



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Luis Alfredo Anaya

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el control de convencionalidad de una sentencia del Consejo de Estado francés

por SILVIA MARRAMA(*)

Sumario: 1. EL CASO. – 2. LAS DECISIONES SOBRE SU HIDRATACIÓN Y ALIMENTACIÓN. – 3. LA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. – 4. UN MEMORIAL DESOÍDO. – 5. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEL CONSEJO DE ESTADO. – 6. LA APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO. – 7. UN ANTECEDENTE DEL TRIBUNAL EUROPEO RELACIONADO CON EL TEMA. – 8. CONCLUSIÓN.

1 El caso

Los periódicos nacionales e internacionales⁽¹⁾ sorprendieron recientemente a sus lectores informando que el Consejo de Estado francés –la instancia administrativa de mayor jerarquía del país– había ordenado retirar los cuidados paliativos a Vincent Lambert, quien se encuentra en “estado vegetativo” desde hace seis años, a pedido de sus médicos y de algunos de sus familiares.

La sorpresa se debió a que Francia, hasta este momento, ha rechazado la eutanasia pasiva tanto en su legislación como en su jurisprudencia⁽²⁾.

Vincent Lambert, un enfermero de 38 años de edad, fue víctima de un accidente de tránsito en 2008, en el que su-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Eutanasia: una decisión personalísima*, por ALBERTO JORGE GOWLAND, ED, 212-590; *La eutanasia en el Derecho Hebreo y Comparado*, por GABRIEL A. MINKOWICZ y DANIEL VEAR, ED, 233-743; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *Crece en los Países Bajos el número de muertes por eutanasia*, por BERNARDITA BERTI GARCÍA y MILAGROS BERTI GARCÍA, ED, 250-1018; *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, por SILVIA MARRAMA, ED, 255-335; *El control de convencionalidad en la aplicación de la dogmática penal*, por SILVIA MARRAMA, ED, diario n° 13.476 del 6-5-14. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) La autora es Abogada, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magíster en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. silviaemarrama@gmail.com.

(1) Francia: *autorizan la eutanasia de Vincent Lambert, tras seis años en estado vegetativo*, La Nación, 24-6-14, <http://www.lanacion.com.ar/1704112-francia-autorizan-la-eutanasia-de-vincent-lambert-tras-seis-anos-en-estado-vegetativo>, fecha de acceso: 28-6-14. BELLVER, JUAN M., Francia: *El caso ha reavivado el debate sobre la eutanasia*, El Mundo, 24-6-14, <http://www.elmundo.es/internacional/2014/06/24/53a9a69fe2704e09298b4584.html>, fecha de acceso: 28-6-14. *Euthanasie: le sort de Vincent Lambert devrait être fixé vendredi*, Le Parisien, 13-2-14, <http://www.leparisien.fr/societe/affaire-vincent-lambert-le-conseil-d-etat-va-trancher-13-02-2014-3586653.php>, fecha de acceso: 28-6-14, traducción propia.

(2) JIMÉNEZ BARCA, ANTONIO, *El Senado francés rechaza la eutanasia*, 26-1-11, en http://internacional.elpais.com/internacional/2011-1/26/actualidad/1295996409_850215.html, fecha de acceso: 28-6-14. SUÁREZ, E., *El Senado francés rechaza un nuevo intento de legalizar la eutanasia activa*, 26-1-11, La voz de Galicia, http://www.lavozdegalicia.es/sociedad/2011/01/26/0003_201101G26P35991.htm, fecha de acceso: 28-6-14. *Confirmado: la enferma francesa se suicidó. Sufría de un cáncer incurable que le desfiguró el rostro y pedía la eutanasia*, 28-3-08, en <http://edant.clarin.com/diario/2008/03/28/sociedad/s-03406.htm>, fecha de acceso: 28-6-14.

frió un traumatismo craneo-cervical que lo dejó comatoso y tetrapléjico⁽³⁾. Actualmente recibe alimentación e hidratación en forma asistida. Según los médicos, se encuentra en una fase de coma vigil (EVC4), “pauci-relacional” (ERP5), más precisamente denominado “de mínima conciencia” (ECM). Vincent mueve sus ojos, siente el dolor, pero los médicos tratantes afirman que luego de cinco años y más de 80 sesiones de terapia del habla, no es posible establecer un código de comunicación con él que permita conocer su voluntad respecto del coma vigil que le aqueja.

2 Las decisiones sobre su hidratación y alimentación

A comienzos de 2013, el equipo de cuidados paliativos del Hospital Universitario de Reims decidió privarlo de la nutrición e hidratación, único tratamiento que recibe. Su esposa Rachel estuvo de acuerdo con esta decisión, mientras que sus padres y otros familiares cercanos se opusieron, argumentando que el caso no encuadra en la “Ley Leonetti”, ya que Vincent “no se está muriendo” ni padece una “enfermedad cerebral incurable” sino una “discapacidad”⁽⁴⁾.

En Francia, el cuidado de enfermos en fase terminal está regulado por la Ley Leonetti⁽⁵⁾, que se funda en la declaración de voluntad del paciente y prohíbe tanto el encarnizamiento terapéutico (“tratamientos inútiles o desproporcionados”) como la eutanasia, promoviendo en su lugar los cuidados paliativos.

El 11 de mayo de 2013 –a instancia de los padres de Vincent–, el Tribunal Administrativo de Châlons-en-Champagne (integrado por nueve jueces) ordenó al Hospital de Reims “restablecer la alimentación normal y la hidratación” del paciente, luego de habérselo privado de ellas durante treinta y un días. La decisión del Tribunal se fundó en que los familiares del paciente no estaban suficientemente informados –tal como lo prevé la Ley Leonetti– de la decisión tomada por el equipo de cuidados paliativos dirigido por el médico Kariger.

(3) Agradezco la colaboración del neurocirujano Dr. Marcelo Galarza para la traducción de la terminología médica.

(4) BÉGUIN, FRANÇOIS - CLAVREUL, LAETITIA, *Dix questions autour de l'affaire Vincent Lambert*, Le Monde.fr, 29-1-14, http://www.lemonde.fr/sante/article/2014/01/29/dix-questions-autour-de-l-affaire-vincent-lambert_4351187_1651302.html, fecha de acceso: 28-6-14, traducción propia; *La question du partage des pouvoirs entre médecins et juges est posée*, Le Monde.fr, 17-1-14, http://www.lemonde.fr/sante/article/2014/01/17/la-question-du-partage-des-pouvoirs-entre-medecins-et-juges-est-posee_4349874_1651302.html, fecha de acceso: 28-6-14, traducción propia.

(5) La Ley Leonetti –complementaria de la ley sobre los derechos de los enfermos del 4-3-02– se sancionó el 12-4-05, se promulgó el 12-5-05 y se publicó en el Boletín Oficial el 23-4-05. Cfr. LEONETTI, JEAN, *Donner la mort au patient est illégal*, en <http://www.sudouest.fr/2011/08/12/donner-la-mort-au-patient-est-illegal-472957-4585.php>, fecha de acceso: 9-7-14, traducción propia.

El 11 de enero de 2014, el Dr. Eric Kariger decidió nuevamente quitar al paciente, a partir del 13 de enero, la posibilidad de alimentarse e hidratarse, con el aval de su esposa. El 13 de enero de 2014 los padres recurrieron la decisión ante el Tribunal Administrativo de Châlons-en-Champagne a fin de que prohíba al hospital y al médico la suspensión de la alimentación e hidratación de Vincent Lambert, y que ordene su traslado inmediato a una unidad especializada de vida en Oberhausbergen. En la sentencia del 16 de enero de 2014⁽⁶⁾, el Tribunal suspendió la ejecución de la decisión del médico y rechazó la solicitud de traslado del paciente. El Tribunal sostuvo que el caso de Vincent no queda comprendido en los supuestos establecidos por la Ley Leonetti, ya que esta se aplica en casos de afección “grave e incurable”. Por otra parte, entendió que “la continuación del tratamiento no era inútil o desproporcionada, que no tenía por objetivo la conservación artificial de la vida”, y que el médico Eric Kariger “valoró erróneamente la voluntad de Vincent Lambert estimando que desearía oponerse a todo tratamiento que lo mantuviese vivo”⁽⁷⁾. DENYS DE BÉCHILLON –profesor de derecho público francés– explica al respecto: “En la Ley Leonetti, la cuestión más importante es poner de relieve la realidad y la profundidad de la voluntad del paciente. El tribunal basó en ello su fallo”. Lo que los jueces dijeron, según BÉCHILLON, es que “la duda beneficia a la vida”, es decir que la justicia ha aplicado el principio precautorio⁽⁸⁾.

El 31 de enero de 2014, la esposa de Vincent Lambert y uno de sus sobrinos apelaron esta sentencia ante el Consejo de Estado⁽⁹⁾, pidiendo que se detenga la “vida artificial” de su marido. El hospital, así como François Lambert, sobrino de Vincent, también presentaron recursos de apelación⁽¹⁰⁾.

El 14 de febrero de 2014, el Consejo de Estado emitió un decreto solicitando la realización de un examen médico por un equipo colegiado formado por tres médicos. El 24 de junio de 2014, teniendo en cuenta los resultados del examen médico, el Consejo de Estado consideró legal la decisión del médico del Sr. Lambert, tomada el 11 de enero de 2014, de poner fin a su nutrición e hidratación.

3 La sentencia⁽¹¹⁾ del Consejo de Estado

El 24 de junio de 2014, el Consejo de Estado –conformado por diecisiete magistrados– examinó la anulación efectuada por el Tribunal, y se pronunció a favor de inte-

(6) Tribunal administratif de Châlons en Champagne, *Jugement n° 1400029*, del 16-1-14, traducción propia.

(7) BÉGUIN, FRANÇOIS - CLAVREUL, LAETITIA, *Dix questions autour...*, cit.

(8) BÉGUIN, FRANÇOIS - CLAVREUL, LAETITIA, *La question du partage...*, cit. RASTELLO, CELINE, *Affaire Lambert: “Un très mauvais signal pour les équipes médicales”*, Le Nouvel Observateur Justice, 16-1-14, <http://tempsreel.nouvelobs.com/justice/20140116.OBS2731/affaire-vincent-lambert-un-tres-mauvais-signal-pour-les-equipes-medicales.html>, fecha de acceso: 28-6-14, traducción propia.

(9) BÉGUIN, FRANÇOIS - CLAVREUL, LAETITIA, *Dix questions autour...*, cit.

(10) *Comprendre l'affaire Vincent Lambert*, Le Nouvel Observateur, 6-2-14, <http://tempsreel.nouvelobs.com/justice/20140205.OBS5152/fin-de-vie-de-vincent-lambert-audience-cruciale-au-conseil-d-etat.html>, fecha de acceso: 28-6-14, traducción propia.

(11) CE, 24 juin 2014, “Mme F...I...et autres”, Nos. 375081, 375090, 375091, fecha de acceso: 28-6-14, traducción propia.

CONTENIDO

DOCTRINA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el control de convencionalidad de una sentencia del Consejo de Estado francés, por Silvia Marrama.....	1
Derechos reales: ¿solamente se puede constituir el derecho real de usufructo por escritura pública?, por Domingo C. Cura Grassi.....	4

JURISPRUDENCIA

FEDERAL	
Entidades Financieras: Banco Central de la República Argentina: potestad sancionatoria; sanciones; carácter; recurso; efecto devolutivo; art. 42 de la ley 21.526; cuestionamiento constitucional; desestimación; casa de cambio; realización de actividades prohibidas; síndico; multa; confirmación (CNCont.-adm. Fed., sala IV, junio 17-2014) (Continuará en el próximo diario del 2 de septiembre de 2014).....	4

rumpir la alimentación e hidratación del paciente, por considerar que se trata de un “empecinamiento insensato”. La sentencia del Consejo –primera de este tipo que se dicta en Francia– se fundó en los testimonios de algunos familiares y amigos del paciente –brindados en audiencia pública–, que afirmaron la negativa expresa de Vincent de ser mantenido con vida de forma artificial, manifestada con anterioridad al accidente; y en los dictámenes encomendados a la Academia Nacional de Medicina, al Comité Consultivo Nacional de Ética y al Consejo Nacional del Colegio de Médicos, “que pueden útilmente iluminar la aplicación de los conceptos de la obstinación irracional y artificial para mantener la vida en el sentido del artículo L. 1110-5⁽¹²⁾ del Código de Salud Pública, en particular en materia de personas que están en estado vegetativo persistente”.

En apretada síntesis, el Consejo de Estado consideró: “Se desprende de los citados artículos⁽¹³⁾, comentados y

(12) El art. L. 1110-5 –modificado por la ley del 22 de abril de 2005, sobre los derechos de los pacientes en fase terminal– establece: “Toda persona, teniendo en cuenta su estado de salud y la urgencia de las intervenciones que se le requieren, goza del derecho de recibir los cuidados más apropiados y los beneficios terapéuticos con eficacia probada y que le garanticen la mejor seguridad sanitaria a la luz de los conocimientos médicos probados. Los actos de prevención, investigación o cuidado no deben –conforme el estado de los conocimientos médicos–, significar riesgos desproporcionados en relación con los beneficios esperados. Estos actos no deben ser realizados por una obstinación irrazonable. Cuando se muestren innecesarios, desproporcionados o no tengan como único efecto el mantenimiento artificial de la vida, pueden ser suspendidos o no realizarse. En este caso, el médico debe salvaguardar la dignidad del moribundo y asegurar la calidad de su vida dispensándole la atención a la que se refiere el artículo L. 1110-10. (...) Toda persona tiene derecho a recibir un tratamiento para aliviar su dolor. Esto debe ser previsto, evaluado, tenido en cuenta y tratado para todas las circunstancias. Los Profesionales de la Salud deben aplicar todos los mecanismos a su alcance para asegurar a todos una vida digna hasta la muerte...”.

(13) La sentencia se fundó en el art. L. 1110-1 del Código de Salud Pública, que establece que el derecho fundamental a la protección de la salud debe hacerse operativo por todos los medios disponibles en beneficio de todas las personas; en el art. L. 1110-2, que reconoce el derecho al respeto de la dignidad del enfermo; en el art. L. 1110-9, que garantiza a toda persona que lo necesite, el derecho a los cuidados paliativos, que son, según el art. L. 1110-10, los cuidados activos y continuos para aliviar el dolor, el sufrimiento mental, resguardar la dignidad del paciente y sostener a su entorno.

Específicamente se basó en el art. L. 1110-5, modificado por la ley del 22 de abril de 2005, sobre los derechos de los pacientes en fase terminal– (ver nota 12); en la aplicación del art. L. 1111-4 del Código de Salud Pública –modificado por la ley del 22 de abril de 2005–: “Toda persona toma, junto con el Profesional de la salud y teniendo en cuenta la información y recomendaciones que él le proporciona, las decisiones concernientes a su salud. El médico debe respetar la voluntad de la persona después de haberle informado las consecuencias de sus elecciones. (...) Ningún procedimiento médico o tratamiento puede llevarse a cabo sin el consentimiento libre e informado de la persona, que puede ser revocado en cualquier momento. Cuando la persona es incapaz de expresar su voluntad, no puede realizarse ninguna intervención o investigación –salvo en urgencia o imposibilidad– sin que la persona de confianza prevista en el art. L. 1111-6, o la familia, o en su defecto, un pariente, haya sido consultada. Cuando la persona no está en condiciones de expresar su voluntad, la limitación o suspensión del tratamiento que pueda poner en peligro su vida no puede realizarse sin respetar el procedimiento colegiado definido por el Código de ética médica y sin que la persona de confianza prevista en el art. L. 1111-6 o la familia o, en su defecto, un pariente, y, en caso de existir, las directivas anticipadas de la persona, hayan sido consultadas. La decisión motivada de limitar o suspender el tratamiento debe registrarse en la historia clínica...”. El art. R. 4127-37 del citado Código de Salud Pública, enuncia, en el título referido a los deberes hacia los pacientes, que incumbe a los médicos en virtud del Código de Ética Médica: “I. En todas las circunstancias, el médico debe esforzarse para aliviar el sufrimiento del paciente con los medios adecuados a su estado y asistirlo moralmente. Debe abstenerse de cualquier obstinación irrazonable en las investigaciones o tratamiento y puede renunciar a emprender o continuar tratamientos innecesarios, desproporcionados o que no tienen otro efecto que el mantenimiento artificial de la vida. II. En los casos previstos en el párrafo quinto del artículo L. 1111-4 y el primer párrafo del artículo L. 1111-13, la decisión de limitar o detener el tratamiento dispensado no puede ser tomada sin haber aplicado previamente un procedimiento colegiado. El médico puede requerir el procedimiento colegiado, por propia iniciativa. Está obligado a hacerlo en vista de las directivas anticipadas del paciente presentadas por uno de los titulares que figuran en el artículo R. 1111-19 o a petición de la persona responsable, la familia o, defecto de uno de los parientes. Los titulares de las directivas anticipadas del paciente, persona de confianza, familiares o, en su caso, uno de los familiares deben ser informados tan pronto como se toma la decisión de implementar el procedimiento colegiado. La decisión de limitar o suspender el tratamiento la toma el médico a cargo del paciente, previa consulta con el equipo de atención médica –si existe–, y el consejo de al menos un médico, requerido como consultor. No debe haber ningún vínculo jerárquico entre el médico responsable del paciente y el consultor. El consejo motivado de un segundo consultor debe ser requerido por los médicos si uno de ellos lo considera oportuno. La decisión de limitar o suspender el tratamiento debe tener en cuenta los deseos del paciente que haya expresado con anterioridad, en particular en las directivas anticipadas –en caso de haberlas redactado–, la opinión de la persona de confianza que hubiese designado así como la de la familia o, en su defecto, de uno de sus parientes. (...) La decisión de limitar o suspender el tratamiento debe ser fundada. Las opiniones recibidas, la naturaleza y el significado de las

esclarecidos por las observaciones presentadas –en aplicación de la decisión del Consejo de Estado del 14 de febrero 2014–, por la Academia Nacional de Medicina, el Comité Consultivo Nacional de Ética, el Consejo Nacional del Colegio de Médicos y el Sr. B. P., que toda persona debe recibir el cuidado más apropiado para su salud, sin que los actos de prevención, investigación y tratamiento que se le practiquen le hagan correr riesgos desproporcionados en relación a los beneficios esperados; que estos actos no deben, sin embargo, fundarse en una obstinación irrazonable, y pueden ser suspendidos o no podrán llevarse a cabo cuando aparezcan innecesarios o desproporcionados o no tengan otro efecto que el solo mantenimiento artificial de la vida, sea que el paciente se encuentre o no en la fase terminal de la vida; que cuando este es incapaz de expresar sus deseos, la decisión de limitar o detener el tratamiento –debido a que su continuación trasluciría una obstinación irrazonable–, podrá ser tomada por el médico siempre y cuando –si la decisión podría poner la vida del paciente en peligro– se respeten las condiciones establecidas por la ley, que resultan de todos los artículos citados, y en particular los que organizan el procedimiento colegiado y prevén consultas con la persona de confianza, familia o pariente del paciente; si el médico decide tomar tal decisión basándose en la evaluación de la situación, le corresponde salvaguardar en todo el estado de la causa la dignidad del paciente y proporcionarle cuidados paliativos” (cfr. consid. 10).

Luego hizo referencia a las conclusiones de los expertos que dictaminaron en el caso: “el estado clínico actual del Sr. I. se corresponde a un estado vegetativo”, con “trastornos de la deglución, alteraciones motoras severas de las cuatro extremidades, signos de disfunción del tronco cerebral” y “una autonomía respiratoria preservada”; los resultados de las exploraciones cerebrales estructurales y funcionales efectuadas desde el 7 al 11 de abril de 2014 en el Hospital Universitario Pitié-Salpêtrière Asistencia Pública-Hospitales de París son compatibles con tal estado vegetativo y la evolución clínica caracterizada por la desaparición de las fluctuaciones de la conciencia del Sr. I., que fueron encontradas durante la evaluación llevada a cabo en julio de 2011 en el Coma Science Group del Hospital Universitario de Lieja, así como el fracaso de los intentos terapéuticos activos recomendados en este informe, sugieren “un estado de deterioro de la conciencia desde esa fecha” (cfr. consid. 25). “Las exploraciones cerebrales realizadas mostraron daño cerebral severo y extenso, que se traducen en una “alteración grave de la estructura y el metabolismo de las regiones subcorticales cruciales para el funcionamiento cognitivo” y por una “gran desorganización estructural de los canales de comunicación entre las regiones del cerebro implicadas en la conciencia”; la gravedad de la atrofia cerebral y de las lesiones observadas conducen, con los cinco años y medio transcurridos desde el accidente inicial, a estimar el daño cerebral como irreversible” (cfr. consid. 26). A ello se suma un mal pronóstico clínico descrito en el consid. 27.

Y, “si bien los expertos señalaron que el Sr. I. puede reaccionar a los cuidados que se le proporcionan y a ciertos estímulos, indicaron que las características de estas reacciones sugieren que se trata de respuestas no conscientes, que no pueden ser interpretadas como evidencia de una ‘experiencia consciente del sufrimiento’ o como manifestación de una intención o un deseo respecto de detener o continuar el tratamiento que lo mantiene vivo” (cfr. consid. 18). Por ello, el Consejo recurre a las manifestaciones de voluntad del paciente expresadas con anterioridad al accidente: “El Sr. I. claramente expresó en repetidas ocasiones su deseo de no ser mantenido artificialmente con vida en caso de encontrarse en una situación de gran dependencia; que el contenido de estas observaciones, informadas con precisión por la Sra. F. I., fue confirmado por un hermano del Sr. I. por lo tanto no puede considerarse que el Dr. H.

consultas que tuvieron lugar dentro del equipo de atención y las razones de la decisión deben incluirse en el registro (historia clínica) del paciente. La persona de confianza, si ha sido designada, la familia o, en su defecto, uno de los parientes del paciente deben ser informados de la naturaleza y motivos de la decisión de limitar o suspender el tratamiento. III. Cuando una limitación o suspensión del tratamiento se decidió en aplicación del artículo L. 1110-5 y L. 1111-4 o artículos L. 1111-13, en las condiciones previstas en I y II de esta sección, el médico, incluso si el sufrimiento del paciente no puede ser evaluado debido a su estado cerebral, debe implementar los tratamientos, incluyendo analgésicos y sedantes, para acompañar a la persona con los principios y condiciones establecidos en el artículo R. 4127-38. También debe velar para que la familia del paciente sea informada de la situación y reciba el apoyo necesario”.

–al indicar en los fundamentos de la decisión impugnada su certeza de que el Sr. I. no quería, antes del accidente, vivir en esas condiciones–, haya hecho una interpretación inexacta de los deseos expresados por el paciente antes de su accidente” (cfr. consid. 30). Y que, si bien el Dr. H. tomó en consideración la falta de unanimidad de los familiares en cuanto a la decisión (lo cual, si bien no se menciona en este consid. 30, constituye un requisito legal), consideró que ello no era un obstáculo para tomarla (cfr. consid. 30).

Finalmente, concluyó en el consid. 32 que la decisión del 11 de enero de 2014 del Dr. H. para poner fin a la alimentación y la hidratación del “Sr. I. no puede considerarse ilegal”, atento al conjunto de consideraciones precedentes, y que “las diversas condiciones establecidas por la ley para que el médico a cargo del paciente tome la decisión de poner fin a un tratamiento que no tiene otro efecto que el mantenimiento artificial de la vida y cuya continuación traduciría una obstinación irracional, se encuentran cumplidas en el caso del Sr. D. I.”.

4 Un memorial desoído

Si bien no fue expresamente consultada, la Unión Nacional de Asociaciones de Familiares de pacientes traumatizados craneanos y con daño cerebral presentó una memoria ante el Consejo de Estado, argumentando que –según el art. L. 1110-5 del Código de Salud Pública– la atención básica de la salud del paciente, consistente en su nutrición e hidratación, no puede considerarse como un tratamiento innecesario, desproporcionado o de mantenimiento artificial de la vida. Por otra parte, la ONG entiende que sólo la persona interesada –paciente– puede formular observaciones sobre la artificialidad de su mantenimiento con vida, y que la decisión tomada por otros de suspender la alimentación e hidratación artificial del paciente significaría decidir sobre la utilidad de esta vida. La apreciación del mantenimiento artificial de la vida debe basarse en la voluntad del paciente expresada sin ambigüedades y de su posible sufrimiento pero, en este caso, el Sr. Lambert no es capaz de expresar su voluntad actual. Y, en el supuesto de presumir que expresó verbalmente en presencia de algunos miembros de su familia (hecho respecto del cual no hay unanimidad entre los familiares) su voluntad de no ser mantenido vivo en un estado de gran dependencia, esa expresión informal emanó de una persona sana que no estaba confrontando las consecuencias inmediatas de la situación. En ausencia de un consenso familiar sobre la manifestación de la voluntad del paciente, y ante la oposición de algunos familiares –tal como sucede en este caso–, no se puede tomar la decisión de interrumpir los cuidados básicos de salud, sin infringir el espíritu de la ley del 22 de abril 2005, denominada Leonetti.

Coincidimos con lo expuesto por la ONG en este memorial, por las razones que expondremos a continuación.

En primer lugar, cabe señalar que el Equipo de Investigación sobre el coma de la Universidad de Lieja, dirigido por el prestigioso Prof. Steven Laureys⁽¹⁴⁾, ha publicado recientemente un estudio en el que demuestra que las imágenes cerebrales de FDG-Pet Scan son capaces de predecir la posibilidad de recuperar la conciencia a largo plazo en los pacientes que se encuentran en estado vegetativo. El estudio belga concluye que un tercio de los 36 pacientes en estado vegetativo evaluados por FDG-Pet Scan conserva una actividad cerebral compatible con la existencia de conciencia, de entre los cuales 9 pacientes han recuperado un nivel satisfactorio de conciencia con el transcurso del tiempo. En el caso de Lambert, tal como se lee en la sentencia del Consejo de Estado francés, el Coma Science Group del Hospital Universitario de Lieja encontró fluctuaciones en la conciencia del paciente. Sin embargo, al solicitar el Consejo un estudio actualizado del paciente, no recurrió al mismo grupo médico sino a otro, que refirió que las fluctuaciones habrían desaparecido. El cambio de grupo médico para la realización del estudio es un procedimiento poco frecuente en medicina cuando se trata de realizar análisis comparativos para observar la evolución de un paciente.

(14) STENDER, JOHAN - GOSSERIES, OLIVIA - BRUNO, MARIE-AURÉLIE - CHARLAND-VERVILLE, VANESSA - VANHAUDENHUYSE, AUDREY - DEMERTZI, ATHENA - CHATELLE, CAMILLE - THONNARD, MARIE - THIBAUT, AURORE - HEINE, LIZETTE - SODDU, ANDREA - BOLY, MÉLANIE - SCHNAKERS, CAROLINE - GJEDDE, ALBERT - LAUREYS, STEVEN. *Diagnostic precision of PET imaging and functional MRI in disorders of consciousness: a clinical validation study*, The Lancet, 2014; DOI: 10.1016/S0140-6736(14)60042-8, fecha de acceso: 28-6-14, traducción propia.

Pero aun asumiendo el “deterioro de la conciencia” de Vincent, que la sentencia del Consejo tiene por acreditada, el Sr. Lambert “puede reaccionar a los cuidados que se le proporcionan y a ciertos estímulos” (cfr. consid. 18). Ante ello, cabe preguntarse, ¿Lambert vive?

El 8 de agosto de 2008 se cumplieron cuarenta años del trabajo que un Comité Ad-Hoc de la Universidad de Harvard publicó en JAMA⁽¹⁵⁾, que redefinía “el coma irreversible como muerte encefálica, proponiendo: a) que la muerte encefálica correspondía al cese irreversible y completo de todas las funciones encefálicas; b) que la muerte encefálica podía ser diagnosticada y, c) que un paciente en muerte encefálica podía ser considerado muerto (...) Para diagnosticar muerte encefálica, el Protocolo de Harvard exige los siguientes hechos: 1) coma profundo, no reactivo frente a ningún tipo de estímulos; 2) ausencia de respiración y de movimientos voluntarios. Esto requiere de una observación al menos de una hora, en la cual se determine la ausencia de movimientos de carácter voluntario por parte del paciente. Para confirmar la ausencia de movimientos respiratorios, se realiza la desconexión del paciente del respirador durante 3 min, observando si existe cualquier esfuerzo del sujeto para respirar espontáneamente. Para la ejecución de esta prueba se exige en la actualidad una serie de requisitos técnicos estrictos; 3) ausencia de reflejos, tanto de integración en el tronco cerebral como osteotendíneos de las cuatro extremidades. No deben existir tampoco reflejos posturales estereotipados, llamados de decorticación o descerebración; 4) presencia de electroencefalograma isoelectrico o plano. Advierte que debe excluirse la hipotermia (temperatura bajo los 35°C) y la presencia de depresores del sistema nervioso central (...) Con el fin de uniformar los criterios para diagnosticar muerte encefálica, en Estados Unidos se formula en 1981 una Declaración de Consenso emitida por una Comisión Presidencial (*President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. Defining Death*), la que plantea una definición uniforme del acto de morir. Declara textualmente: ‘La muerte individual es muerte cerebral. Muerte cerebral significa el cese irreversible de toda función del cerebro como totalidad, incluyendo el tronco cerebral’⁽¹⁶⁾.

“El Comité para la Definición de Muerte aplicó una visión holística del hombre y enfatizó que la muerte implica que el organismo ha sucumbido como unidad funcional, y no que todo el organismo y sus células están muertas en sentido estrictamente biológico (...) Una persona está muerta cuando ha sufrido una pérdida total e irreversible de la capacidad para integrar y coordinar todas las funciones del cuerpo –físicas y mentales– en una unidad funcional (...) Debe ser observado que esta definición incluye la palabra total pérdida de la capacidad para integrar. Esto quiere decir que varios tipos de deficiencia mental, aun los más severos –causados por desórdenes congénitos o adquiridos– no pueden ser nunca equiparados con la muerte, ya que en estos casos, por ejemplo autistas, dementes, seniles y personas comatosas crónicas, todavía persiste un número de funciones de coordinación, aunque de una manera muy reducida en la mayoría de los casos⁽¹⁷⁾”.

Conforme los parámetros enumerados anteriormente y las constancias de la causa, puede afirmarse que Vincent Lambert vive.

Y, si vive, ¿qué tratamientos corresponde suministrarle, de acuerdo con su actual estado de salud?

“Hay que distinguir entre medios ordinarios y extraordinarios de prolongación de la vida, señalando que (...) no es obligatorio recurrir a medios extraordinarios, ‘pero que algunos parecen pensar que los medios ordinarios son sólo los naturales (dieta, ejercicio, sueño, descanso, etc.) y que todo lo artificial es extraordinario. Así, una intervención quirúrgica cualquiera no sería un medio ordinario, y, por ende, ni el enfermo estaría obligado a someterse a ella (aunque se tratara de una sencilla operación de apendicitis), ni el médico a efectuarla’. ‘De este modo, la cirugía, la alimentación por vía endovenosa o por vía enteral con

bomba de perfusión continua, la radioterapia, etcétera, no tienen por qué ser considerados medios extraordinarios simplemente porque son artificiales y no naturales. Deben enfocarse en su contexto histórico. Lo extraordinario en un estadio del desarrollo cultural o científico puede ser totalmente ordinario en otro⁽¹⁸⁾ (...) El caso comentado es de aquellos en que no se presenta una prolongación artificial, sino el mantenimiento natural de aquello que se le hubiese dado igualmente a la paciente si hubiese estado consciente: alimentación⁽¹⁹⁾. Suministrar al paciente nutrición e hidratación, incluso por vía artificial, es, en principio, un medio ordinario y proporcionado para la conservación de su vida y, por ende, es obligatorio en la medida en que cumpla con su fin⁽²⁰⁾. Lo contrario conllevaría el sufrimiento y la muerte por inanición y deshidratación.

Por ello, no resulta jurídicamente admisible “la discontinuación de la nutrición e hidratación artificiales, por cuanto ello constituye el soporte básico para la supervivencia, contribuyendo su supresión a acelerar en forma innecesaria su muerte, sin beneficio alguno para el paciente⁽²¹⁾”.

5 Control de convencionalidad del Consejo de Estado

En los consid. 11 a 15 anuncia el Consejo de Estado que realizará lo que en el derecho argentino se conoce como “control de convencionalidad⁽²²⁾”, arribando a la conclusión de que las disposiciones de los arts. L. 1110-5, L. 1111-4 y R. 4127-37 del Código de Salud Pública son compatibles con las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convención Europea de Derechos Humanos⁽²³⁾.

Sin embargo, al adentrarme en la lectura de estos considerandos, sólo encuentro afirmaciones dogmáticas sobre la compatibilidad de las disposiciones del Código de Salud Pública con los arts. 2º, 6º, 7º y 8º del Convenio Europeo, y ningún análisis sobre la compatibilidad de la aplicación de las normas del referido Código respecto del Convenio.

Pero el Consejo de Estado no tiene la última palabra en este caso. En breve, será el propio Tribunal Europeo el que analizará la sentencia del Consejo de Estado, a la luz del referido Convenio.

6 La apelación ante el Tribunal Europeo

En efecto, los padres de Vincent⁽²⁴⁾, previendo un fallo adverso del Consejo de Estado, recurrieron el 23 de junio (un día antes del dictado de la sentencia del Consejo) ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH)⁽²⁵⁾, con arreglo al procedimiento de urgencia

(18) BASSO, DOMINGO, M.O.P., *Nacer y morir con dignidad*, Bioética, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, págs. 435 y 436.

(19) GOWLAND, ALBERTO J., *Eutanasia: una decisión personalísima*, ED, 212-590.

(20) “Tampoco se excluye –sigue diciendo– que, debido a complicaciones sobrevenidas, el paciente no pueda asimilar alimentos y líquidos, resultando totalmente inútil suministrárselos. Finalmente, no se descarta la posibilidad de que, en algún caso raro, la alimentación e hidratación artificiales puedan implicar para el paciente una carga excesiva o una notable molestia física vinculada, por ejemplo, a complicaciones en el uso del instrumental empleado”. Congregación para la Doctrina de la Fe, *Alimentación e hidratación artificiales*, 14-9-07, en www.uca.edu.ar/.../Alimentacion_e_hidratacion_artificiales_-_SCDF.doc, fecha de acceso: 28-6-14.

(21) Corporación de Abogados Católicos, *Declaración del 31-11-11*, en http://www.aica.org/index.php?module=displaystory&story_id=28159&format=html, fecha de acceso: 28-6-14.

(22) Cfr. DELUTRI, RODRIGO, *Efectos no deseados del control de convencionalidad en materia penal y procesal penal*, ED, 235-784. DÍAZ, ROMINA A., *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, ED, 253-684. FOSSACECA, CARLOS A., *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, EDCO, 2010-580. ROSATTI, HORACIO, *El llamado “control de convencionalidad” y el “control de constitucionalidad” en la Argentina*, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 13-2-12, pág. 1 y sigs. MARRAMA, SILVIA, *El control de convencionalidad en la aplicación de la dogmática penal*, ED, diario n° 13.476, del 6-5-14). MARRAMA, SILVIA, *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, ED, 255-335.

(23) Fue adoptado por el Consejo de Europa el 4-11-1950 y entró en vigencia en 1953. Su finalidad es proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados miembro. Diversos Protocolos Adicionales lo han modificado y ampliado en el reconocimiento de otros derechos y libertades.

(24) QUIÑONERO, JUAN P., *Estrasburgo ordena mantener con vida a Vincent Lambert, enfermo vegetativo desde hace seis años*, Diario ABC, 26-6-14, <http://www.abc.es/sociedad/20140625/abci-estrasburgo-ordenamantener-vida-201406251708.html>, fecha de acceso: 24-6-14.

(25) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) fue creado en Estrasburgo por los Estados miembro del Consejo de Europa en 1959

previsto en el art. 39⁽²⁶⁾ del Reglamento del Tribunal, para pedir la suspensión cautelar de la sentencia.

El Tribunal, en la práctica, hace lugar a las demandas basadas en el art. 39 del Reglamento, únicamente en casos en que pueda ocurrir un daño irreversible, es decir, casos basados comúnmente en los arts. 2º o 3º⁽²⁷⁾ del Convenio Europeo. Estas medidas provisionales adoptadas por el Tribunal tienen carácter vinculante⁽²⁸⁾.

El Comunicado de Prensa del Secretario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽²⁹⁾ refiere que el organismo pidió al Gobierno francés que suspenda la ejecución de la sentencia del Consejo de Estado que autoriza el cese de la alimentación y la hidratación a Vincent Lambert. Los solicitantes de la medida fueron los padres de Vincent Lambert, una de sus hermanas y un medio hermano. El 23 de junio de 2014, los demandantes recurrieron al Tribunal en virtud del art. 39 del Reglamento solicitando, por una parte, la suspensión de la ejecución de la decisión del Consejo de Estado prevista para el 24 de junio en caso de que permitiese el cese de la alimentación y la hidratación del Sr. Vincent Lambert y, por otra, su traslado a una unidad de cuidados en Oberhausbergen o, por lo menos, la prohibición de su salida del territorio nacional. El 24 de junio de 2014, al haber tomado conocimiento de la sentencia del Consejo de Estado, la Sala a la que el caso fue asignado decidió requerir al Gobierno francés, en aplicación del art. 39 del Reglamento, en el interés de las partes y del buen desenvolvimiento del procedimiento, la suspensión de la ejecución de la sentencia del Consejo de Estado durante el tiempo que duren los procedimientos ante el Tribunal. La Sala consideró que la medida provisional implica que el Sr. Vincent Lambert no sea trasladado con el objetivo de poner fin al mantenimiento de su alimentación e hidratación. La Sala también decidió que la solicitud sería tratada como una prioridad, de acuerdo con el procedimiento más rápido posible, y que en adelante corresponde al Tribunal examinar la admisibilidad y el fondo de la demanda, resolución que no se ha dictado hasta el día en que escribo estas reflexiones sobre el caso (17 de julio de 2014).

7 Un antecedente del Tribunal Europeo relacionado con el tema

Si bien no he encontrado sentencias del Tribunal dictadas en casos similares al que comento, citaré brevemente un caso que guarda relación con el de Vincent Lambert, ya que permite, a mi juicio, predecir la sentencia que el Tribunal dictará.

En el caso “Haas vs. Suiza” (solicitud N° 31322/07), por unanimidad, los jueces del Tribunal rechazaron la demanda interpuesta por un ciudadano suizo que exigía se condenase a Suiza por no haberle suministrado la sustancia requerida para suicidarse⁽³⁰⁾. El Tribunal confirmó el derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido por el art. 8º del Convenio, en el marco del cual la persona podría tomar la decisión de suicidarse, siempre y cuando se configuren dos requisitos: a) que la persona sea capaz de tomar la decisión, y b) que sea capaz de llevarla a cabo, requisitos –ambos– de imposible configuración en el caso bajo análisis.

para entender en las alegaciones de violación de la Convención Europea de Derechos del Hombre de 1950.

(26) Art. 39 del Reglamento: “1. La Cámara o, de ser apropiado, su Presidente podrán, a solicitud de una de las partes o cualquier otra persona involucrada, o por iniciativa propia, indicar a las partes la adopción de medidas provisionales que considere oportunas con miras al interés de las partes o para la conducción apropiada del procedimiento en trámite. 2. Se deberá dar aviso de estas medidas al Comité de Ministros. 3. La Cámara podrá solicitar información a las partes sobre cualquier asunto en conexión con la ejecución de las medidas provisionales que ha indicado”.

(27) Art. 2º. “Derecho a la vida. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

Art. 3º. “Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

(28) Cfr. caso “Mamatkulov y Abdurasulovic vs. Turquía”, sentencia del 6-2-03, demanda N° 46827/99-46951/99.

(29) CEDH 183 (2014) del 25-6-14, traducción propia.

(30) Sobre la indisponibilidad de la propia vida, se puede consultar la tesis doctoral de MARÍA DEL PILAR ZAMBRANO, publicada bajo el título *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, con Prólogo de Pedro Serna, Buenos Aires, 2005, Ábaco de Rodolfo Depalma.

(15) Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to examine the definition of brain death, *A definition of irreversible coma*, JAMA 1968; 205:337-40, fecha de acceso: 28-6-14, traducción propia.

(16) Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago, *Diagnóstico de Muerte*, Rev. Méd. Chile 2004; 132:95-107, v. 132, n. 1 Santiago, ene. 2004, <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872004000100015>, versión impresa ISSN 0034-9887, fecha de acceso: 28-6-14.

(17) MORELLI, MARIANO G. - OBIGLIO, HUGO O. M. - PAOLETTI, EDUARDO - TALE, CAMILO, *Muerte cerebral y ley de trasplantes (Con motivo de las “Jornadas Interdisciplinarias” - Rosario - 1996)*, ED, 172-800.

Por otra parte, el Tribunal, remitiéndose al art. 2° del Convenio –que protege el derecho a la vida– decretó que las autoridades estatales están obligadas a preservar a la persona que quiere quitarse la vida si la decisión no está tomada “libremente y con total conocimiento”⁽³¹⁾.

Es decir que este precedente delimita el alcance del art. 8° del Convenio, el cual no abarca el presunto “derecho a la eutanasia” ni al “suicidio asistido”.

(31) *Tribunal Europeo: Los Estados no están obligados a facilitar el suicidio*, 26-1-11, www.zenit.org, traducido del inglés por Carmen Álvarez.

Cabe tener presente que esta sentencia fue dictada por el Tribunal en un caso en el que el Estado demandado –Suiza– permite el “suicidio asistido”, a diferencia de lo que ocurre con Francia.

8 Conclusión

Si bien no podemos afirmarlo con certeza, el precedente citado en el acápite anterior permite vislumbrar que existen fundadas posibilidades de que el Tribunal Europeo

no confirme la sentencia dictada por el Consejo de Estado francés en el caso de Vincent Lambert.

VOCES: PODER JUDICIAL - ESTADO EXTRANJERO - DELITOS CONTRA LAS PERSONAS - BIOÉTICA - PERSONA - DERECHO COMPARADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - JURISPRUDENCIA - DERECHOS HUMANOS - TRATADOS Y CONVENIOS - MÉDICO - DISCAPACITADOS - MEDIDAS PRECAUTORIAS - FILOSOFÍA DEL DERECHO - SALUD PÚBLICA

Derechos reales: ¿solamente se puede constituir el derecho real de usufructo por escritura pública?

por DOMINGO C. CURA GRASSI(*)

Sumario: I. NACIMIENTO DE LOS DERECHOS REALES. – II. NACIMIENTO DEL USUFRUCTO. – III. ANÁLISIS DE UN HIPOTÉTICO CASO. ¿CUÁNDO LO PRÁCTICO NO COINCIDE CON LO TEÓRICO? – IV. BIBLIOGRAFÍA.

I Nacimiento de los derechos reales

Acostumbrados a la pregunta obligada, desde la Cátedra, ¿cómo nacen los derechos reales?, la respuesta, igualmente obligada, nos lleva a manifestar con título y modo⁽¹⁾.

Efectivamente, la denominada teoría del título y modo⁽²⁾ nace de una interpretación causalista de la *traditio* romana.

Como nosotros conocemos, la *traditio* por sí sola no sirve para transmitir el dominio si es que no va precedida de un “negocio jurídico”⁽³⁾ antecedente que justifica la transmisión.

Necesariamente debemos contar, entonces, con el *título*⁽⁴⁾ y el *modo*⁽⁵⁾.

Así, la conjunción sólo de ambos elementos determina la transmisión.

Para que se entienda mejor y en términos generales: si tan solo contamos con el título, habrá una simple relación obligacional, y, si tan sólo contamos con el modo, habrá transmisión de la posesión⁽⁶⁾ pero no del derecho real de dominio⁽⁷⁾.

Finalmente, y siguiendo la opinión de LUIS DIEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, expresamos que “...la teoría del título y modo es una interpretación causalista del sistema de transmisión del dominio, ordenada con una terminología escolástica –causa remota y causa próxima igual título y modo– que dominó la doctrina europea durante una época y que se consagró en algunos Códigos Civiles (básicamente en el Código Civil austríaco)”⁽⁸⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El objeto de la hipoteca en su relación con el derecho real de usufructo*, por DIEGO HERNÁN RULL, ED, 191-13; *Administración y usufructo de los padres. Protección del capital del menor*, por ALBERTO JORGE GOWLAND, ED, 201-702; *Legítima, porción disponible y legado de usufructo*, por OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ, ED, 239-219; *Extinción de usufructo por no uso*, por MARCELO EDUARDO URBANEJA, ED, 239-300. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Investigador, categorizado por el Ministerio de Educación de la Nación Categoría Dos, UBA. Profesor de Derechos Reales, Universidad Austral.

(1) Igualmente, obligados estamos a señalar que, siguiendo el viejo adagio “toda regla tiene su excepción”, en este campo nosotros conocemos que existe un modo de adquirir el dominio en el que el título y el mismo modo se confunden: art. 2525 del cód. civil referido a la apropiación.

(2) Podríamos calificarla como “tradicional” en nuestro sistema de derecho.

(3) En este estadio ya queremos resaltar la importancia de la distinción de los siguientes términos: “negocio jurídico” y “acto jurídico”.

(4) Título que, a su vez, en nuestro sistema de derecho se divide en dos: Formal: escritura pública, en la mayoría de los casos, no en todos, como precisamente veremos en el presente ensayo; Material: contrato de compra y venta, permuta, donación, etcétera.

(5) Modo que se identifica con la denominada *tradición* (nosotros preferimos hablar de “posesión”), y en los casos de tratarse de cosas inmuebles debe sumarse la inscripción en el Registro correspondiente.

(6) Posesión, es decir “hecho”, independiente del derecho real de dominio. Para aquellos que quieran profundizar en el tema remitimos a nuestra obra *Poseción*.

(7) Dominio, es decir “derecho real” por excelencia, arts. 2503, 2506 y sigs. y concs. del cód. civil.

(8) De su obra *Sistema de derecho civil*, ver aquí en Bibliografía, pág. 71.

II Nacimiento del usufructo

En nuestro sistema de derecho el usufructo es regido como un derecho real⁽⁹⁾.

Consecuentemente con lo expresado *supra*, el usufructo, como tal, es decir, como derecho real⁽¹⁰⁾, nace a partir del cumplimiento de la denominada teoría del título y modo.

En consecuencia, el derecho real de usufructo sobre cosas inmuebles debería ser constituido por escritura pública, atento a lo prescripto por los arts. 2932, 2830, 1184, inc. 1°, 2505, 2503, 2807, sigs. y concs. del cód. civil⁽¹¹⁾.

Y si bien en una obra de nuestra autoría, con anterioridad⁽¹²⁾ expresamos:

“...Usufructo. Necesidad de escritura pública para su constitución.

“Con respecto al tema siempre tan controvertido en la materia, referido a la ‘escritura pública’, tratándose de usufructo sobre bienes inmuebles, en nuestra opinión como derecho real que es, debe, indudablemente, en primer lugar, por una cuestión de forma (cabe recordar aquí que la escritura pública en sí misma, no cumple una función de publicidad, sino de formalidad; sirve de vehículo de aquella) y en segundo lugar a los efectos de permitir así su oponibilidad a terceros, inscribirse en el registro de la propiedad, para lo cual se requiere previamente la firma de Aquella...”⁽¹³⁾.

Decíamos, si bien con anterioridad manifestamos lo referido *supra*, vacilaciones de por medio que precisamente nos llevaron –se insiste– en aquel momento a referir: “...Con respecto al tema siempre tan controvertido en la materia, referido a la ‘escritura pública...’, precisamente porque nos preguntábamos ya, si por autorización judicial⁽¹⁴⁾ igualmente, y frente a un hipotético caso, no damos por cumplido con el requisito referido a la forma, autorización judicial que a los fines de dar cumplimiento con el Principio de Absolutidad, referido a todos y cada uno de los Derechos Reales, se lo inscriba en el Registro respectivo”.

III Análisis de un hipotético caso. ¿Cuándo lo práctico no coincide con lo teórico?

Situación: supongamos que A estaba casado con B y tienen una hija C.

Acervo sucesorio: un inmueble.

Fallecido A, su cónyuge supérstite B en el mismo expediente sucesorio del causante decide ceder el inmueble a su hija C y constituir un usufructo a su favor.

(9) Deducimos tal afirmación atento a lo prescripto por los arts. 2503, 2807 y sigs. y concs. del cód. civil.

(10) Derecho real de disfrute, sobre cosa ajena.

(11) Expresamos aquí, con el mayor de los respetos, el verbo “debería” y no “debe”, atento a que en el punto siguiente intentaremos demostrar lo contrario.

(12) *Derechos Reales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, vol. IV “Usufructo, uso, habitación y servidumbres”.

(13) Por algo expresamos en aquel momento que la escritura pública no cumple función de publicidad sino de formalidad.

(14) Acaso, nos preguntamos, ¿un fallo judicial, que homologa un convenio de partición, inscripto en el Registro respectivo, no cumple con el requisito referido a la forma?

Más aún, en el supuesto de adquisición del dominio por vía de subasta judicial, se cumple con la transmisión de la entrega de la cosa, previo pago y con el auto de aprobación de esta inscripto en el Registro respectivo. No se exige la escritura pública.

Ahora, si el adquirente quiere para mayor seguridad contar con escritura pública a su favor, puede hacerlo pero, insistimos, no es obligatorio.

En nuestra humilde opinión, no vemos impedimento para que el juez homologue dicho acuerdo.

Distinta sería la situación si apareciese otro inmueble ajeno a la comunidad y se hubiera intentado hacer lo propio.

En el hipotético caso analizado estamos hablando de un único inmueble que integra la comunidad hereditaria.

Nos parece un exceso de forma la exigencia de la escritura pública a tales fines, cuando con un fallo judicial que homologa un convenio de partición igualmente damos cumplimiento a la forma, máxime que él igualmente se puede inscribir en el Registro respectivo a los fines de respetar el principio de oponibilidad referido a todos los derechos reales⁽¹⁵⁾.

IV Bibliografía

ALLENDE, LORENZO G., *Panorama de los derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967.

CLERC, CARLOS, *Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

CURA GRASSI, DOMINGO C., *Derechos reales*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, vol. II “Posesión”.

– *Derechos reales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, vol. IV “Usufructo, uso, habitación y servidumbres”.

– *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012.

DIEZ-PICAZO, LUIS - GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, vol. III “Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral”.

GATTI, EDMUNDO - ALTERINI, JORGE, *El derecho real*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.

MORELLO, AUGUSTO M., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996/1999.

RIGAUD, LUIS, *El derecho real*, Madrid, Reus, 1928.

VENEZIAN, GIÁCOMO, *Usufructo, uso y habitación*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928.

VOCES: USUFRUCTO - DERECHOS REALES - LEGITIMACIÓN - REIVINDICACIÓN - PRESCRIPCIÓN - USUCAPIÓN - SUCESIÓN - MATRIMONIO - PRUEBA

(15) En este estadio nos vienen a la memoria las palabras del eximio procesalista AUGUSTO MARIO MORELLO, referidas a la necesidad de colmar el derecho de fondo con el derecho de forma.

JURISPRUDENCIA

Entidades Financieras:

Banco Central de la República Argentina: potestad sancionatoria; sanciones; carácter; recurso; efecto devolutivo; art. 42 de la ley 21.526; cuestionamiento constitucional; desestimación; casa de cambio; realización de actividades prohibidas; síndico; multa; confirmación.

1 – *El Banco Central, en cuanto eje del sistema financiero, ostenta la facultad no sólo de reglamentar la referida materia sino también de ejercer la vigilancia de la aplicación de las normas que la regulan, sancionando las transgresiones que se produzcan, pero las sanciones que impone tienen carácter administrativo, no penal, y por lo tanto no resultan estrictamente aplicables los principios propios del derecho penal.*

2 – *En el ejercicio de su potestad sancionatoria, el BCRA tiene acotadas sus facultades por normas expresas, como el art. 41 de la ley 21.526, de modo tal que el ente de control se debe*