

PONENCIA - DRA. G. QUADRI - AUDIENCIA PUBLICA ROSARIO -
10/9/12 -

TEMA: ANALISIS DEL PROYECTO DE NUEVO CODIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA

SUBTEMA: LIBRO I - PERSONA HUMANA. CUERPO HUMANO.
MENORES. MATRIMONIO.

En esta exposición me referiré a aspectos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina -elaborado por el Sr. Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Ricardo Lorenzetti y su equipo de trabajo-, que refieren al concepto de persona humana.

La finalidad de este trabajo es poner de relieve que el Proyecto en estudio parte de un concepto de persona humana que difiere del que brinda el pensamiento humanista, hoy mayoritariamente aceptado. En consecuencia, el Proyecto, al adoptar un concepto pobre, podríamos decir, vulnera la dignidad y el respeto que merece todo ser humano, como demostraré seguidamente.

Es por esto que desde ya lo que se solicita es una revisión del concepto de persona humana, que permita adecuar las normas proyectadas a la verdadera naturaleza del hombre, y que garantice el absoluto respeto debido a su dignidad.

No escapa a mi conocimiento que ni en el Proyecto ni en los Fundamentos se define a la persona humana. Sin embargo, considero que de las normas proyectadas es posible inferir cuál es el concepto adoptado por el redactor del texto.

1. La persona humana como tema primordial del Derecho Civil. El comienzo de la existencia de la persona humana.

Cuando hablamos de Derecho Civil nadie duda de que estamos hablando de ese conjunto de normas cuyo tema primordial es la persona humana. La persona como ser individual y como ser social, esto es, en sus relaciones de familia, comunitarias y en toda su faz asociativa.

En el Código Civil actualmente vigente, la persona humana se encuentra definida en el art. 51. Allí se le reconoce el carácter de persona humana (persona de existencia visible en la terminología que utiliza la norma) a todos aquellos que presenten signos característicos de humanidad. Más allá de la simpleza de la definición lo que deja en claro es que nadie que presente características de humanidad podrá ser excluido del grupo "persona humana". Hoy, en el estado actual de los avances de la ciencia, podemos decir que ese signo característico de humanidad consiste en el ADN propio del género humano, único e irreplicable para cada individuo, que existe en cada nuevo ser en desarrollo, desde el instante mismo de la concepción, es decir desde el instante en que se produce la fecundación del óvulo (gameto femenino) por el espermatozoide (gameto masculino). Ese nuevo ser, entonces, por el hecho de pertenecer a la familia humana, hoy encuentra reconocimiento legal. De la

interpretación del artículo 51 con el actual art. 31 se concluye que nuestra legislación reconoce el carácter de persona a todo hombre sin distinción alguna, en armonía con el principio constitucional de igualdad (art. 16 CN).

Estas consideraciones que acabo de reseñar cobran mayor importancia si se tienen presentes los lamentables casos en la historia de la humanidad en que se le negó el reconocimiento de su condición de ser humano, a determinados grupos de personas con la única finalidad de justificar su explotación, sometimiento o exterminio, en muy diversos modos. Baste como ejemplo, porque ya otros ponentes han abundado en forma muy prolija y con reseñas muy completas sobre este tema, el famoso debate sobre la humanidad del indígena que tuvo como máximo exponente de la defensa de los nativos americanos, a Bartolomé de las Casas.

En el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial, encontramos lamentablemente un retroceso en esta materia, que es de esperar sea revisado y corregido. En su art. 19 el proyecto establece una discriminación infundada negando el carácter de persona humana a aquellos seres humanos concebidos por técnicas de fecundación asistida, fuera del seno materno.

De la lectura de los Fundamentos del Proyecto, en el punto referido al Libro I, Título I, Cap. I: Comienzo de la existencia de la persona humana, podemos aclarar cuales han sido los motivos que llevaron al autor del proyecto a redactar de tal forma el art. 19.

Expresamente se dice en los Fundamentos que *"La norma relativa al comienzo de la persona tiene en consideración el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno."*

Es decir: Que el proyecto cambia el concepto de persona humana que existe actualmente en nuestra legislación (Art. 51) por uno nuevo que ya no se interesa si la persona tiene o no signos característicos de humanidad, sino que toma como cualidad determinante su posibilidad de desarrollo futuro.

En realidad la advertencia que cabe hacer es que el parámetro adoptado por el proyecto hace depender la humanidad de cierto grupo de personas, de la voluntad de otro ser humano, mientras que el poseer o no signos de humanidad es un dato de la naturaleza absolutamente independiente de la voluntad de un tercero. Y si para determinar cuándo hay persona ya no utilizamos un dato de la naturaleza humana, sino una situación particular provocada por un tercero, estamos diciendo que hay personas que tienen atribución de concederle o no a otras, su condición de seres humanos. Dicho de otro modo: el técnico o profesional de laboratorio será quien de ahora en más tenga el poder de decidir qué seres humanos (cuya concepción él mismo provocó, aún sabiendo que no cuenta con recursos como para asegurar la supervivencia) gozarán del status de persona humana y cuáles no. Será el técnico de laboratorio quien determine a qué persona le concede o no posibilidad de desarrollo y con eso, reconocimiento de su condición de persona humana.

Por cada ser humano concebido que carece de posibilidades de desarrollo, hay alguien responsable con nombre y apellido que injustamente se arrogó la facultad de disponer de la vida de un semejante.

Como decíamos, es de esperar que esta arbitrariedad y discriminación sea corregida y todas las personas gocen de la debida protección en igualdad de condiciones con el resto de sus congéneres, sin que unos pocos se consideren superiores y se impongan como autorizados para decidir sobre la vida y los destinos de los más débiles.

2. Persona humana y cuerpo humano en el Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial¹

Otro aspecto que quiero analizar es el del tratamiento del cuerpo humano en el Proyecto.

Una primer referencia se encuentra en el Título Preliminar del Proyecto (Art. 17), y en los Fundamentos en el punto 7.6 del mencionado Título Preliminar.

Se observa en estos textos, una objetivación del cuerpo humano, propio de concepciones dualistas de la persona (distinción cuerpo/alma, cuerpo/espíritu) hoy felizmente superadas por criterios antropológicos de raíz personalista que ven en el ser humano una unidad inseparable donde materia y espíritu no se presentan como realidades diferenciadas o antagónicas, sino que juntas forman a la persona humana. Para estas nuevas corrientes el cuerpo no es un mero objeto físico o una cosa, sino que es una dimensión de la misma persona y posee un componente subjetivo y personal. El cuerpo es inseparable de la persona, ya que si se lo separa en alguna parte, deja de existir como cuerpo y en todo caso podrá ser una parte pero sin funcionalidad personal. De igual modo cuando la persona muere el cuerpo deja de existir como tal, pierde su funcionalidad (es decir que cesan todos los procesos propios de la persona: biológicos, y los psíquicos y espirituales) y comienza su etapa irreversible de descomposición.

El art. 17 del proyecto no parece atender a esta diferenciación y se refiere al cuerpo humano sin precisar si habla de una persona en período vital, o si se refiere a partes del cuerpo separadas de la persona o al cuerpo de persona fallecida. Esta diferenciación es necesaria porque cuando la persona se encuentra en su etapa vital, el cuerpo es parte de ella misma, y requiere una protección y respeto particular ya que en definitiva merece el trato digno que corresponde a toda persona humana. Cuando hablamos de partes separadas o de un cadáver la regulación legal no será la misma y se deberá determinar quién y cómo puede disponer de esos elementos.

Dentro de este tema también quisiera poner de resalto que más allá de los esfuerzos del redactor del proyecto por insistir en que el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico (Art. 17), la realidad indica lo contrario y

¹ En este punto para los aspectos filosóficos y antropológicos he de seguir las enseñanzas de Juan Manuel Burgos, especialmente en su obra "Antropología: una guía para la existencia", 4a. ed., Ed. Palabra, Madrid, 2009.

entendiendo que sería más apropiado poner restricciones a la utilización del cuerpo humano o ciertas partes o elementos, con fundamento en el respeto de la dignidad humana, antes que anclarse en la ficción de que determinadas prácticas (como alquiler de vientres, donación de gametos, etc.) tienen fines de los más variados tipos (afectivo, humanitario, social, etc) menos económicos.

El problema no es si hay intercambio económico, sino si el acto que origina esa transacción afecta o no la dignidad de la persona humana. Piénsese en el caso de la persona que vende su cabellera para que se confeccionen pelucas o extensiones. Es evidente que por más que el acto sea oneroso, la dignidad de la persona humana no se ve menoscabada. Distinto es el caso que mencionábamos de alquiler de vientres o donación de gametos, que regularmente traen aparejados violaciones a los derechos humanos de las personas involucradas directamente, y de los seres humanos que son concebidos a través de esas prácticas.

Luego de estas consideraciones propongo que se elimine el art. 17 del proyecto y el tema del cuerpo humano sea tratado en el Libro primero, estableciendo las diferenciaciones que corresponden: 1) a la etapa vital de la persona humana (en la que el cuerpo es inviolable y esto desde el momento de la concepción), 2) a las partes o elementos del cuerpo que se encuentren separados y 3) al cuerpo una vez producido el deceso de la persona. Asimismo que se adecue el art. 1004 a estas consideraciones y no se incluyan las normas que autorizan el alquiler de vientres (gestación por sustitución) y las técnicas de reproducción asistida que implican la eliminación de embriones humanos.

3. Cuerpo humano y menores. Responsabilidad parental.

A continuación voy a referirme a la regulación que se hace en el proyecto sobre el cuidado del cuerpo de los menores. Para el proyecto son menores las personas que no han cumplido los 18 años y adolescentes quienes han cumplido 13 años y no han llegado a la mayoría de edad. Esto se establece en el art. 25 del proyecto.

En el art. 26 y a los fines de determinar la aptitud para tomar decisiones sobre el cuidado del propio cuerpo, se consigna otra franja etaria que es la comprendida entre los 16 y la mayoría de edad.

No voy a profundizar en la crítica a la primer parte del art. 26, ya que se han escuchado numerosas voces autorizadas en el sentido que adhiero, sobre las dificultades prácticas que plantea la imprecisión de la expresión "edad y grado de madurez suficiente", la cual también propongo que sea reconsiderada.

Es importante antes de avanzar en el comentario del art. 26, señalar que conforme el art. 638 del proyecto los padres ejercen la responsabilidad parental entendiéndose por tal el conjunto de deberes y derechos que les corresponde sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Y voy a remarcar que la responsabilidad parental se ejerce sobre la persona del menor.

Ahora vemos en el art. 26 que el hijo menor desde los 13 años es considerado apto para decidir por sí sobre cuestiones vinculadas a su propio cuerpo siempre que se trate de prácticas no invasivas, y desde los 16 el menor es considerado como un adulto para todas las decisiones atinentes a su propio cuerpo.

Fácilmente se advierte que, si como venimos diciendo a lo largo de esta exposición, el hombre es un ser corporal, es decir que no se concibe a la persona humana sin cuerpo, la responsabilidad parental sobre la persona del menor se restringe en gran manera cuando el hijo alcanza los 13 años y desaparece cuando llega a los 16. Porque ¿en qué consistirá un derecho sobre la persona del hijo que no afecte la dimensión corporal?

La persona humana es impensada sin cuerpo y a su vez el cuerpo no es algo distinto de la persona. El cuerpo tiene una dimensión subjetiva, personal. Esto cobra especial relevancia cuando analizamos este denominado derecho al cuidado del propio cuerpo, porque en el caso de los menores, significa que son ellos quienes cuidan por sí mismos de su persona y excluyen a los padres en la toma de decisiones.

Dado que el art. 26 habla de tratamientos y distingue entre invasivos y no invasivos, se impone además hacer otras consideraciones.

En relación a los tratamientos, pareciera que el art. se refiere a tratamientos médicos, aunque podría tratarse también de tratamientos estéticos de variados tipos, dietas alimentarias, etc. Ahora, si el menor puede decidir sobre tratamientos médicos es evidente que podrá también decidir sobre todos los aspectos vinculados a su cuerpo (es decir a su persona) ya que en derecho quien puede lo más puede lo menos. Y si a los 16 es considerado adulto para todo lo relativo a su cuerpo, imaginemos que el menor hasta podrá disponer un cambio de sexo sin necesidad ni siquiera de informar a sus padres, ya que así lo establece el art. 26. Verdaderamente, se advierte un exceso.

Sobre la distinción que se hace entre tratamientos invasivos y no invasivos, la misma es cuestionable ya que no se ajusta a estándares científicos. Normalmente se utiliza la categorización para referirse a quirúrgicos y no quirúrgicos, pero esto no es aceptado pacíficamente. Por otro lado muchos tratamientos de importante impacto en la vida de una persona, particularmente si es un menor, son considerados no invasivos: tal es el caso de numerosas prácticas llamadas "de belleza", o el consumo de píldoras abortivas, por citar algunos ejemplos.

Así, según el texto proyectado los padres se transforman en obligados a los alimentos hasta la edad máxima de 25 años según los casos (art. 663), pero desde que el hijo tiene 13, ni siquiera se les ampara el derecho a estar informados de los acontecimientos o circunstancias por las que atraviesan los menores, ya que, cualquier médico que por alguna razón intervenga respecto del menor en tratamientos no invasivos, o invasivos si el menor ya cumplió los

16 años, no sólo no debe informar a sus padres, sino que además está obligado a guardar secreto sobre lo acontecido con el menor.

¿Por qué se procura apartar a los padres de los acontecimientos por los que atraviesen sus hijos? ¿Qué familia tiene in mente el codificador y su equipo cuando proponen a la sociedad que los menores se cuiden por sí mismos y que ante divergencias con sus padres, resuelva el estado?

Tengamos presente que el art. 26 no refiere a situaciones particulares donde pudiera encontrarse en riesgo la vida del menor, por eso el ejemplo de la negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos, que he podido leer en algunas publicaciones, no se ajusta con exactitud a la amplia lista de supuestos que trata esta norma.

4. Persona humana y matrimonio. Divorcio expres

Finalmente quiero hacer un breve aporte al debate sobre el matrimonio y el divorcio expres, desde el punto de vista del tema central que he tomado, que es la persona humana.

Así como no es posible concebir a la persona humana sin cuerpo, tampoco es posible concebirla como asexual. La persona humana entonces es por naturaleza un ser corporal y sexuado, es decir hombre o mujer.

De la especial unión entre un hombre y una mujer, surgen las familias. Esa comunidad primaria, debe ser reconocida por el derecho y deben existir normas que tiendan a su protección.

En el proyecto que estamos analizando se omite toda consideración a este fenómeno en su especificidad. Los vínculos familiares y especialmente los conyugales entre personas de distinto sexo, presentan características que comprometen e involucran todos los aspectos de la persona. Es por eso que cuando una relación familiar se rompe, los efectos que produce en los involucrados son mucho más intensos y profundos que cuando finaliza cualquier otro tipo de relación que pueda ser de amistad, o comercial o social.

Creo que el proyecto no ha captado esta realidad de la persona humana y ha regulado el divorcio expres que deja en estado de desprotección a quien de pronto se encuentra con un proyecto familiar quebrado a causa de algún comportamiento que podría calificarse de injurioso por parte del otro cónyuge.

Considero que las normas del divorcio expres tal como están redactadas causarán más daño a quien se vea afectado por una ruptura amorosa y familiar. El divorcio expres viola el derecho de defensa al declarar la ruptura matrimonial por voluntad de uno solo de los cónyuges. El mismo procedimiento del divorcio es agravante para quien se enterará -sin poder defenderse- que su cónyuge ya no es más su cónyuge, y que ha perdido todo derecho de defensa, derechos hereditarios, derecho de pensión y quizás todavía tenga que verse obligado a satisfacer la prestación compensatoria, aún en el caso que quien haya sido autor de graves injurias sea quien peticionó y obtuvo el divorcio. De verdad que no se comprende el por qué de semejante trato

injusto y agravante para con el cónyuge que pudiera resultar inocente del pretendido divorcio.

El procedimiento tampoco contempla la propia naturaleza humana. Una ruptura matrimonial muchas veces afecta en lo más hondo a la persona. No todos viven la vida con liviandad televisiva. La gente se enamora, sufre, sueña, siente y nada de eso parece advertir el redactor. En muchos casos el exigente y abreviado plazo de 6 meses para la caducidad de la pretensión de la compensación económica no resultará suficiente para que la persona pueda organizar y proyectar su futuro, y así habrá numerosos casos en que cuando la persona se encuentre en condiciones psíquicas y emocionales de debatir aspectos patrimoniales de la relación conyugal, el plazo ya habrá vencido.

Muchas veces las prioridades de quien se encuentre divorciado de un día para otro, serán resolver temas de los hijos, materiales y emocionales. Un plazo de seis meses es muy breve y no se comprende el sentido de urgir de tal modo a la persona.

Advierto un marcado interés en el redactor de las normas por apurar las rupturas de las relaciones, acelerar los tiempos sin respetar las etapas y sentimientos de cada persona y cada caso particular. Es de desear que este procedimiento sea revisado y reescrito con mayor consideración por los sujetos a los cuales va dirigido y las circunstancias que se regulan.

5. Conclusión

Concluyo esta exposición agradeciendo a la Comisión el haberme permitido aportar estas consideraciones y con el deseo de que estos aspectos que he expuesto y muchos más de los que trata el proyecto en estudio, sean analizados con base en el más alto respeto por la persona humana en toda su dimensión, comprendiendo a todos los seres humanos desde el comienzo de su existencia, esto es desde la concepción, y hasta la muerte natural.

Muchas gracias.