimiento para ser herido. Nadie puede obligar a imponer una pena corporal, de ahí que no corresponde condenar sobre la base de la sola confesión. Ninguno puede someterse espontáneamente a la tortura; siempre se debe elegir, entre penas alternativas, la pecuniaria(89)(1566). Samuel Stryk, enseñaba que el hombre no tiene la propiedad del cuerpo, sino el uso solamente. Debe conservarlo lo mejor posible, y sólo en consideración a ese deber retiene la facultad de disponer de las partes en beneficio del todo: "Quaedam tamen facultas disponendi de partibus in commodum totius, negari non debet homini, cum partes naturaliter sint propter totum, et bonum bujas preferendum sit bono partis". Fuera de ese caso, y ni siquiera para la salud del alma el hombre puede disponer de las partes. Condenaba, por ello, la secta de los cunucos que había sido perseguida por emperadores romanos(90)(1567). Lo mismo Wolff, para quien el verdadero dueño del cuerpo es Dios y no hay un jure in corpus suum, lo que sobre el alma pocos se atreven a afirmar. Campogande, como se ha visto, opinaba lo contrario.

Esta rápida incursión doctrinaria no está demás si se tiene en cuenta que, aún hoy, subsisten agrupamientos que hacen de la flagelación un motivo de demostración religiosa de rito y ofrenda a Dios. No se trata de referirse a tribus salvajes del Oriente como en Ceilán, Katagarama,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

donde el suplicio y el éxtasis ha producido esta descripción "cuatro ganchos se balancean agitados por el viento. Cuatro ganchos que se entrechocan, suspendidos por cuatro sogas de un pórtico extraño, montado sobre cuatro ruedas de madera. Impasible, un sacerdote aguarda. La multitud se ha callado, súbitamente silenciosa. Una multitud extraordinaria, de ojos inmensos y negros, de mil rostros cubiertos de polvos y afeites y mirada única, de frente cruzada por tres rayas shivaistas, llegada desde los cuatro puntos cardinales de la India... Medio desnudo, un hombre de edad mediana la atraviesa y se acerca con la cara blanqueada por la ceniza sagrada. Con las manos juntas, de pie sobre la plataforma que acaba de escalar, inspira lenta y profundamente, mientras el primer gancho penetra en su pantorrilla izquierda y se clava bruscamente. Manipulado con ademán seguro por el sacerdote, el segundo se hunde en la pantorrilla derecha; los dos últimos quedan fijos en la espalda, bajo los omoplatos"... "entonces el sacerdote y sus ayudantes estiran la soga"... "la piel se estira mientras el «supliciado» resplandece"... "es un rito silencioso"(91)(1568). No se trata, repito, de detenerse en esas civilizaciones atrasadas y misteriosas. Según Isidoro de Fagoaga, en la España de hoy existen ciertos ritos cruentos, resabios siniestros de tiempos remotos. En San Vicente de la Sonsierra se realiza una ceremonia de Semana Santa que causa admiración, y hasta repulsa. Por el año 1500 se fundó la "Cofradía de la Santa Cruz de los Disciplinantes", una de las numerosas sectas que, exagerando hasta el fanatismo el valor "redencional" de la tortura física, incurrieron en excesos hasta el punto de verse enfrentadas con las autoridades legítimas de la Iglesia.

Ese pueblo de la Sonsierra "que se ufana de haber sido el primero que en España instituyó una Cofradía de Disciplinantes, se enorgullece también de ser el último que en nuestro mundo actual persiste en mantener tales prácticas penitenciales". Cierta vez el gobernador mandó un piquete para impedir que los penitentes se azotaran, pero hubo que renunciar a la empresa, ya que los miembros de la Cofradía se acantonaron en sus casas y "repicaron a más y mejor". El jueves y viernes Santo, los hermanos flagelantes se presentan en la "Casa de la Santa Penitencia"; visten la ropa muy sumaria de los disciplinantes, o sea, túnica de lienzo que deja al aire las espaldas hasta la cintura, calzones cortos y caperuza con orificios para los ojos; caminan descalzos sobre un empedrado de cortantes guijarros expresamente sembrados por calles tortuosas, y, seguidos por el pueblo, las mujeres más que cantando, gritando, se fustigan con furor hasta teñir de sangre las albas vestiduras(92)(1569).

Uno se pregunta, ¿justifican los motivos religiosos esa acción?

¿Tienen derecho a flagelarse? Creo que la respuesta debe ser negativa, como lo es para cualquier otro caso de tortura o automutilación. La conducta descrita es antijurídica, porque nadie puede maltratar el cuerpo, inferirle heridas, o consentir que otro las infiera. Habría, pues, facultad de impedir, estorbar u obstaculizar dicha flagelación, facultad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que desde el punto de vista social se convierte en un deber del Estado, guardián del bien común y de las sanas costumbres.

11° El boxeo.

Dos hombres se ponen frente a frente para golpearse. Quien lo hace más y mejor, con mayor habilidad destructiva y dureza, obtiene los lauros. Hay que lesionar con los puños, buscar las partes vulnerables del adversario, no dar tregua. Se saben contrarios pero no enemigos. Se defienden y atacan pero no en legítima defensa porque los dos son agresores, van preparados para causar daño y están especialmente adiestrados para atender contra el contrincante. Los espectadores gozan por la mutua destrucción, la alientan, la piden.

Debo ser consecuente con toda la línea de mis pensamientos. No puede ser válido el contrato ni tener fuerza obligacional. Pero el Estado autoriza los combates y los reglamenta a vista y paciencia de una moral rectamente entendida y que no se tuerce sobre los malos hábitos de la sociedad, de la más elemental preservación sanitaria. Se da el absurdo de reprimirse la lucha callejera, la riña con lesión, y contemplar apoyando la de los profesionales en ocasionarla. Se acepta el adiestramiento del boxeador para que tenga más efectividad en la agresión. Muchos de ellos terminan físicamente destrozados al cabo de una corta vida y la sociedad los rodea, aclama y goza por los actos que llevan a acortarla, a vaciarla a golpes. Otros, en no pocos casos, mueren en el combate a manos de un contrario afortunado. Pero el Estado no se conmueve, la prensa hace la apología de ese mal llamado deporte y queda asegurada la continuación de la experiencia.

Muchos juristas, sin embargo, han brindado la pluma para defender la licitud. Por ejemplo, De Cupis, razona de la siguiente forma: el público reconocimiento vuelve indudable la legitimidad y eficacia del consentimiento y la pública tutela del deporte violento hace eficaz también aquella aceptación con respecto a los golpes que producen una disminución permanente de la integridad física, con tal de que estén contenidos en los límites de respeto a las reglas del juego. Hay pues un alargamiento de los límites de la eficacia del consentimiento, pero no puede justificarse los golpes letales, por la indisponibilidad del derecho a la vida. No se contraría la moral corriente, porque es un deporte penetrado en las costumbres sociales. Es válido el contrato con el organizador que obliga a afrontar el riesgo; contrato frecuente que no reprueba la moral, sino, por el contrario, reprueba la no ejecución por parte del boxeador; inejecución que puede ser productiva de daños. Además de la importancia de los intereses deportivos, el contrato no tiene por objeto la aceptación pasiva de los golpes, pero sí la del correspondiente peligro junto con la propia actividad dirigida a disminuir ese peligro, retorciéndolo hacia el adversario(93)(1570).

Degni, en cambio, pensaba que es una forma incivil, brutal y animales de la actividad deportiva, que debería ser prohibida. Lo mismo Gangi,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Messineo, Mazeaud. Del Vecchio explicaba los siguientes caracteres: invulnerabilidad, que hace al atleta soportar heridas, para otros mortales; analgesia, en que hay veces que, a pesar de tener lesionado en forma grave algún órgano, actúa como si se encontrara en la plenitud de sus medios; indiferencia hacia la muerte, que confina con la anomalía criminal; vanidad que lo impulsa por vanagloria personal. Y terminaba: "existe crueldad que deriva de la analgesia y de la invulnerabilidad y hay también una avidez banal cuando más famoso sea el deportista"(94)(1571).

A todo esto, y para reforzar mi primera repulsa absolutamente identificada con los que consideran que debiera prohibirse, transcribo una crónica tomada un día cualquiera de nuestra prensa: "sus ojos ya no tenían vida. Parecían los de un pez. Hubert Hilton, una imponente masa negra al borde del derrumbamiento seguía dictando el sábado último en el refidero del Luna Park, una clase de piedad a una multitud tan extraña que sólo se estremecía al compás de sus crueles fibras de la violencia. El espectáculo despertaba reminiscencias romanas. Sobre esa tarima crujiente de gritos faltaba una capa de arena. Los rugidos, al fin, brotaban de esa multitud que agregaba otro capítulo a la inagotable historia de la insensibilidad. "¡Mátalo!" "¡Mátalo!". Ese deseo compulsivo fue el único que estalló en sus bocas secas. En un rincón, ya casi sin oír, va casi sin oír, alguien se preguntaba hasta qué punto podía conmovirse esa multitud con un apresurado curso de bondad. La polémica nació apenas murió el choque insólito «El árbitro - dijeron los tiosos teóricos - no podía detener la pelea porque Hilton todavía respondía. No era un caso de no contestar». Más allá del reglamento se debatía, espiritual y físicamente demolida, una temblorosa estatua de betún. Ese manojo desgajado de nervios y músculos no podía preocupar naturalmente, al formalista. Porque el boxeo es así: una estructura construida sobre la destrucción. Tenía, pues, que triunfar una definición. No importaba que un hombre sucumbiera. Ese hombre, de todos modos, podría pasar. Hoy era una noticia. Mañana no sería ni un recuerdo. Otros hombres cubrirían su olvido. El espectáculo debía continuar"(95)(1572).

¡Qué lección la lectura meditada de esa crónica! Barre para mí con todos los argumentos dialécticos de los que quieren apoyar la patente de legalidad que tiene un deporte brutal, insostenible por la sana razón. ¿Cómo pueden afirmarse la moralidad y buenas costumbres de un match que provoca tan bajos instintos en la multitud?; recuerdo que en algunas regiones de Francia la legislación ha prohibido las corridas de toros, porque era necesario evitar el escándalo y la provocación a la crueldad(96)(1573). ¿Es que ello no tiene vigencia acerca de nuestros semejantes pero sí con el toro? ¿Quién no ha oído los voceríos populacheros enardecidos por un match de box? La pasión debe ser refrenada, aún cuando un público en general reclame tales actos sanguinarios. Es una medida de higiene social.

Sin embargo, la consecuencia con respecto a esa entronizada lucha humana que pugna, en cuanto la examinamos fríamente sin la baja

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pasión por el espectáculo, con lo que quiere llamarse derecho y con lo que quiere llamarse moral, está a la vista. El jurista mezcla lo que es lícito y razonable con el encuentro cuerpo a cuerpo, riña en el ring y premeditación en el golpe; aquella construcción para destruir. Difícil e imposible, más bien, es ubicarla entre las buenas costumbres, pero se la tolera, defiende y propagandiza. Por ello llegan a sacarse, del amargo despropósito, las conclusiones siguientes: como ocasiona gastos de preparación, propaganda, etc., el boxeador está obligado a indemnizar el daño emergente si se niega a combatir, pero no se le podrá forzar a que lo haga, ni la indemnización comprenderá el lucro cesante. También es lícito el contrato con el manager que sólo trata de defender los intereses de su pupilo y perfeccionar su capacidad combativa.

No son indemnizables los daños emergentes de un match, pues el boxeador se somete voluntariamente al castigo, y, como se ha visto, la autoridad apoya el "deporte"; no puede derivar, por ende, obligación de reparar las lesiones por él ocasionadas(97)(1574).

Antoni, por su parte se pregunta, ¿hay derecho de indemnización sobre el empresario o dolo por lesión a la integridad?, y contesta afirmativamente porque el deportista toma sobre sí un riesgo al intervenir y practicarlo, y como en todas las actividades en que se afrontan riesgos surge un derecho indemnizatorio. Piensa que es un contrato que debe ubicarse entre las locaciones de servicio, pero, por sus modalidades, darle una reglamentación especial recurriendo a las federaciones deportivas(98)(1575).

Estoy, como se ve, en las antípodas. Yo considero que debiera vedarse y no reglamentarse, y que de todos modos hay que quitarle al box todos los efectos jurídicos señalados, no solo por ser antijurídico y contrario a los principios ordenadores de la sociedad, sino porque así se comienza por desalentarlo destruyendo los respaldos que le confieren ubicación y vigencia(99)(1576).

12° Las partes separadas del cuerpo.

Limitado el proceso de separación corresponde preguntarse sobre el encuadre jurídico de aquellas partes del cuerpo humano que ya no le pertenecen orgánicamente. Aún cuando se hubiera procedido ilícitamente en la ablación del órgano corporal, el distanciamiento cambia la composición natural y, consiguientemente, la ubicación jurídica. El órgano así destacado pierde unión con el movimiento y la vida que le confiere el cuerpo vivo, y se convierte en algo exterior, cadavérico u opaco, según Julián Marías, que entra en el comercio. Visto así el panorama puede decirse estrictamente que es un tema ajeno a los derechos personalísimos, pues las partes separadas pertenecen al concepto de las cosas muebles u objetos materiales susceptibles de valor (arts. 2311 y ss. del Código Civil). No obstante, por la relación y el origen, el investigador debe acercarse su óptica si quiere abarcar el universo de la materia. Así lo han hecho casi todos los autores. En

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

primer lugar, porque es el tajo o el corte el que origina un nuevo objeto exterior; en segundo, porque ese procedimiento incide sobre el cuerpo al disminuirlo; reduce la entidad humana; es uno de sus elementos que se pierde, se altera en sustancia al exteriorizarse. Hay, por consiguiente, una conexión clara e inevitable; proviene un objeto de otro, a costa de ese otro, en desmedro de la corporidad del hombre.

La opinión unánime no ha vacilado en decir que las partes separadas son cosas, res, objeto de propiedad y susceptibles de entrar en el mercado. Sin embargo, Castán sostiene que esa afirmación no debe ser tan absoluta, porque el dominio y la comercialidad dependen siempre de que la ley y las buenas costumbres no se opongan. Es errado el criterio general. Ciertas partes, pelo, uñas, dientes, una vez separadas pertenecerán al comercio jurídico. Ciertas otras podrán ser objeto de propiedad en algunos casos y para ciertos fines: por ejemplo, para experimentos científicos, preparaciones de museos, etc.(100)(1577). También Orgaz destaca los límites, ya que sería ilícito por contrario a la moral y a las buenas costumbres el contrato por el que se vendieran miembros amputados para servir a la confección de objetos industriales. Cita el caso de utilización de la piel de un cadáver para confección de carteras, lo que suscitó la indignación general(101)(1578).

En realidad, siempre ha de regir el principio prohibitivo con respecto a los actos que contravengan la moral y las buenas costumbres. O sea que no hace falta sancionar expresamente un tipo especial de actos, pues basta la aplicación del estatuto normal sobre el objeto y los principios legales establecidos para toda relación jurídica. (Art. 953 del Cód. Civil). Caso por caso debe examinarse si se respetan, porque no existen excepciones derivadas de la propia naturaleza del objeto.

Un punto que en cambio ha producido polémicas, es el de la pertenencia de las partes destacadas. Los argumentos tienden a darle preferencia al hombre de quien provienen. Se consideró que al separarse se convierten en res nullius, u objetos sin dueño susceptibles de apropiación, pero que la persona de quien formaban parte tiene una preferencia para apropiarse, aneigmmgsrecht(102)(1579). Esa teoría de la res nullius produce una total desvinculación con el derecho al cuerpo, como si éste careciera de todo influjo, como si sus partes en el momento de la separación adquirieran existencia jurídica cayendo en el lugar común a las cosas sin dueño que ceden al primer ocupante. Podría servir de fundamento a la doctrina que establece que, con la separación, nace un derecho originario, porque no admite el preexistente derecho subjetivo al cuerpo(103)(1580). Por otra parte, y pese al privilegio, es peligrosa porque el barbero, el dentista, la pedicura o el médico, están en mejores condiciones para apropiarse de las partes que separan con sus propias manos. Y, a fin de salvar dicho privilegio, habría que acudir a la teoría del mandato, como si ellos actuaran por, encargo del dueño del cuerpo.

Para otros se produce una transformación del derecho preexistente. Con la separación se adquiere ipso jure la propiedad porque el jus in se ipsum se transforma en dominium(104)(1581). El vínculo orgánico se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

rompe por un acto que debe tenerse presente. El hecho productor del corte y distanciamiento tiene relevancia y no puede desvincularse del fenómeno. De la separación surge el derecho a la res y por ella ocurre una disminución corporal. Luego, la propiedad debe corresponder inmediatamente al ser corpóreo que la sufre. Se adquiere como consecuencia del hecho y por el origen anterior o antecedente pero no necesita un acto de ocupación especial. Nada tiene que hacer sobre el objeto la persona que separa el órgano. Se pasa de un derecho - personalísimo - al otro - dominio - sin solución de continuidad(105)(1582).

Es importante destacar ese hecho de la separación, porque influye en todos los actos dispositivos posteriores. Las partes separadas del cuerpo son cosas que están en el comercio y el propietario puede disponer de la manera que convenga a sus intereses por actos entre vivos o de última voluntad, pero el problema se presenta ante los actos de disposición sobre cosas futuras, en otras palabras, cuando la persona enajena algo que todavía no es cosa porque está unida al cuerpo. Dado que se aplican los principios expuestos ese acto es inválido, sobre todo si recae sobre órganos cuya ablación provoca un permanente desmedro de la integridad física. El medio previsto y sus efectos caen al unísono en la prohibición legal. Como la separación es ilícita, también lo es el acto que enajena el órgano. Si pese a la veda se ejecuta, no obstante que el órgano se ha transformado en cosa, el acto estaba viciado ab initio, y como se afecta a las buenas costumbres, es nulo y en ningún momento puede convalidarse; no se subsana a pesar de la nueva naturaleza jurídica del objeto. De ahí que la comercialidad de las partes separadas depende de su origen y tiene límites infranqueables. La alienación conjunta del bien indisponible personalísimo y la cosa futura una vez hecho el corte no debe aceptarse bajo ningún punto de vista, so pena de convalidar los actos prohibidos pretextando la nueva categoría jurídica de la cosa derivada. Es inválido el negocio por el que se pretende convertir en obligatoria la mutilación que disminuye el compositum natural del hombre; negocio que carece de eficacia ab initio y hasta el final. Dejo de lado las consecuencias penales de una tal mutilación.

Cuando la parte objeto del negocio es de las renovables, aquel tampoco tiene eficacia porque implicaría caer en un derecho - deber de sometimiento al corte o extracción. Sólo en casos sumamente peculiares, como aquel de la nodriza - contratto di balatico - se han aceptado los efectos compulsivos. Ahora bien, si voluntariamente y con espontaneidad el hombre se somete, obtenida la cosa cabe convenir cualquier tipo de obligación negociable, y, aún más, también renacen los efectos del contrato anterior al distanciamiento. Lo mismo ocurre con las partes no renovables que han sido extraídas, en los excepcionales casos en que la ablación no es ilícita.

La transformación puede ser inversa. Así en el caso de transfusión de sangre o plasma, en el cual, debido a un proceso funcional del organismo receptor, se convierte en un bien personalísimo propio,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

confundido con el cuerpo. Ello ocurre normalmente por aplicación de métodos médicos, mediante los cuales se suministran remedios, sueros, inyecciones, etc. Aún el alimento diario que, por normal asimilación, va integrando el organismo con proteínas y transformando las cosas exteriores y antes comercializables, en partes inseparables del cuerpo. Pierden la calidad de cosas y se convierten en elementos indisponibles. Hay aparatos mecánicos artificiales ortopédicos, que sustituyen partes y órganos humanos. Al respecto debe hacerse un distinguo, porque dependen del destino y función que cumplen para asimilarlos o no al cuerpo mismo. Las dentaduras postizas, pelucas, piernas de madera, no puede decirse que están fuera del comercio, ya que no integran el organismo y tienen un valor económico; de hecho se adquieren cuando se precisan. Verbigracia, el audifono, los lentes de contacto. Pero no son bienes secuestrables salvo que sirvan para fines de lujo, como las pelucas que adornan la cabeza de los sirvientes en trajes de época o de las mujeres elegantes. Sustituyen partes del organismo que faltan y son más importantes que los vestidos que tampoco pueden ser secuestrados(106)(1583). Se trata de cosas que están en el tráfico comercial pero que, ante la función necesaria que cumplen, no siendo de mero adorno, corresponden a la categoría de objetos de uso personal y a la órbita de los bienes que la ley declara inembargables, igual que el lecho cotidiano y las cosas imprescindibles para la habitación y el trabajo. En ciertos casos es tal la identificación corporal que se convierten en partes del organismo y pierden la categoría dominical. Así los elementos de material acrílico, plástico, de aluminio, etc., que el médico injerta y se solidifican con el cuerpo reemplazando un órgano óseo o corporal faltante. Como cuando se coloca una cabeza de fémur artificial o un injerto sobre el hueso, o plástico en una de las venas del corazón, o también, el material de sutura para cerrar el estómago. Casos en que el ser humano debe la perfección de sus movimientos o la salvación de su existencia al objeto exterior material injertado que, a pesar de todo, conserva su sustancia y estructura. De modo que, en caso de que la separación fuera mecánica y sencilla, es aceptable el criterio de su carácter objetivo y de cosa en el comercio. En cambio cuando frente a la asimilación y necesidad orgánica, separar el objeto implicara intervenir quirúrgicamente a la persona, debe considerarse que la cosa se ha convertido, por su destino y función, en una parte del cuerpo mismo, en un bien personalísimo en principio indisponible. El sujeto injertado no podría separarlas sin automutilarse, y el médico, a quien se le deben los honorarios por el trabajo de injerto. tampoco podría exigirlo.

CAPÍTULO V - EL CÁDAVER Y SUS PARTES

El ser físico del hombre al expirar se convierte en un resto opaco, insensible, pierde movimiento y vida. Esa incomunicación hacia el exterior y con los vivos, esa soledad total, lo aísla de tal modo que pasa a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ser un objeto despojado de los más caros atributos humanos, aquellos que definen la persona. Lo que queda, pues, es materia rígida insensible, que comúnmente entra en descomposición hasta desaparecer.

La primera aproximación al estudio jurídico del cadáver se vincula con las partes destacadas del cuerpo vivo. Pero hay diferencias notables. Dichas partes, una vez separadas, se convierten en cosas que generalmente entran en el comercio y pasan a ser objeto de dominio de la persona de la cual provienen. La separación lo único que hace es disminuir, momentánea o permanentemente, la integridad corporal, mientras que la muerte destruye al hombre y deja un residuo para el sepulcro. El órgano o parte del cuerpo vivo al ser extraído se cadaveriza, se cosifica en res, pero, como continúa con vida la persona sigue siendo y adquiere sobre lo destacado un derecho de propiedad; la muerte, al destruir al hombre extingue la persona, según el concepto que anteriormente he dado.

El hombre es una fusión de cuerpo y espíritu. Lo corporal no puede subsistir sin el ánima que le da forma, soplo de vida, tránsito, correspondencia o transparencia comunicativa. Es corpoespiritual. Al morir, se produce la desunión y ya no corresponde hablar de cuerpo humano sino de cadáver o sea, ser únicamente orgánico desprovisto de vida; residuo final; resto que no es mortal sino muerto; despojo. Desaparecen los signos característicos de humanidad (art. 51 del Cód. Civil), y, por ello, la ley estatuye que «termina la existencia de las personas con la muerte natural» (art. 103 del Cód. cit.). Es decir, como consecuencia de cualquier tipo de muerte física: violenta, por vejez o enfermedad, pero no por lo que en otros tiempos se llamó la "muerte civil".

He ahí la gran distancia que va entre las partes separadas y el cadáver. Sobre aquéllas la persona ejerce el derecho de dominio y puede disponer entre vivos; el cadáver prueba que dicha persona no existe más, termina el sujeto mismo. Sin embargo, casi todos los juristas han estudiado el tema como apéndice de los derechos de la personalidad, pese a que parece desubicado, puesto que sin persona no puede haber más derechos. Aparte del común sentimiento de respeto por dicho cuerpo inerte o despojo, el cual tiene para la sociedad casi análogas profundidades que el que se refiere a la dignidad del ser vivo, hay más de un asunto que toma contacto, no solamente figurado, sino real, lo que explica esa aparente contradicción. Me refiero en particular, a las disposiciones para el futuro tomadas por la persona viva. Por otra parte, aquélla proyecta un remanente de sí indefinido pero cierto de su persona, que los allegados conservan con gran cuidado, como si se resguardara algo que pervive y que proviene del culto a la memoria de cada muerto, y se relaciona en gran medida con las prácticas religiosas. Muchos han sido, en los tiempos, los modos de tratar los cadáveres. Los hebreos a través de las leyes mosaicas, impedían el contacto directo o indirecto por considerarlo impuro. El contacto con los huesos la tumba, el mobiliario, utensilios o vacas donde se produjo el deceso, era una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

impureza que debía someterse a la aspersion con el "agua lustral". El entierro tenía gran importancia. La palabra hebrea qeburah denota el acto y lugar de inhumación (Biblia, Génesis 47,30; Deuteronomio, 34,6; Isaías, 14,20; 2 Reyes, 9,28 y 21,26; Jeremías, 22,19). El grupo enterrador se dirigía al lugar que podía ser una cueva (Génesis, 23,19), una ciudad o paraje (Deuteronomio, 10,6), al pie de un árbol (Génesis, 35,8), una casa (1 Samuel, 25,1), un jardín o huerto (Juan, 19,41). Enterrar a los muertos era un acto de misericordia. (Tobías, 1 17 - 18). Se colocaba el cadáver en angarillas o parihuelas que portaban o acompañaban los parientes y amigos del difunto y la ceremonia más peculiar y constante era la expresión ruidosa, espontánea o no, del dolor de los allegados presentes en el acto (plañideras). No hay constancias casi de que se los enterrara en un cofre o ataúd, lo que parece ser una costumbre no israelita. La Torah prohíbe ofrecer manjares a los muertos (Deuteronomio, 26,14) y el embalsamamiento era una práctica infrecuente. La quema, una expresión de venganza o castigo (1 Samuel, 31,12, y Levítico, 20,14; 21,9). Los egipcios, que creían en la reencarnación, lo embalsamaban para conservarlo y le dedicaban tumbas denominadas "moradas eternas", a las que conferían mayor importancia que a las cosas de los seres vivos; la vida era un paso transitorio. Los persas exponían los cadáveres en los campos a las aves y las bestias.

En Roma se proyectaron los conceptos que hoy se respetan. Las tumbas fueron res religiosa, aunque se tratara de un esclavo, y por lo tanto extra commercium (D.L.XI, Tít. VII, ley 4). En los primeros tiempos se carecía del temor sagrado y respetuoso, y el acreedor podía embargar el cadáver del deudor, a fin de lesionar el honor de la familia y obligar a los deudos a pagar. La Tabla décima de las "XII Tablas" disponía que se podían quemar los cadáveres fuera del radio de la ciudad y, no siendo de esclavos, se permitía embalsamarlos. Pero, en la época de la codificación, la ley cuidaba el culto a los muertos y no sólo declaraba extra commercium a las tumbas, consagradas a los dioses manes, sino que se establecía la prohibición de exhumar, sin la visa del pontífice o emperador, cuando el entierro se había producido en terrenos ajenos. Si se hubieran dispersado las partes del cadáver, la condición de no comercialidad la conservaban las tumbas en donde estuviera la cabeza. (D.L.XI, Tít. VII, ley 44). Además, se castigaba mediante la actio sepulchri violati, que acarrea infamia y multas por la profanación de sepulcros y despojos, así como por la exhumación no autorizada (D.L.XLII, Tít. XII, ley 11).

El cristianismo acentuó el sentido religioso de los enterramientos y del contacto con el cadáver. Su respeto proviene fundamentalmente del dogma católico de la reencarnación de las almas. Dispone el canon 1203 del Derecho Canónico: los "cuerpos de los fieles difuntos han de sepultarse, reprobada su cremación. Si alguno mandare en cualquier forma que su cuerpo sea quemado, es ilícito cumplir esa voluntad; y si se hubiera puesto en algún contrato, testamento u otro acto cualquiera,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

téngase por no puesta". La Iglesia rodeó de solemnidades la custodia, culto, ubicación permanente de los despojos.

1° Naturaleza jurídica del cadáver.

Pese a la tendencia generalizada expuesta, los juristas han discutido si el cadáver es una cosa susceptible de ser objeto del derecho de propiedad, si está dentro o fuera del comercio.

En el rigor lógico del razonamiento para mí no cabe duda de que, extinguiéndose la persona, es impropio hablar de un resto o residuo de la personalidad, como algunos autores afirmaron para oponerse a la teoría de la res. Piensan que dicha personalidad residual permite a los deudos decidir sobre su destino, velar por el muerto, porque la personalidad exige consideración después del deceso. Se crearía un derecho de familia para disponer el destino del cadáver, hacer un entierro adecuado, determinar el epitafio y excluir las intromisiones de los que no tienen derecho(107)(1584).

Frente a tales ideas, no del todo claras y que contrarían las bases racionales utilizadas para comprender el concepto de persona y de los derechos personalísimos, está la de los que consideran que los restos se convierten en una cosa o res. Pero la polémica se agudiza en torno a si dicha cosa o res tiene total, relativa o ninguna comercialidad.

Coviello dijo que la cuestión de la inercialidad se ha hecho posible por la decadencia de los sentimientos de religión y de delicadeza, y por la predominancia de un espíritu industrial y mercantil. Líneas después afirma que el derecho de disponer corresponde a quien será un día cadáver, porque cuando haya muerto tendrá una existencia impersonal pudiendo producir una utilidad industrial o científica; será una cosa en sentido jurídico y puede disponer a título gratuito u oneroso. La disposición a título oneroso no le parece inmoral "desde el momento que se admite la comercialidad del cadáver". El heredero, si el difunto no había contratado ninguna relación patrimonial, no tiene derechos de esa clase(108)(1585).

La común opinio acepta que el cadáver es cosa pero no comercializable, aunque cierto tipo de disposiciones gratuitas sean posibles por parte de la persona viva para después de su muerte. Gareis, quien se refería a la res nullius que admite la apropiación (aneignum), pero que no se le puede aplicar el ordenamiento que regula la cosa (sachenrecht), decía que las farsas de dar dinero para que se dejen los despojos en un gabinete anatómico, es prueba de inmoral codicia; no se puede permitir que se descuenta el propio cuerpo como una letra de cambio antes del vencimiento(109)(1586). Para De Cupis, así como es cosa la parte separada del cuerpo vivo, también lo es el cadáver, pero la muerte produce una completa mudanza en la sustancia y en la función del cuerpo entero, el cual no es más un elemento de la persona. Produciéndose la extinción no subsiste un derecho, pues no hay persona o sujeto. La muerte elimina los bienes inherentes y los correspondientes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derechos de la personalidad. Sin embargo, en vida, la persona tiene un poder jurídico sobre el futuro cadáver, y después, ese poder de disposición - limitado a ciertos actos - le corresponde a los parientes supervivientes(110)(1587). Concuerdan en grandes líneas, pues, con Fadda y Bensa, para quienes nadie puede ostentar un derecho de propiedad. Los más elementales principios de orden público, de sanidad, de moral, están en directa oposición al concepto de una propiedad sobre el cadáver. El destino normal es el de la paz del sepulcro en la forma que la ley del Estado establezca, lo cual no obsta a la facultad de disponer del propio cadáver en los límites de aquel destino normal. Castán asegura que no se trata de una cosa susceptible de apropiación y comercio; está sujeto al interés público y social. Las posibilidades de disposición concedidas por el derecho consuetudinario a los particulares, no autorizan a admitir el derecho subjetivo al cadáver o sobre el cadáver(111)(1588).

Por mi parte pienso que, si bien ha desaparecido la persona y ya no es posible hablar de una especie de continuación residual de la personalidad, concepto difuso, impreciso e inexacto, tampoco resulta apropiado cosificar al cadáver en tal medida que se lo lleva a la noción de objeto material susceptible de tener un valor (art. 2311 del Código Civil). Es un bien material que, en principio, está fuera del comercio, pero que, como los demás bienes personalísimos, puede ser objeto de relaciones jurídicas determinadas, y hay, si se quiere, una posibilidad de disponer dentro de ciertos límites. Aún más, el ser vivo está en condiciones de resolver sobre el futuro de su cadáver, de la misma manera que se admiten actos jurídicos sobre objetos futuros, pero no en igual extensión. Aquí, vuelvo a ponerme en desacuerdo con Orgaz, para quien no hay ningún tipo de derecho y el cadáver está regido exclusivamente por normas públicas, aunque dice algo que choca y hace trastabillar: «dentro de límites muy reducidos, se tiene en cuenta la voluntad del interesado, pero esta voluntad no es decisiva, sino solamente escuchada(112)(1589): Voluntad escuchada... concepto originalísimo pero difícil de aprehender; ¿ una forma de salir del paso? El mismo Ravá tuvo que reconocer que hay una cierta disponibilidad, la cual se reduce «a la misma libertad de establecer el lugar y el modo enterratorio», mas no todos están de acuerdo en extenderla a permitir dejar el cuerpo en un gabinete anatómico(113)(1590).

2° Las disposiciones sobre el cadáver propio.

Es válido, en general, el principio de que todo lo que se puede hacer se limita a la sepultura, el epitafio, las recordaciones, misas y funerales, destino o lugar trasladados. No obstante se reconoce un poder jurídico en vida para después de la muerte.

Cuando una persona dispone que sus despojos sean entregados a un instituto de investigaciones, dona la córnea para un banco de ojos, o establece que puede hacerse sobre su cadáver la extracción de un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

órgano para trasplante, o bien que el entierro se hará en tal lugar, al lado de tal ser querido, en tal ataúd, o que se lo debe cremar o sepultar en la tierra, etc., ¿qué representa la declaración de voluntad? ¿Se la debe violar; se la puede violar; no tiene valor obligatorio; es solamente escuchada, o se la debe cumplir sin hesitación? Aquella persona ejerce un poder jurídico de la misma manera que cuando el testador dicta sus disposiciones patrimoniales de última voluntad. Siempre que la decisión no atente contra otros principios superiores, es innegable la vigencia, la necesidad del respeto. El orden privado está llamado a darle ubicación, curso y regla. Se realiza un acto unilateral, revocable, pero que representa el ejercicio de un derecho subjetivo personalísimo, por cuanto se trata del destino del cuerpo post mortem. Al tiempo de la declaración de voluntad, la persona existe, es, y ella dispone para el futuro sobre su cuerpo, que es algo sobre lo que puede disponer y la ley debe respetar.

De ese modo, ¿qué se gana?: reafirmar la soberanía individual sobre nosotros mismos; tranquilizar las inquietudes más íntimas y personales; proyectar la esfera de poderes hasta las última consecuencias de nuestro paso por la vida, y permitir decisiones que puedan ser útiles para los sobrevivientes, y ordenadoras de muchos aspectos y posibles conflictos. ¿Y con el criterio contrario, es decir, descartando la vigencia del deseo final?: nada se gana, pues la sociedad no está interesada en muchas minucias propias del individuo y cuya decisión no atenta contra los intereses generales. En cambio, se perdería la confianza del hombre sobre su propia proyección; se le quitaría una facultad legítima.

Cuando la persona muere sin haber dejado instrucciones, los allegados pueden establecer el lugar, forma y modo del entierro, el culto a la memoria, los epitafios, etc. Hay reglas administrativas que encarrilan las decisiones, ponen límites, pero no deciden por sí mismas ni quitan la facultad, así como las restricciones y límites al dominio no dejan sin efecto el ámbito positivo de la propiedad. ¿Qué son dichas decisiones dentro del ámbito de licitud? Bien dijo De Cupis que después de la muerte los parientes ejercen un poder que no se identifica con el derecho de la personalidad, pero que es un reflejo de aquella tutela(114)(1591). Y ese poder también se manifiesta como derecho desde que, quienes lo ejercitan, pueden defenderse contra intromisiones de terceros, aún del Estado cuando se excede; impedir que se lo obstaculice o que se pretenda torcer la voluntad del difunto.

No es que la voluntad sea únicamente «escuchada», como se escucha un discurso o una sinfonía; es plenamente amparada por la costumbre y por la ley. Es una voluntad activa que impone sus dictados.

Entre ambas soluciones, aquella que no sólo sostiene la existencia de un derecho privado y aquella que íntegramente se apoya en la regulación publicística, hay un elemento común de conservar el cadáver dentro de la órbita jurídica. Y en esa órbita se deben reconocer el encuentro de los dos tipos de intereses privado y público. El primero existe pero está limitado por el segundo; le debe su vigencia y respaldo al ordenamiento, porque se trata de una realidad que proviene de las costumbres (art. 17

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del Cód. Civil, texto modificado por la ley 17711).

Nuestra legislación, como en toda esta materia, tiene serias lagunas. Sólo normas de derecho administrativo, en particular comunal, sobre sepulcros, custodia de cadáveres, inhumaciones y aspectos registrales. Acerca de estos últimos, el decreto - ley 8204/63 tiene algunas importantes. Requiere licencia de inhumación que deberá exigir el encargado de los cementerios para autorizarla (art. 59); no establece plazos máximos y mínimos pero la anterior ley local del distrito federal los preveía (art. 59, ley 14586), mandando que no se hicieran antes de las 12 horas y después de las 36 de la muerte salvo que otra cosa se dispusiera por la autoridad competente. Si la muerte estuviera relacionada con un delito, lo que surge del informe médico u otras circunstancias, debe darse aviso a la autoridad judicial o policial del lugar, la cual, efectuadas las diligencias del caso, en particular la autopsia, permitirá el entierro (art. 61). Cuando el fallecimiento afecte el estado sanitario, la autoridad puede verse necesitada de acortar el plazo de 12 horas. Esos términos son los que a mi parecer rigen, porque el decreto - ley citado nada dispone y solamente derogó aquellas normas que se opongan a las por el estatuidas. Luego, las reglamentaciones locales, como la ley 14586, tienen vigencia acerca de los plazos de inhumación.

El Código Civil, salvo la repercusión de la muerte y su prueba (arts. 103 y ss.), sólo se refiere en el 2551 a que no son tesoros los objetos que se encuentren en los sepulcros, o en los lugares públicos destinados a la sepultura de los muertos. Tan sensible vacío provocó conflictos y fallos que han ido sentando jurisprudencia. Quedaron fijados así los siguientes principios: 1) los sepulcros son susceptibles de transmisión por causa de muerte; 2) de venta, pues la ley 4128 al declarar la inejecutabilidad, permite la ejecución cuando se trata del precio de compra. (lo mismo el art. 219, inc. 2º y el 535 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nac.); 3) de reivindicación; 4) protección posesoria; 5) prescripción adquisitiva; 6) embargo, en el caso dicho; 7) de los demás actos que no desnaturalicen la naturaleza y destino de los sepulcros(115)(1592).

Con respecto al cadáver, la voluntad del causante es decisiva para establecer las condiciones de su inhumación, y en su ausencia, el derecho corresponde al cónyuge viudo; derecho que no es absoluto sino preferencial y caducable, y que no comprende la facultad de disponer la cremación - incineración - de los restos. Además, ese derecho de la cónyuge en el caso, puede modificarse por causas graves, como cuando cometió homicidio en la persona del muerto. Remarcando la no comercialidad se ha establecido que no pueden los despojos ser objeto de un interdicto posesorio. Todos ellos son problemas que, como se señaló por un tribunal, si bien no están legislados no escapan a la competencia de los jueces, en razón de la obligación que estatuye el art. 15 del Código Civil. El principio que gobierna es el de la voluntad del causante, y es indiscutible el derecho de disponer el destino ulterior de los restos mortales voluntad que prevalece sobre la del viudo o los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

parientes, y aún contra sus creencias o deseos(116)(1593).

Sobre la incineración de los restos dispuesta por el causante, único caso aceptable el canon 1203 del Código de Derecho Canónico, la prohíbe en el 2º párrafo. Se consideró ilícita la expresión de la voluntad y exige que se la tenga por no escrita. En el 1º párrafo, la reprueba. Sin embargo, para el derecho se ha considerado que la cremación de cadáveres no es ilícita y no está prohibida por la ley, la que puede manifestarse por escrito o declaración ante el director del crematorio(117)(1594). Fue la solución adoptada por el juez Dr. Noé Quiroga Olmos, el 25 de julio de 1961, en autos «Folgueros de Martínez M. .A. s/sucesión», en el cual los herederos se oponían por motivos religiosos. Ahora bien ¿ese derecho jurisprudencialmente reconocido de qué tipo es si no personalísimo?

La falta de regulación quiso componerse con el Proyecto de Reformas de 1936. El art. 1974 estatuye: «toda persona podrá disponer por testamento, o por otros escritos firmados, el modo y circunstancias en que se cumplirán sus exequias. Podrá también ordenar se destine un sepulcro para su cuerpo y los de su familia». El Anteproyecto de 1954 lo imita (art. 741). Hay un acierto que debe señalarse y una restricción equivocada. No se exige en la norma la forma testamentaria, basta con la manifestación escrita de la voluntad. Eso está bien, porque el régimen debe liberarse del formulismo de la transmisión hereditaria, sin perjuicio de que el interesado ejercite por aquella vía el derecho personalísimo sobre el cadáver. No ha de negarse la independencia de tal derecho con respecto al patrimonio y su transmisión, porque sólo puede realizarse post mortem. Existe y el Proyecto vino a reconocerlo cuando acepta que se ejercite por cualquier escrito firmado. Lástima que el precepto haya sido ubicado en la sección 2ª, sobre la transmisión por causa de muerte, título IV: «régimen especial de los sepulcros»(118)(1595).

El error restrictivo es que sólo se refiere a las exequias, o sea, funerales. Ya se ha visto que la persona puede dar otros destinos al cadáver, e inclusive disponer la cremación que nuestra jurisprudencia ha aceptado. Hay una obligación jurídica que se debe cumplir, emana del propio finado y excluye el derecho de los parientes sobre el destino del cadáver. Más inmoral que toda otra cosa sería no respetar la voluntad de los muertos, cuando ella no choca con los intereses sociales.

El derecho de los parientes, pues, también aceptado por la jurisprudencia y que él sí se limita a las exequias, tiene un presupuesto negativo: que no haya expresión de voluntad del difunto(119)(1596). Del mismo modo que se puede gobernar el destino de la imagen propia, de la correspondencia personal consintiendo o no la difusión y excluyendo la decisión de los parientes, se puede gobernar sobre el futuro cadáver propio. La ley española del 18 de febrero de 1950, al referirse a la autorización o conformidad del finado para separar piezas anatómicas del cadáver a fin de realizar injertos, dispuso que debe efectuarse por acto o documento auténtico. No exigió la forma testamentaria(120)(1597). También, la casación italiana apoyó la libertad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de formas, e inclusive consideró innecesaria la declaración escrita. Solo para un tipo de determinación la ley de ese país requiere la forma solemne de los testamentos: la cremación, porque ella es lícita pero en el ámbito de nuestra sociedad con relación a los sentimientos religiosos excepcional y grave. Aún más, se hizo valer la expresión tácita de la voluntad, cuando el causante ha fundado un sepulcro para los restos de la familia(121)(1598). También sería admisible la disposición indirecta, cuando se nombre a una persona puede ser o no por testamento), para que decida sobre el destino del cadáver propio.

El anteproyecto brasileño de Gómes es más amplio que nuestro Proyecto de la Comisión de Reformas. Se establece en aquél la licitud del «acto por el cual una persona dispone gratuitamente de su propio cuerpo, en todo o en parte para después de su muerte", y que ese acto puede ser revocado en todo tiempo cualquiera sea su causa (art. 31 y párrafo único) . Aparte, se prevé el derecho de los deudos para decidir la sepultura (art. 32).

En suma: hay un derecho personalísimo sobre cosa futura con respecto al propio cadáver, limitado por los intereses públicos; ese derecho cuando se ejercita excluye el de los parientes, no requiere la manifestación por acto solemne testamentario, es unilateral y revocable, y sólo se admite cuando no depende de contraprestaciones en dinero, es decir, cuando no es oneroso.

3° Trasplantes y cortes de partes del cadáver.

Quienes han negado las conclusiones precedentes, se han visto en la necesidad de incurrir en contradicción. Orgaz termina por aceptar excepcionalmente que, por voluntad del difunto, el cadáver tenga destino diferente al del sepulcro, y pueda ser entregado a institutos científicos con fines de estudio y enseñanza. En ese caso es una cosa y puede ser objeto de actos jurídicos, con los límites impuestos por la moral y buenas costumbres(122)(1599).

No cabe duda que es posible la cesión unilateral, gratuita, de última voluntad y revocable. Tal sería un legado a una facultad o instituto. Así lo hizo Bentham, según cuenta Couture, para servir a la ciencia y a sus conciudadanos(123)(1600). Si ello no fue previsto por el fallecido, los herederos y el albacea no lo pueden disponer. Los cadáveres que quedaron abandonados entre nosotros, pertenecen a la municipalidad, que los gira a las facultades y a los museos. Con respecto a sus partes, si se admite al finado disponer lo más debe admitírsele lo menos. Las leyes francesa del 7 de julio de 1949 e italiana del 3 de abril de 1957. N° 235, autorizan la extracción de la córnea de los ojos de los cadáveres, en la medida en que lo haya previsto el muerto en su testamento, y el retiro y trasplante de una parte por objeto terapéutico en el cuerpo del viviente. La ya citada española de 1950, se limita a establecer como condición la conformidad del difunto, manifestada en vida, o la no oposición de familiares con quienes conviviese: art. 1°: Los establecimientos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hospitalarios que a juicio del Ministerio de la Gobernación cuenten con los elementos necesarios, serán incluidos por aquél como únicos centros donde se puede obtener, preparar y utilizar para injertos y trasplantes, tejidos y órganos, como huesos, cartílagos, piel y ojos procedentes de cadáveres; art 2º: Los médicos directores podrán autorizarlo, en caso de muerte natural, "siempre que el finado hubiese manifestado en vida, por documento auténtico, su conformidad, o no haya oposición de familiares con quienes conviviese"; art. 3º: Son requisitos: 1) que la defunción haya sido constatada por dos médicos, uno de ellos de la última enfermedad; 2) que la muerte esté probada por los métodos científicos de la Escuela de Medicina Legal...

Es álgido el problema de ese segundo requisito de la ley española. El 4 de diciembre de 1967 se efectuó en Sudáfrica, Hospital Groote Schuur de Ciudad del Cabo, el primer trasplante de corazón con resultado inmediato exitoso. Louis Washkansky, un comerciante de 55 años, recibió el órgano de una joven de 25, Denise Ann Darvall, que acababa de morir en un accidente. El injertado se internó debido a una grave dolencia cardíaca, con la vida en un hilo y contada. Prestó su consentimiento para la operación y los médicos esperaron la oportunidad. La familia de la donante sufrió el accidente automovilístico en donde la cónyuge murió al instante y, la hija, Denise Ann, fue llevada al hospital en gravísimo estado. El padre, que había resultado ileso, dio la autorización para que el médico jefe, Cristian Barnard, le extrajera el corazón no bien expirara. También aceptó que se utilizaran los riñones para un niño internado en otro hospital. Intervino un equipo de 30 médicos y enfermeras.

Ese tipo de operaciones se ha extendido como una ola por todo el mundo. Entre nosotros tuvo éxito efímero la que realizara el Dr. Bellizi y su equipo en junio de 1968. Hay tres aspectos fundamentales que imponen las mayores precauciones: 1) la determinación del estado de muerte del dador; 2) el problema inmunológico, y 3) que no se ha sobrepasado aún la etapa experimental. El segundo y el tercero son transitorios, y no cabe duda que habrán de superarse. El primero indica la necesidad de definir médicamente lo que se entiende por fallecimiento o expiración. La Asamblea Médica Mundial, celebrada en Australia con 150 médicos de 63 países, aprobó el 9 de agosto de 1968 un Código para trasplantes que establece que dos médicos deben certificar la muerte del donante, para lo cual se aprobó una declaración de muerte dando una orientación aunque sin definirla. La muerte sería, pues, un proceso gradual que depende de la variable capacidad de los tejidos para vivir sin oxígeno, pero el interés no radica en la preservación de células aisladas. La circunstancia de la muerte de distintas células y órganos es tan importante como la certidumbre de que el proceso se ha convertido en irreversible, cualesquiera sean las técnicas de resucitación que se empleen. La declaración de la muerte "se basará en el juicio clínico, complementado de ser necesario por dispositivos de diagnóstico, de los cuales el electroencefalógrafo para medir las ondas cerebrales es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

actualmente el más útil. Sin embargo, ningún criterio tecnológico por sí solo es completamente satisfactorio en el estado actual de la medicina, ni puede ningún procedimiento tecnológico ser sustituto del juicio general del médico"(124)(1601).

Entre nosotros, la cuestión también empezó a repercutir y a provocar reuniones y declaraciones. En una mesa redonda en la que intervinieron representantes de las Sociedades de Cardiología, Cirugía Torácica y Vascular, de los Cirujanos, de Anestesiología, Medicina Legal, Cirugía de Buenos Aires, con participación del presidente del Colegio de Abogados de Buenos Aires, profesores titulares de cirugía, un miembro del Instituto de Investigaciones Médicas y delegados del Arzobispado, de la Iglesia Protestante y del Rabinato, se llegó a las siguientes conclusiones: una vez certificada la muerte es permitida la extracción, previa autorización de los deudos o los representantes del dador, teniendo en cuenta con prioridad, la voluntad presunta o expresa del difunto; la muerte se considera tal cuando ocurrida la cerebral, el mantenimiento de las funciones cardiorrespiratorias por asistencia mecánica resulta ineficaz. En casos de fallecimiento por traumatismo encefalocraneano o accidente agudo de los vasos cerebrales, la muerte cerebral se determina cuando, a pesar de la pérdida del conocimiento, dilatación pupilar bilateral, falta de espontánea respiración y electroencefalograma llamado "chato" no llega oxígeno al cerebro en un lapso no menor de 15 minutos. La certificación debe provenir de una junta médica ajena al equipo de trasplante. Con respecto a quien recibe la víscera, sólo debe ser operado si el tratamiento médico o instrumental ha fracasado y el fin se prevé para un corto plazo. Debe realizarse un estudio sobre las compatibilidades y disponerse de facilidades de ambiente, orden técnico e instrumental. El paciente debe ser estudiado psicológica y espiritualmente, y conviene ponerlo en conocimiento de que será operado. También una junta médica diferente al equipo de trasplante y a la que determina la muerte del dador, debe indicar la intervención, pero no un médico individualmente. Ni legal ni religiosamente se producen implicancias sobre el operado que vive con un corazón ajeno. Se considera que debe estudiarse la modificación de la ley(125)(1602).

En cambio, otro grupo reunido por mediación de la Secretaría de Estado de Salud Pública - resolución N° 2449 - , compuesto por miembros de asociaciones médicas, el Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas y las Academias Nacionales de Ciencias Exactas y de Medicina, consideró innecesaria una legislación especial al respecto, porque bastaría el estricto cumplimiento de las normas deontológicas y éticas existentes. En general se dijo que debe definirse el concepto de muerte clínica del dador "y perfeccionar su diagnóstico para que la extracción del órgano se realice con la necesaria prontitud que asegure su viabilidad"; en ese aspecto la única comprobación que autoriza a suspender las medidas de reanimación, es la "cesación completa e irreversible de las funciones cerebrales". El diagnóstico de dicha muerte

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

clínica o cerebral, debe darlo un grupo médico independiente del quirúrgico; el donante debe ser joven y no haber tenido padecimientos generales o cardíacos; debe obtenerse el consentimiento de los familiares, "quienes serán informados previamente sobre estas circunstancias"; el trasplante sólo debe indicarse con conocimiento preciso de la afección cardíaca del injertado, por lesiones anatómicas irreversibles con expectativa de vida muy limitada, previa indicación de un grupo cardiológico independiente del operador, y consentimiento de aquél y sus familiares; se efectuará un estudio inmunológico, de compatibilidad sanguínea y hasta de histocompatibilidad; debe evitarse publicaciones extramédicas sobre casos personales, consideradas violatorias del secreto profesional y sancionadas por la ley penal(126)(1603).

Ya se ha visto que la Academia de Derecho, con buenas razones, no compartió la prescindencia legislativa preconizada por el último de esos grupos. Por su parte, la de Medicina, sin referirse a ese punto crucial, propicia muchas de las soluciones expuestas. En particular, acerca de la muerte del dador da esta definición interesante: "es la cesación definitiva, total e irreversible del metabolismo celular y del intercambio iónico fisiológico"... "la muerte clínica es la cesación irreversible de un sistema o aparato vital, que en forma gradual y progresiva va abarcando el resto de los otros aparatos o sistemas y en los que resulta ineficaz la aplicación de medidas de reanimación"; deben valorarse los signos de silencio cardíaco, vasculares, el electrocardiograma y el electroencefalograma, lo que es indispensable comprobar pues puede ser una muerte aparente o la agonía, y su confusión comportaría la extirpación del corazón de una persona aún con vida". Termina así este párrafo: "la responsabilidad es, pues, enorme, y en ella, juega la ciencia y conciencia del cirujano". Propicia también el cabal conocimiento del operador o los familiares sobre el riesgo y el estado posterior al trasplante, debiendo aquéllos firmar la aceptación con esos detalles expuestos(127)(1604).

No cabe duda de que el Estado no puede desentenderse y le corresponde establecer las bases jurídicas generales para asegurar el cumplimiento de los recaudos esenciales y el derecho de las personas. Como bien ha expresado la Academia de Derecho, las normas deontológicas y éticas existentes, y aún, agrego, las que existan en el futuro, pueden no ser suficientes para que aquel derecho y el de la sociedad quede protegido. Sin embargo, la ley tampoco debe invadir los conocimientos científicos. De ahí que la muerte del dador salvo establecer las exigencias generales para que se constate en debida forma, no corresponde que sea definida legalmente. Creo que la manera más adecuada para este tipo de trasplante del corazón o de otro órgano vital, que se efectúa de un individuo recién expirado a otro, es estatuir que la muerte debe ser diagnosticada y certificada por una junta de tres médicos diversos de aquellos que se disponen a actuar en la operación. Por lo demás, con respecto al consentimiento y conocimiento de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interesados, también debe ser materia jurídicamente regulada. así como la necesidad de una revisión por otra junta de tres médicos, vinculados con organismos estatales, a efectuar sobre el beneficiario para diagnosticar sobre la necesidad y éxito probable.

Pasada la etapa experimental que vive la humanidad los resortes de vigilancia y control podrían irse modificando para dejar subsistentes algunos puntos que no dependen de los progresos médicos: el consentimiento o, más bien, autorización del dador y del receptor o los representantes y, en su caso, los parientes; el conocimiento de lo que ocurrirá y de los riesgos; la certificación médica sobre la muerte natural del primero y la necesidad de reemplazar el órgano del segundo.

4° Disposición sobre cadáveres ajenos.

Este asunto ya casi nada tiene que ver con los derechos personalísimos, porque el cuerpo se ha convertido en una cosa y sólo se trata de establecer su destino o reposo final. El proyecto de 1936 lo resolvió determinando las personas a quienes se les concede facultades, en el art. 1979: "no habiendo disposiciones del causante, relativas a su cadáver, las adoptará el cónyuge supérstite si lo hubiere, y, en su defecto, los descendientes y ascendientes por el orden en que son llamados a la sucesión. Podrá modificarse este principio si concurriesen motivos especiales, que apreciará el juez". Los proyectistas señalaron que seguían las reglas del Anteproyecto de Babiloni, con algunas modificaciones, las cuales responden a la necesidad de prevenir conflictos cuya solución ofrece dificultades por falta de normas adecuadas(128)(1605). Considero que el precepto no merece reparos porque, pese a vincular el caso a los efectos hereditarios, no es rígido y permite soluciones excepcionales. Hay quien se opone a dicha conexión con las sucesiones, pues se trata de relaciones de familia y no de una cualidad hereditaria; un poder decisorio como reflejo o proyección de la tutela jurídica personal, pero no patrimonial. Deben buscarse las personas en las cuales el sentimiento pietario es mayor(129)(1606). Creo, sin embargo, que tal es precisamente el caso de los herederos llamados por la ley o el testador, ya que se supone que una u otro tuvieron por mira beneficiar a los parientes y amigos más cercanos y queridos, quienes están verdaderamente atados por lazos de afecto con el causante. Es la solución del Anteproyecto de Gómez, el cual establece que el lugar de la sepultura, su remoción, autopsia y cualesquiera "providencias" sobre los despojos, serán "decididos por el cónyuge sobreviviente, o, a falta de éste, por los parientes, conforme al orden de la vocación hereditaria" (art. 32).

Dicho orden es la guía segura para establecer el mejor resguardo de los intereses morales y familiares que están en juego. El proyecto de la comisión con buena puntería hace, no obstante, posible la excepción que permita decidir judicialmente otra cosa, pese a que no existan causales de desheredación o indignidad sucesoria contra los herederos. El

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

magistrado podrá apreciar si algún pariente, por razones especiales o por la tacha moral de otros, debe tener preferencia para ocuparse del cadáver o concurrir a su custodia.

Muy a pesar del vacío positivo ya señalado por los proyectistas del 36, los conflictos se producen y los jueces se ven llamados a intervenir para encauzar las soluciones. Hace poco se dictó una sentencia de la Sala Tercera de la Cámara Primera de Apelaciones de La Plata, que debió buscar la salida frente a la ausencia de normas reglamentarias, con motivo de la discusión de dos hermanos sobre el derecho a intervenir en la custodia de un cadáver del ser querido. El Dr. Bravo Almonacid hizo hincapié en la necesidad de juzgar pese a la laguna legislativa, dejando sentado que los jueces están autorizados para reconocer derechos en aquellos casos cuando ellos reposan en los principios generales del derecho (art. 16 del Cód. Civil). Consideró que el culto a los muertos es un hecho jurídicamente tutelado y que el interés que con relación al mismo de modo concreto traduzca un individuo, no puede quedar en los límites de su efectiva realización sin protección normativa. Se decidió que aquella custodia de los restos, "corresponde por igual a quienes racional y objetivamente se encuentran en el mismo grado de afecto", lo que en un orden normal puede identificarse con los distintos grados de parentesco y "los parientes de menor grado con el muerto, excluyen de tal derecho a los de grado más remoto; de donde es necesario aceptar que es compartido por igual, por los de igual grado (doctrina del art. 2546 del Cód. Civil)(130)(1607).

Claro está que aquí el poder jurídico subjetivo tiene límites y es estrecho. Se dirige, únicamente, a conformar un sentimiento de piedad sobre el difunto, establecer todo lo relacionado con el reposo de sus restos y a perpetuar su memoria. Los terceros y parientes no podrán, pues, disponer que se hagan experimentos científicos, estudios anatómicos, la cremación o incineración, que se efectúen actos anormales. Solo en casos de trasplante como los estudiados, cuando se da la circunstancia de que no es posible obtener la conformidad en vida del dador, aquéllos pueden prestarla. Pero entonces la muerte aún no se ha producido, o bien se trata de una respetuosa intervención que tiende a preservar concretamente la vida de otra persona. El consentimiento prestado con esos fines altruistas, la discreción y el respeto debidos sin publicaciones escandalosas, sólo importará distraer un breve lapso el destino sepulcral que corresponde.

Los sobrevivientes no sólo tienen poder para decidir en los casos señalados, sino que pueden impedir que se dé otro destino no querido al cadáver. He ahí la manifestación más palpable del derecho subjetivo pertinente. Tienen el poder jurídico de no permitir actos contrarios a los previstos y obligar a que se respeten las disposiciones del muerto o las propias en su caso. En la hipótesis de que aquél hubiera determinado un destino anormal, como el estudio científico, donación de partes, cremación, etc., ellos a su vez deben respetarlo y algún otro pariente de los no herederos o excluidos podría exigirlo. Pero si ello no ocurre,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pueden impedir y deben hacerlo porque su obligación es preservar los usos y costumbres corrientes sobre sepultura y custodia de cadáveres. Una destinación anormal requerida por intereses generales es irrealizable sin orden del causante. Ello, salvo los casos de autopsia por exigencia judicial en la averiguación de delitos.

En algunos casos puede darse la excepción. Cuando se trata de momias históricas, restos antiguos, esqueletos o calaveras abandonados, piezas anatómicas de estudio y giradas a los institutos de enseñanza y experimentación, sufre un vuelco la naturaleza del cadáver. Se configura un elemento que modifica la condición natural de los restos. Fundamentalmente, la independencia total con la persona del finado, la ausencia de identificación y la pérdida de la memoria y de las dignidades, que impelen colocar a los cadáveres en la esfera jurídica extra commercium. Se admiten, en ese caso, el negocio con contraprestación pecuniaria, los destinos diversos que pueden darse a las cosas y la plasmación del derecho de propiedad con muchas de sus amplias facultades. Siempre y cuando no haya culto a esos despojos actualizado por parientes que lo mantienen, por la identificación de la persona, o sostenido por la proximidad temporal de la muerte. Para que ello ocurra, debe existir un olvido total de los vínculos aproximativos una despersonalización definitiva en consideración al recuerdo y una verdadera entrada en la tierra de nadie por acción del anónimo y del tiempo, circunstancias de abandono o como consecuencia de la disposición del finado filantrópica y destinada a desatar los lazos afectivos. ¿Quién podría proteger con fundamento las cenizas volátiles después de la cremación exigida por el muerto?, ¿o la calavera de quien ha donado la cabeza a un instituto de disección anatómica? El manipuleo de esas piezas las hacen pasar al llano de las no identificadas. Y, así adquieren nueva condición dominical y mobiliaria diversa de su origen.

CAPÍTULO VI - LA LIBERTAD

1º) Importancia y amplitud del concepto.

Todo análisis de la libertad debiera tener en su portada esta estrofa de la canción de Lope de Vega:

"Oh libertad preciosa,
no comparada al oro,
ni al bien mayor de la espaciosa tierra!
Más rica y más gozosa que el precioso
tesoro que el mar del sur entre su nácar cierra;
con armas, sangre y guerra,
con las vidas y famas,
conquistado en el mundo;
Paz dulce, amor profundo,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que el mal apartas y a tu bien nos llamas.
En ti sola se anida
oro, tesoro, paz, bien, gloria y vida".

No hay nada más inmenso que la autodeterminación responsable. Es parte primera de la naturaleza humana que debió conservarse, asegurarse y reconquistarse a fuerza de luchas y de clamores; que el hombre trajo al mundo con el soplo mismo de la existencia, diferenciándose así de las fuerzas ciegas, de las predeterminaciones físicas, de la semi - inconsciencia animal, de los simples efectos causados.

El hombre es libertad o no es.

Así como es cuerpo y es sexo, es libre por su compositum microcósmico, por el espíritu racional y el sentido teleológico. Y he aquí, tal como acontece con aquellos conceptos abstractos y puros, las proposiciones elementales y amplias base de todo lo demás que resulta sumamente difícil encerrar en unas palabras explicativas a la libertad. Quizá sea tan difícil como definir el espíritu y el yo. Porque es una palabra que, según ha dicho un poeta (Paul Valéry), tiene más valor que sentido.

Montesquieu, en el Espíritu de las leyes, pensó que no hay otra que haya recibido más significados diferentes y haya conmovido de tantas maneras. Unos la tomaron por la facilidad de deponer a aquellos a quienes habían dado un poder tiránico; otros, por la facultad de elegir a aquel a quien debían obedecer; estos otros, por el derecho de armarse y ejercer la violencia; aquéllos, por el privilegio de ser gobernados sólo por un hombre de su nación, o por sus propias leyes. Cierta gente tomó largo tiempo la libertad por la costumbre de llevar una larga barba. Otros unieron este nombre a una forma de gobierno y excluyeron las otras, en fin, como en las democracias, el pueblo parece hacer más o menos lo que quiere, se puso a la libertad en esa clase de gobierno; y se confundió al poder del pueblo con la libertad del pueblo(131)(1608).

Dejando aparte las ideas políticas, creo que está bien afirmar que el hombre es libre cuando no tiene trabas que le impidan hacer lo que corresponde a su naturaleza humana en la medida en que no menoscabe a los otros. Se trata de una disposición natural, madurada por la historia, garantizada por el orden de la comunidad, tarea y obra de cada uno(132)(1609).

Es cierto que el concepto es difícil. Pero en el sentido que aquí preocupa esa posición negativa tradicional, es decir, determinando las posibilidades humanas propias como aquel terreno de lo permitido, o sea de lo no prohibido, me parece que es lo que más se acerca a los propósitos de esta obra. Las diversas significaciones del vocablo hacen viable dicho sentido que, no solamente tiene una faz pasiva: poder hacer todo lo que no está impedido legalmente, el "Omnes legum servi sumus ut liberi esso possimus" de Cicerón (o derecho de hacer lo que las leyes permitan), sino que, por el anverso, es ampliamente positivo porque

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comienza con un "poder hacer". Ausencia de impedimentos, coacción, trabas, como substrato natural por donde se talla a escoplo y martillo la figura jurídica de la libertad. Poder que entraña un derecho subjetivo.

Es interesante el esfuerzo filosófico de quienes han buseado un concepto exclusivamente positivo, como Kant explicado por García Morente o Cossio en la Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad(133)(1610). Se ha dicho que la proclamación del derecho a la libertad puede ser tanto la suma de las reivindicaciones obtenidas como la codificación de las restricciones en uso, y que los imperativos jurídicos tienen por objeto asegurar las posibilidades de conducta que no excluyen o prohíben.

Ahora bien, el multívoco término en la faz personal es la concreción más lata y excelsa. El ordenamiento guarda para la persona una esfera propia de libertad acorde con su naturaleza. Esa esfera es lo que se ha llamado "el derecho a la libertad". No es, este derecho cada una de aquellas posibilidades individuales en íntima expresión, ni el ámbito total de todas ellas, como si se dijera que se lo puede identificar con el acto de fumar una pipa, sentarse, vestir de negro, mirar la luna, etc., o con el conjunto infinito de todos esos actos permitidos. Sino que se revela cuando el orden jurídico impide los impedimentos a cualquiera de dichas acciones. Son conductas que jurídicamente irrelevantes, se encuentran protegidas por la obligación universal negativa que puede hacerse cumplir si alguien las viola y las interfiere. Dicha interferencia ataca la esfera de libertad y la protección legal a esa esfera que le corresponde promover a la persona, revela un derecho personalísimo. Por eso se extiende a todo el campo de lo permitido como derecho de actuar, querer, pensar y sentir libremente. El derecho se dirige no ya sobre cada una o todas las actividades internas de la esfera, sino sobre una protección indiscriminada y general que se muestra en actos, omisiones y conductas jurídicamente tutelados.

Ciertos derechos fundados en la naturaleza del hombre, en su calidad de persona, y que, en consecuencia, representan tanto deberes como exigencias, subsisten naturalmente aún cuando el valor que protegen haya dejado de ser sentido por el individuo. El derecho a la libertad es uno de ellos. El individuo no sólo puede sino que debe hacerlo valer y no porque tenga grandes dones u ocupe una alta posición social o porque sea de temperamento activo, sino por el hecho de que es un ser humano. Ese derecho no se extingue aún cuando el hombre se vuelva indiferente respecto de los contenidos de la libertad: sigue siéndole impuesto como un deber y testimonia contra él(134)(1611).

La amplitud apuntada dificulta el estudio detallado. Es mi propósito evitar el examen de los aspectos públicos y dejar de lado los órdenes penal, administrativo y constitucional. Me referiré preferentemente al campo privado, donde plasman de modo palpable los actos y conductas altamente reveladores del derecho subjetivo. Ha de estudiarse, por ende la situación en que se coloca un particular frente a los otros particulares, evitando lo que se enlaza con el régimen penal y el enfrentamiento con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los poderes públicos. Pero debe remarcarse que la variada gama de reflejos civiles, políticos y criminológicos, están insuflados de un principio constitucional de primer orden, sólida base en donde asienta el disímil y complejo edificio jurídico. Se expresa con las palabras aquellas de nuestra Constitución Nacional: nadie "será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe" (art. 19) . El art. 53 del Cód. Civil hace en esa corriente una definición de la libertad civil.

Todavía más. Las manifestaciones de este derecho pueden dividirse en dos tipos. En el primero los actos en sí carecen de trascendencia jurídica, pero si son impedidos arbitrariamente el derecho tutela la libertad de ejecutarlos. Así, los ya mencionados de mirar la luna acostarse a dormir o asomarse a la ventana. En sí son indiferentes porque la norma los ignora y se consideran supuestos, sin embargo, la prueba de que corresponden a la libertad como derecho surge de que quien fuera obstaculizado podría pedir, o exigir más bien la defensa del poder público para gozar de la libertad de ejecutarlos. Están pues, de un modo negativo general, jurídicamente protegidos.

Otras manifestaciones, en cambio, tienen una incidencia jurídica inmediata Tal como la libertad contractual, matrimonial, laboral, de testar, etc. Ellas trascienden el mero hecho, sean o no impedidas. Y, por supuesto, gozan de idéntica tutela.

De dichas manifestaciones me parece suficiente recalcar en aquellas que comprenden los actos de disposición de la libertad propia. En especial cuando el orden civil tiene previsiones de preservación y resguardo. Dejo, pues, muchas que atañen a variadísimos aspectos, como la libertad de conciencia, de expresión y difusión de las ideas o de prensa, de movimiento y locomoción, de negociar (contractual y de trabajo), de hacer o no hacer, de casarse, de disponer por última voluntad, de residencia o domicilio, de enseñar y aprender, etc. A ellas las tocaré únicamente si a la vez implican un acto dispositivo del propio sujeto, ya que, lo que me parece más cerca y propio del derecho personalísimo, son las decisiones del sujeto que amplían o menoscaban su libertad.

2° Los actos de disposición del derecho a la libertad.

Como principio debe repetirse que, tratándose de un derecho personalísimo, es indisponible o, con más exactitud, radicalmente indisponible. Sólo en mínima medida y en casos aislados puede la persona enajenar su libertad, sujetarse fuera de los casos en que la ley lo sujeta. La libertad tiene duración, subsiste a la par de la vida, está en el tiempo. Por ello, al aplicar ese principio de la indisponibilidad relativa, ha de descartarse la supresión permanente o perpetua, ad vitam, aún por acto del individuo que la goza.

Es este un dogma hoy día indiscutido, equitativo y saludable pero que tuvo sus altibajos en la historia. El conflicto radica en la circunstancia de que el acto podría verse como un modo de mostrar o expresar la propia libertad. El hombre que por voluntad suya se convierte en vasallo, que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vende o se obliga a permanecer encarcelado, efectúa un acto que aparece como la expresión máxima de una libre autodeterminación. En general antiguamente esos pactos tenían vigencia, se estilaban. El del echo musulmán, en cambio, prescribía que el hombre libre no podía renunciar a su libertad y venderse como esclavo.(135)(1612)

Por supuesto que esas opiniones ya lejanas en el tiempo han sido superadas. La libertad de obligarse es, no cabe duda, una suprema expresión del poder sobre sí mismo. Produce la restricción al arbitrio individual. Es una antinomia. Pero así como debe encuadrarse con límites en el tiempo y de acuerdo a un criterio de razonabilidad, no es admisible que los pactos dependan de la sola persistencia de la voluntad o el interés en mantenerlos, porque, se despojaría a la persona humana de uno de sus más importantes y productivos atributos, la libertad de obligar la propia persona debe tener vigencia so pena de romper con otro dogma jurídico fundamental para la paz colectiva: la seguridad y la fuerza de la palabra empeñada. Sólo que esta libertad tiene, repito, sus fronteras. No puede ser absoluta ni radical. Admitir que el individuo contraiga cualquier clase de vínculo sobre sus derechos esenciales y luego defender la atadura blandiendo el concepto de seguridad, es desconocer el carácter central de esos derechos y colocarlos en el dominio de la voluntad absoluta pese a que se fundan en la naturaleza humana. Aquí juega el principio de razonabilidad, el cual reduce el simple arbitrio personal. Dicha condición debe existir in actu. Aparte de ese requisito subjetivo, no puede todo objeto ser susceptible de obligación, sino sólo aquellos que no se opongan al carácter absoluto de la persona, el fundamento del orden jurídico, la defensa de los fines propios de la naturaleza humana.

Por ello se ha considerado nulo el pacto en el cual una persona se da en servidumbre; el de la locación de servicios ad vitam, aceptándose que tenga vigencia por tiempo determinado o para obra cierta; la llamada "cláusula de concurrencia", por la cual un sujeto se obliga a no realizar cierta actividad o ejercer cierta profesión durante algún tiempo y en un lugar determinado, o bien, en todos los sitios y por toda la vida. Caso por caso hay que hacer el examen para ver si se suprime la posibilidad de desarrollar la naturaleza. Pero en general puede decirse que el tope basado en dicha razonabilidad está fijado en cierto espacio, un tiempo determinado y la extensión que comprende de la actividad del sujeto. Se ha dicho que, en las obligaciones de no hacer, sería válida la de no tocar el piano ciertas horas del día pero nula la de no tocar más en ningún lugar, o la de no tocar ningún instrumento(136)(1613). En ese sentido debe interpretarse el art. 910 del Código Civil, porque la constitución de un derecho especial, para restringir la libertad de alguien, sólo es legítima cuando no se desconoce la humana dignidad. Sienta, además, el principio rector de la nulidad de los actos que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia (art. 953). Principio que debe entenderse del modo expuesto, pues, como bien se ha observado toda obligación supone una cortapisa a la libertad, desde el momento que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligado se encuentra bajo la amenaza de sanción para el caso de que no cumpla. Sólo en ciertos ámbitos, como los ya expuestos, la libertad no puede ser restringida por pacto obligatorio(137)(1614).

Diversas aplicaciones se encuentran en el Código mismo. Así, por ejemplo, tutelando la libertad de movimientos o locomotriz, establece lo que ha denominado "las servidumbres de tránsito": "el propietario, usufructuario, o usuario de una herencia destituida de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otras heredades, tiene derecho para imponer a éstas la servidumbre de tránsito satisfaciendo el valor del terreno necesario para ella, y resarciendo todo otro perjuicio" (art. 3068). Tal servidumbre que puede nacer con el fin de obtener una salida para la explotación del fundo (art. 3069), se extiende a favor de los obreros, animales, carros, instrumentos de labranza (art. 3075). Es una servidumbre forzosa, impuesta por la ley, que tiende a evitar los encerramientos, resguarda la libertad de desplazamiento y de disfrute del dominio.

Muy cerca está la prohibición de las condiciones que importen habitar siempre en un lugar determinado (art. 531, inc. 1º). La ley, cuando la persona somete el vínculo negocial a una condición de ese tipo, declara sin efecto la obligación misma (art. 530). El principio se extiende a todo tipo de acto, inclusive, el de liberalidad y el testamentario (arts. 3608 y 3609). Se preserva la libertad de movimientos, una de cuyas expresiones radica en la fijación de la residencia, habitación y domicilio.

Por igual motivo está prohibido someter la "elección de domicilio a la voluntad de un tercero" (arts. 531, inc. 1º) . Los tribunales franceses debieron pronunciarse sobre la validez de donaciones y testamentos en los que el donante o testador imponía al donatario o beneficiario, como condición de la liberalidad, el deber de habitar siempre en una ciudad o casa determinada o bien, a la inversa la de no residir en ellas. Hay una presión psicológica en esos cargos que atenta contra la libre determinación, al poner en tela de subsistencia la liberalidad cuando no se cumple el cargo. Se los consideró justificados cuando se trataba de impedir el abandono de la mansión familiar o para evitar todo trato entre la familia legítima y la antigua amante. Fueron aceptados también si la eficacia estaba temporalmente limitada. Por ejemplo, si la obligación de residencia se extendía a 20 años(138)(1615).

Pienso que, frente a nuestro texto (art. 531, inc 1º), se hace difícil aceptar dichos matices de la jurisprudencia y doctrina francesa excepto el caso de una simple transitoriedad, porque la ley ha empleado la palabra "siempre" con un sentido claro y específico. De todas maneras, serán los jueces los encargados de analizar los casos que se presenten (art. 3609), guardándose de aceptar cargos o condiciones que impliquen destruir en parte la libertad.

Otra condición prohibida es la de "mudar o no mudar de religión" (art. 531 inc. 2º). Nadie puede disponer de su libertad en tal sentido, obligándose a mantener una creencia o modificar la existente. Tampoco es admisible que tal condición se estampe en un testamento o sea una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

modalidad del legado. La ilicitud se basa en que vulneran la libertad de conciencia.

Sobre la disponibilidad de los bienes como un aspecto de la libertad contractual, se han entretelado una serie de preceptos que, muchas veces, no consecretan armonía entre sí. El art. 1364 del Cód. Civil, estatuye que está "prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona alguna". Vale decir que, el contratante, no puede atarse por decisión propia, desnaturalizando en tal medida uno de los atributos principales de la propiedad que adquiere, y atacando así su libertad. Lo que concuerda con la veda del art. 2612, que se refiere a la obligación de no enajenar el inmueble que se tiene. El 2613, sin embargo, pone un límite a los testadores y donantes, que es de 10 años, y el 3781 parece más absoluto, ya que dispone que la cláusula de no enajenar debe tenerse por "no escrita" (por el art. 3608, habría, en cambio, que anular el acto).

El art. 911 sostiene la libertad de ejecutar un hecho, aunque éste sea perjudicial para quien lo ejecuta, salvo que se obre en contra de las leyes y no pueda recabarse la oportuna intervención de las autoridades.

Otro aspecto importante es el de la libertad sexual. Ante todo, su manifestación más destacada es el carácter personalísimo de la celebración del matrimonio que importa la disposición del cuerpo propio en miras de su consumación. El contrayente resuelve en forma exclusiva por acto de la voluntad, a que es un acto inherente a la persona y atañe a la determinación libre que el ordenamiento tutela. No existe ninguna posibilidad de que el estado matrimonial emane de actos ajenos, ni siquiera para cubrir las deficiencias probatorias, superar inacciones o suplir la incapacidad. El consentimiento del padre, si se trata de un menor, no es más que mera asistencia o asentimiento con el parecer ajeno, que no integra la voluntad de quien se casa(139)(1616). Esa libertad está amparada por la ley frente a los actos que pudieran coartarla. No es posible condicionar las obligaciones de tal manera que, las relaciones matrimoniales puedan verse afectadas por un negocio, liberalidad o testamento. Se prohíbe las condiciones de "casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo, o no casarse", la de "vivir célibe perpetua o temporalmente" o no casarse con "persona determinada, o divorciarse". (Art. 531, incs. 3° y 4° del Cód. Civil). El proyecto de reformas del 36, aún cuando mantuvo el precepto, aceptó la obligación "general de contraer matrimonio" (art. 166). Es precisamente la hipótesis que el Código de Vélez no menciona, por lo que parece atendible considerarla permitida, y puede el acto modal establecer el deber de que el beneficiario se case, aunque no ha de señalarse persona, lugar ni tiempo, so pena de que caiga el acto mismo(140)(1617).

Una vez celebrado el matrimonio, se produce una atadura que impide la expansión total del sexo. Ello prueba que la persona dispone en alguna medida de la libertad y el derecho consiguiente, ya que, el acto matrimonial lleva consigo una importante aunque relativa restricción, y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

produce, además, deberes que se traducen en la necesidad de aceptar y prestar el débito conyugal.

"Los esposos están obligados a guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro a proceder del mismo modo", dice la ley (art. 50, ley 2393). Resulta claro, por lo tanto, que el personalísimo y libre acto por el cual se elige al cónyuge y se contrae el matrimonio, acarrea una transformación en el ámbito de las libres relaciones sexuales. Durante la soltería, tanto el hombre como la mujer no tienen cortapisas legales para disponer sobre su propio sexo, y, aún unirse carnalmente. La libertad jurídica es plena, pudiendo usarse el sexo y permitir que otro lo use. Ello siempre que no se cometan actos que tipifica el derecho penal, ya sea por corrupción, ultraje, estupro, prostitución, abuso deshonesto, violación, escándalo a la moralidad pública, etc. Tampoco está permitido causar un agravio a la honra y fama, asunto que analizaré cuando trate el derecho al honor. Fuera de tales límites la libertad jurídica es plena, mucho más amplia que la religiosa. E inclusive se manifiesta decorosa y dignamente en la decisión de casarse con la persona que se quiera. Pero una vez producida la unión legal de la pareja dicha libertad se restringe, porque la norma impone la fidelidad, o sea, el deber de no unirse con otra persona, de guardar celosamente la fe y confianza mutuamente concedida. El lazo matrimonial produce, pues, un trascendente cambio, puesto que impone la relación monogámica con el cónyuge, prohíbe la expansión sexual de hecho con otras personas, y aún, obliga a la entrega mutua a no rehuir el abrazo sexual cuando cualquiera de los cónyuges lo solicite. En otras palabras la transformación se refleja de modo activo y pasivo, estableciéndose obligaciones de conducta positiva y de abstención. Dicha libertad por ende, queda alterada, y, en el futuro, debe moverse dentro de ese marco, el cual constituye un modo de limitarla, de regularla, poniéndole trabas a su instintiva expresión. Dentro de tales carriles poco es lo que guarda por esencia, pero podría decirse no obstante que en un aspecto subsiste, que es el de solicitar cuando se quiera la unión corporal con el cónyuge. La afectación, entonces, no es absoluta sino relativa, y renace plenamente la libertad cuando se disuelve el vínculo. Aparte del matrimonio, no es válida la obligación asumida de consentir el abrazo sexual al propio cuerpo o de ejecutarlo sobre personas indeterminadas o sobre una persona. Puede el soltero realizarlo, pero no obligarse convencionalmente para el futuro.

La ley se encarga de proyectar las sanciones por el incumplimiento al deber de fidelidad. La norma transcripta establece: "el que faltase a esta obligación puede ser demandado por el otro por acción de divorcio, sin perjuicio de la que le acuerde el Código Penal". Además, el art. 67 contempla las causales de adulterio, provocación a cometerlo e injurias graves (incs. 1º, 3º y 5º). Conocidas son las consecuencias hereditarias, sobre tenencia, alimentos, etc., cuando el divorcio se declara por culpa del cónyuge. De modo que la infidelidad está sancionada civil y penalmente, ya que acarrea la separación personal y los efectos de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

culpa del causante aparte de las penas propias del delito de adulterio(141)(1618). Es así como el matrimonio conlleva una renuncia parcial que no altera la esencia personal, pero que hace perder la plenitud de la potestad personalísima sexual. Un cónyuge concede al otro un poder o facultad sobre el propio cuerpo que coarta en parte la libertad, y adquiere un derecho sobre el del otro, lo que los ata y obliga recíprocamente. La ley no prevé una acción de cumplimiento, pues en esta materia nada puede hacerse forzosamente pero establece las consecuencias sancionatorias ya vistas y, aún, en caso de impotencia, la nulidad del matrimonio precisamente porque no resulta posible el cumplimiento y el ejercicio del derecho, y es natural y humano disolverlo confiriendo la libertad que renace.

Así como el matrimonio tiene tal incidencia, la separación sin rompimiento de vínculo también incide sobre dicha esfera individual, y modifica las imposiciones referidas al sexo y el ámbito propio de la autodeterminación. Con mayor razón hoy, en que rige la ley modificatoria 17711, la cual ha estatuido el divorcio por mutuo consentimiento (art. 67 bis de la ley 2393), ya que, bajo esa regla los cónyuges pueden decidir para el futuro la supresión del deber activo y pasivo referido. Modifican, pues, una faceta de dicha libertad al no quedar obligados al trato carnal por requerimiento marital. Disponen para el futuro. Es voluntad dispositiva porque dependen no de un juicio, sino de que convengan al juez que interviene. Dejo de lado las razones del legislador, por cierto que fructíferas si se tiene en cuenta que se evitan enojosas situaciones en el ámbito tribunalicio al permitir que la pareja no debata sus intimidades, pero no cabe duda que al faltar la expresión de causa y al convenirse entre ellos el sistema, aún cuando medie el juez se hace muchos más palpable el consenso decidido.

La capacidad matrimonial está expresamente fijada en la ley: 14 años para la mujer y 16 para el varón. En cambio, con respecto a las relaciones extramatrimoniales, nada se establece sobre dicha aptitud. La libertad sexual en este caso no está reglamentada. Como se trata del uso del cuerpo no cabe atenerse a la mayoría de edad, sino a las normas que regulan el estupro y el delito de corrupción, ya que, sobrepasada la edad en que la ley represiva prohíbe la unión pese al consentimiento por considerarse interesado el orden público, la libertad impera y, desde un punto de vista civil, es lícito el uso del cuerpo, siendo ineficaz e innecesario que intervenga el representante del menor. La ley concede la más grave: la posibilidad de elegir cónyuge y contraer matrimonio lo cual, como se ha visto, produce una irrevocable enajenación de la libertad sexual, luego debe pensarse que no existiendo delito, tampoco sobrepasada esa edad puede estimarse incapaz a la persona para actuar con su sexo(142)(1619). Debe tenerse presente en apoyo de estos argumentos, que la incapacidad sólo surge de la ley, y que no hay otras que las que ella establece; la regla es la capacidad. (Arts. 52 y 53 del Cód. Civil). Bien entendido de que con todo esto me refiero a la entrega y al uso espontáneo, porque es inválida cualquier

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligación negocial al respecto, inclusive el contrato de meretricio. También, cualquier pacto que desnaturalice las obligaciones matrimoniales, por atacarse a las buenas costumbres y a la libertad de las acciones y de la conducta (art. 953 del Cód. Civil). Stryk se refirió a los cónyuges que han hecho voto de continencia, y reconoció que es una indigna condición para un hombre, trayendo a recuerdo el ejemplo de San Casimiro que prefirió morir a tales angustias. Pero piensa que la mujer puede, sin el permiso del marido, hacer voto de no solicitar el tributo marital. Cita a Enrico Henríquez (Summa Theol. Mor.) para quien no puede hacer otro tanto el marido: "quia inferret grave onus uxori, quae ob nativum pudorem peter non solet". Piensa que un voto de absoluta castidad hecho de común acuerdo por los dos cónyuges es obligatorio e inescindible, pero también cita a Laymann, quien cree que ello es completamente distinto a aconsejable, y Stryk lo sigue con argumentos teológicos(143)(1620). Va de suyo que toda esta materia es ajena a la faz puramente jurídica. Podrán los cónyuges por motivos religiosos u otros, disponerse a actuar como se señala, pero no nace una obligación ni una facultad que modifique el natural destino del matrimonio. Y aún más, si el voto fuera unilateral, tampoco destruiría las obligaciones de entrega comentadas.