



De la serie Medellín zenit: Tensión-Off  
David Escobar Parra

***DERECHOS PERSONALÍSIMOS.  
ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO  
CUERPO: CUATRO PREGUNTAS  
DISTINTAS SOBRE SU EXISTENCIA\****

\* El presente trabajo fue presentado como Ponencia en las XVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, 2001. En esta oportunidad, el mismo fue ampliado, corregido y adaptado para la presente publicación.

Fecha de recepción: Septiembre 4 de 2006

Fecha de aprobación: Octubre 25 de 2006

## DERECHOS PERSONALÍSIMOS. ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO: CUATRO PREGUNTAS DISTINTAS SOBRE SU EXISTENCIA

María del Carmen Cerutti \*\*

### RESUMEN

Los actos de disposición del propio cuerpo se ubican dentro de los llamados derechos personalísimos y protegen las manifestaciones físicas de la persona, comprendiendo las atribuciones o señorío que el hombre tiene sobre su vida, su integridad física y despojos mortales. Cuestiones como el aborto, intervenciones quirúrgicas, eutanasia, ablación e implante de órganos, fecundación asistida; integran el amplio campo de la integridad física. En cada una de estas situaciones se plantea una serie de interrogantes que aparecen como limitaciones a las atribuciones. Uno de los interrogantes que se impone como prioritario, consiste en formular una pregunta de carácter ontológico, o sea referirse a la existencia de los llamados derechos personalísimos, entre los que se ubican los actos de disposición del propio cuerpo. Es por ello que, en esta oportunidad, no se abordan actos en particular, si no las diferencias entre distintos tipos de existencia, con el objetivo de evitar confusiones conceptuales.

**Palabras clave:** derechos personalísimos, tipos de existencia.

### THE MOST PERSONAL RIGHTS. DISPOSITION ACTS OF THE OWN BODY: FOUR DIFFERENT QUESTIONS ABOUT ITS EXISTENCE

#### ABSTRACT

The disposition acts of the own body are located in the so-called most personal rights and they protect the physical manifestations of the person enveloping the attributions that men have over his own life, his physical integrity, and his mortal remains. Themes as abortion, surgeries, euthanasia, ablation and organ implants, attended fertilization; constitute the broad field of physical integrity. About each of those it considers a series of questions, which appears as attributions limitations. The main and high priority question consists of formulating a question of ontological character, that is, to talk about the existence of the so-called most personal rights, where are located the disposition acts of the own body. That's why in this opportunity; acts in individual are not approached but the differences between different types of existence, in order to avoid conceptual confusions.

**Key words:** the most personal rights, types of existence.

\*\* Profesora Titular de Derecho Privado I, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Profesora Titular de Derecho Civil I, Universidad Nacional de La Rioja, Argentina.

## DERECHOS PERSONALÍSIMOS. ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO: CUATRO PREGUNTAS DISTINTAS SOBRE SU EXISTENCIA

### 1. INTRODUCCIÓN

Los actos de disposición del propio cuerpo se ubican dentro de los llamados derechos personalísimos y si bien en las definiciones de los autores que abordan el tema se advierten algunas variantes, es posible encontrar características relevantes comunes que, en general, coinciden en considerarlos derechos subjetivos que aseguran al hombre el goce y respeto de todas sus potencias o facultades inherentes a su condición humana<sup>1</sup>.

Cada uno de ellos protege distintos aspectos y manifestaciones del hombre. En los actos de disposición del propio cuerpo se protegen las manifestaciones físicas de la persona, comprendiendo las atribuciones o señorío que el hombre tiene sobre su vida, su integridad física y sus despojos mortales. Cuestiones como el aborto, intervenciones quirúrgicas –desde la más sencilla hasta cambio de sexo, amputaciones o esterilizaciones–, eutanasia, ablación e implante de órganos, fecundación asistida; integran el amplio campo de la integridad física.

En cada una de estas situaciones se plantea una serie de interrogantes que aparecen como limitaciones a las atribuciones. Resulta inevitable la referencia a la moral, sea para sostener una vinculación necesaria entre las normas jurídicas y las morales, una vinculación contingente o negarla.

La idea a desarrollar en esta oportunidad es formular una pregunta de carácter ontológico, o sea referida a la *existencia* de los derechos llamados personalísimos, entre los que se ubican los actos de disposición del propio cuerpo. Preguntarse por su existencia conduce a diferenciar distintas ideas de existencia, lo que ayuda a evitar confusiones conceptuales. Las preguntas sobre la existencia se plantea en el campo de los derechos humanos y más allá de las diferencias que puedan establecerse entre derechos humanos y derechos personalísimos en cuanto a que los primeros pertenecen a la órbita de la tutela pública y los segundos a la privada, considero que no hay razón suficiente que impida formularlas e intentar alguna respuesta. Los derechos humanos operan como género, como un gran círculo y dentro de ellos una especie que corresponde a los personalísimos, por lo que la

<sup>1</sup> LLOVERAS DE RESK, María E.; BERTOLDI DE FOURCADE, María V.; BERGOGLIO, María T. *Lecciones de Derecho Civil – personas naturales y jurídicas*. Córdoba, Advocatus, 1990, p. 87.

pregunta por su existencia bien vale para ambos, si bien ahora es con referencia expresa a los segundos.

## 2. PROBLEMA ONTOLÓGICO: ¿EXISTEN DERECHOS QUE PERMITAN REALIZAR ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO?

Corresponde diferenciar, al menos, cuatro ideas de existencia: jurídica, social, cultural y moral.

### 2.1. Existencia jurídica

Es una noción relativa, ya que depende de si el Estado a través de los órganos competentes, incorpora normas al sistema jurídico que otorguen derechos que permitan a las personas realizar actos de disposición sobre su propio cuerpo. En este sentido cuando un orden jurídico incorpora tales derechos y regula como usarlos, cabe hablar de la existencia de derechos jurídicos sobre actos de disposición del propio cuerpo. Así, por ejemplo, en el orden jurídico argentino se incorpora y regula mediante la ley 21.541, modificada por ley 23.464 y la actual 24.193, el régimen sobre trasplantes de órganos y materiales anatómicos.

Ahora bien, esta existencia jurídica concreta que se logra mediante la incorporación de normas al sistema, ¿encuentra su sustento u origen en el derecho positivo mismo?, por ello resulta interesante la siguiente pregunta: ¿los derechos relativos a actos de disposición del propio cuerpo, están fundados en el derecho positivo o en alguna exigencia moral? Una respuesta es la que ofrece Bulygin<sup>2</sup> referida a los derechos humanos, en el sentido que "nada impide hablar de derechos morales y de derechos humanos (en este caso de derechos para realizar actos de disposición sobre el propio cuerpo), pero tales derechos no pueden pretender a una validez absoluta, sino que sólo pueden ser interpretados como *exigencias* que se formulan al orden jurídico desde el punto de vista de un determinado sistema moral". El orden jurídico positivo puede ser valorado según cumpla o no con esas exigencias.

Pero debe tenerse en cuenta que si la idea de exigencias al orden jurídico desde el punto de vista de un determinado sistema moral, pero cuyas normas (morales) carecen de validez absoluta, las exigencias que se formulan sólo tienen validez subjetiva, o sea sólo existen para el sujeto que las admite<sup>3</sup>. Esto nos lleva a considerar la idea de existencia moral, que abordaré al final, por ser quizás la más polémica.

<sup>2</sup> BULYGIN, Eugenio: «Sobre el status ontológico de los derechos humanos», en *Doxa* 4, Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, Alicante, 1987, p. 79-84.

<sup>3</sup> En un interesante trabajo, Vernengo reflexiona sobre la postura de Bulygin relativa a los derechos humanos como exigencias que se formulan al orden jurídico positivo. VERNENGO, Roberto J:

Podemos preguntarnos si desde algún determinado sistema moral se formulan exigencias al legislador para que incorpore al orden jurídico normas que permitan y regulen, por ej: el aborto, la eutanasia, las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo. En el sistema argentino se permite la dación de órganos in vivo para ser implantados en otras personas, como también para disponer de ellos después de la muerte, pero no está permitido el aborto, la eutanasia, ni operaciones de cambio de sexo; si bien se advierten exigencias, desde algún punto de vista moral, para que se incorporen normas al sistema permitiendo tales actos de disposición. Es así que en el "Anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal Argentino" se permite el aborto que se practique con consentimiento de la mujer y con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o psíquica-social de la madre; también se permite si el embarazo proviene de una violación y lo más novedoso es la permisión del aborto que se practique con consentimiento de la mujer y dentro de los tres (3) meses desde la concepción. Asimismo se legisla sobre la eutanasia pasiva. Estas cuestiones son aún debatidas en la sociedad argentina, por lo que no se sabe cual será el éxito o fracaso de dicho Anteproyecto.

En cuanto a la existencia jurídica de derechos que permitan actos de disposición del propio cuerpo, se puede concluir expresando que es relativa al sistema jurídico y que existen en tanto y en cuanto éste mediante normas jurídicas expresas los otorgue; si bien la razón para otorgarlos puede provenir de alguna exigencia moral de la sociedad.

### 2.2 Existencia social

Este tipo de existencia se refiere a la eficacia, o sea se trata de saber si las normas jurídicas que establecen derechos para realizar actos de disposición del propio cuerpo son eficaces o no, o sea si se acatan, tanto desde el punto de vista de las personas en general y de los jueces en cuanto a su aplicación. En Argentina averiguar sobre este tipo de existencia, significa saber si es eficaz la ley sobre Dación de órganos. En lo que respecta a los otros actos mencionados como de disposición del propio cuerpo, como no tienen existencia jurídica normas que los permitan y regulen (salvo el aborto en dos situaciones puntuales en el actual Código Penal), no se puede hablar de eficacia en relación con lo que no existe jurídicamente.

### 2.3 Existencia cultural

Esta idea hace referencia a que en cada sociedad existe un conjunto de creencias morales que identifican la cultura de esa sociedad. En este sentido, para toda moral existe una sociedad, pero no toda sociedad tiene una sola moral, por ello, se

«Enfoques escépticos de los Derechos Humanos», en *Anuario de Derechos Humanos* n° 6, Edit. Universidad Complutense Madrid, 1990, p. 161-178.

alude al conjunto de creencias morales que identifican la cultura de esa sociedad y esas creencias permiten valorar sobre la corrección de los derechos que se tienen, porque cada moral proporciona un criterio de inmoralidad.

Ahora, la pregunta sería: ¿qué conjunto de creencias morales identifican a una cultura que permita valorar los derechos jurídicos que se tienen sobre actos de disposición del propio cuerpo, como correctos o incorrectos, buenos o malos, justos o injustos; o en su caso, si es correcto o no incorporar otros al sistema? O sea la cuestión de la existencia cultural de los derechos —en este caso de los que se refieren a actos de disposición del propio cuerpo— alude a que una sociedad pueda valorar, conforme a un conjunto de creencias morales que la identifican, sobre la corrección de los derechos que existen jurídicamente y de los que considera deben incorporarse al sistema.

#### 2.4 Existencia moral

La pregunta a formular es la siguiente: ¿cuándo existe moralmente el derecho personalísimo sobre actos de disposición del propio cuerpo? La respuesta lleva a un problema metaético, porque dependerá de qué concepción de la moral se adopte.

Una respuesta es afirmar que existen cuando pertenecen a la *moral crítica u objetiva*, que es la única que proporciona criterios de corrección para evaluar a la moral positiva o convencional o cultural (o sea a las creencias morales de cada sociedad). La moral crítica es pensar en un sistema moral cuyas normas son universalmente válidas y cognoscibles y suministran criterios para juzgar a la moral positiva de cada sociedad y a las normas jurídicas. Quienes se enrolen en esta postura tendrán que hacerse cargo de responder lo siguiente: ¿cómo se demuestra que existe esta moral?. También deberán responder sobre el criterio por el cual se juzga a las normas jurídicas y a la moral de cada sociedad. Por ejemplo: ¿cuál es el criterio universalmente válido y de donde surge, para decidir si es bueno o malo, justo o injusto, correcto o incorrecto, admitir o no la eutanasia, o el aborto o las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo, y con ese criterio juzgar al derecho positivo?

¿Qué se puede decir sobre esto? Que hay quienes se enrolan en un *escepticismo moral*: no hay en el mundo nada que sea moral crítica u objetiva, en este caso si los derechos que permiten actos de disposición del propio cuerpo dependen o existen de esta moral crítica, para un escéptico en ética no hay tales derechos universalmente válidos desde un punto de vista moral. No niegan que se tenga moral, lo que niegan es que existe un criterio para discutir los desacuerdos. Como tampoco hay criterio para evaluar lo correcto o incorrecto, no se puede derivar ninguna norma moral con alguna pretensión de validez.

Por otro lado los *relativistas morales* sostienen que hay creencias morales con valor normativo y se pueden derivar normas de cada conjunto de creencias, pero son inconmensurables entre sí, por ejemplo: un conjunto de creencias morales deriva una norma que acepta y regula en qué casos es permitida la eutanasia o el aborto, mientras que otro conjunto de creencias la o lo rechaza en todos los casos.

Por último está el *objetivismo moral*, que alude a como se puede llegar a una moral crítica u objetiva. Básicamente de dos maneras: a) por la vía del *constructivismo moral*: los derechos se construyen. Es la postura de Nino<sup>4</sup>, desarrollada en el texto citado. Transcribo a continuación un párrafo del Capítulo III, titulado El constructivismo ético. “*El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros*” (p. 109). O cuando expresa: “La moral se caracteriza por operar a través del *consenso*” (p.109). b) por la vía del *realismo moral*: sostiene que hay hechos en el mundo que permiten decidir si son moralmente malos o buenos. Por ejemplo: un realista moral puede decidir y pretender una moral objetiva (o sea con pretensión de universalidad) si admitir la eutanasia es en sí un hecho moral correcto o incorrecto, bueno o malo.

O sea si la existencia moral depende de la moral crítica u objetiva, se pueden adoptar distintas posturas sobre ella y de acuerdo a cada postura, la respuesta será distinta.

### 3. A MODO DE CONCLUSIÓN

- 3.1 La pregunta ontológica, o sea referirse a la *existencia* de los derechos llamados personalísimos, conduce a diferenciar distintas ideas de existencia, tales como: jurídica, social, cultural y moral.
- 3.2 La existencia jurídica es una noción relativa, ya que depende de si el Estado a través de los órganos competentes, incorpora normas al sistema jurídico que otorgue derechos que permita realizar actos de disposición sobre su propio cuerpo.
- 3.3 La existencia social consiste en saber si las normas jurídicas que establecen derechos para realizar actos de disposición sobre el propio cuerpo son eficaces o no, tanto desde el punto de vista de las personas, como de los jueces en cuanto a su aplicación.
- 3.4 La existencia cultural hace referencia a que en cada sociedad existe un conjunto de creencias morales que identifican la cultura de esa sociedad y le

<sup>4</sup> Nino, Carlos S.: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2° ed. ampliada y revisada, Bs.As., Astrea, 1989.

- permiten valorar sobre la corrección de los derechos que existen jurídicamente y de los que considera deben incorporarse al sistema.
- 3.5 La existencia moral consiste en formular la pregunta siguiente: ¿cuándo existe moralmente el derecho personalísimo sobre actos de disposición sobre el propio cuerpo? Y la respuesta lleva a un planteo metaético, porque dependerá de qué concepción de la moral se adopte.
- 3.6 Cada una de las ideas de existencia son distintas y si se quieren combinar, se pueden asumir distintas posturas, si por ejemplo pensamos en la eutanasia como uno de los actos de disposición del propio cuerpo, algunas de las combinaciones posibles pueden ser: a) aceptar la existencia jurídica y ser escéptico en cuanto a la existencia moral, tal el caso de afirmar que el orden jurídico otorga y regula en qué circunstancias se la puede practicar, pero no comprometerse con el juicio moral de si es malo o bueno hacerlo, b) aceptar la existencia jurídica y ser relativista en cuanto a la existencia moral, tal es el caso de afirmar que el orden jurídico otorga y regula en qué circunstancias se puede practicar eutanasia y comprometerse con un juicio moral que responde a ciertas creencias morales que lo admiten y asumir que otras no lo admiten, c) aceptar la existencia jurídica y ser objetivista en cuanto a la existencia moral, en el sentido de comprometerse con una moral objetiva que por una u otra vía (constructivismo o realismo) proporcione algún criterio para evaluar si son correctas o incorrectas las normas de la existencia jurídica que otorgan y regulan la eutanasia.
- 3.7 La reflexión sobre derechos que permiten realizar actos sobre disposición del propio cuerpo está instalada en la sociedad y en la comunidad jurídica (con especial referencia a la Argentina) y me permito pensar que se intenta encontrar y coincidir en una postura metaética que proporcione un criterio con el cual evaluar sobre si resultaría correcto o incorrecto incorporar normas al orden jurídico positivo que autoricen tales actos.

## BIBLIOGRAFÍA

- BULYGIN, Eugenio. *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*. En: Doxa 4, Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, Alicante, 1987, p. 79-84.
- LLOVERAS DE RESK, María E.; BERTOLDI DE FOURCADE, María V.; BERGOGLIO, María T. *Lecciones de Derecho Civil – personas naturales y jurídicas*. Córdoba, Advocatus, 1990, p. 87.
- NINO, Carlos S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2° ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- VERNENGO, Roberto J: "Enfoques escépticos de los Derechos Humanos", en Anuario de Derechos Humanos nº 6, Edit. Universidad Complutense Madrid, 1990, p. 161-178.