

Comisión n.º 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad de la persona humana”

RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE DISPONER DEL PROPIO CUERPO*

Autor: Federico Daniel Arrué¹

Resumen:

Parece acertado que existan en el nuevo Código Civil y Comercial normas atinentes a la relación de la persona con su propio cuerpo. Sin embargo las limitaciones plasmadas distan mucho de ser claras y puede entenderse que, en algunos puntos, no se ajustan a los principios liberales del sistema jurídico argentino. Es deseable por tanto su pronta revisión legislativa y su inmediata adecuación por vía pretoriana.

1. Introducción y esquema del trabajo

A diferencia del Código de Vélez Sarsfield, el flamante digesto unificado contiene disposiciones expresas atinentes a la libertad personal sobre el propio cuerpo, la propia salud y la propia vida. La incorporación de estas previsiones resulta un avance dado que importa regular, en el digesto normativo marco del derecho civil, una temática de indiscutible aplicación práctica, lo que puede facilitar su armonización con otras normas del sistema.

Lamentablemente, en algunos aspectos, estas regulaciones presentan un alto grado de vaguedad e incluso son de discutible constitucionalidad.

En este trabajo nos centraremos en el análisis del art. 56 del Código Unificado. Seccionaremos su contenido para dar cuenta, parte a parte, de los supuestos y excepciones que plantea, resaltando sus aspectos problemáticos.

Cerraremos, finalmente, con unas breves conclusiones.

2. Disposición sobre el propio cuerpo

2.1 Texto legal, su fuente y las consecuencias previstas para el caso de incumplimiento

El artículo 56 del nuevo Código Civil y Comercial, en su primera parte, reza:

Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la

* Avalada por Mario A. Zelaya, Profesor Adjunto de la cátedra de *Derecho Privado Parte General*, Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur.

¹ Abogado, Especialista en Derecho Penal y Magister en Derecho. Docente de las cátedras de *Filosofía del Derecho* y de *Ciencias Políticas*, Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur.

*persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico*².

El texto sigue al art. 110 del proyecto elaborado por los Dres. Alegría, A. Alterini, J. Alterini, Belluscio, Boggiano, Kemelmajer de Carlucci, Méndez Costa y Rivera en el año 1998.³

Tiene su raíz en el art. 5 del Código Civil Italiano de 1942, lo cual explica su corte autoritario.⁴

No quedantotalmente en claro las implicancias prácticas que tienen lasrestricciones impuestas por el texto legal reseñado.

Muy posiblemente éstasconllevenla prohibición de contratar en tal sentido, haciendo por tanto que cualquier contrato que las tenga por objeto no sea válido al menos en ese punto⁵.

Por otra parte, es factible especularque la prohibición quiere dar a entender que, incluso por fuera del aspecto contractual, no es válido el consentimiento que contraríe la normativa, de modo tal que quien actúa siguiendo una autorización adversa al articulado lo hace como si esa autorización no existiere y puede ser responsabilizado del eventual daño que produzca⁶. Es razonable pretender incluso que esta consecuencia se extiende al ámbito del Derecho Penal, máxime teniendo presente que el sistema punitivo argentino no tiene una regulación expresa en aquélla materia y que su elaboración ha quedado en manos de la doctrina y la jurisprudencia.

Lo antes dicho implicaría que la vulneración a las restricciones puede dar lugar también a responsabilidad administrativa en quien las efectúa.

Cabe preguntarse, empero, si la normativa reseñada habilita a una persona a solicitar judicialmente que se impida materialmente la práctica de una disposición contraria a derecho que presumiblemente va a efectuar un tercero sobre su propio cuerpo.

² El artículo continúa: *La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial.*

El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.

³ Conforme Decreto 685/95.

⁴ En su idioma original: *Gliatti di disposizione del proprio corposonovietatiquandocagionino una diminuzione permanente dellaintegritàfisica, o quandosianoaltrimenticontrariialla legge, all'ordinepubblico o al buoncostume.*

El *Codice Civile* entró en vigencia durante el gobierno fascista de Benito Mussolini. La ideología imperante señalaba al hombre como servidor del Estado razón por la cual aquel tenía el deber de estar físicamente íntegro en procura de aportar una mayor utilidad.

Fue reformado en el año 2012 para permitir el trasplante de órganos entre vivos.

⁵ En este sentido, el art. 1004 del Código Civil y Comercial indica: *No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56.*

Al art. 17 haremos referencia en una nota al pie posterior.

⁶ En esta línea argumental el art 1743 del Código indica: *Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyesimperativas, o son abusivas...*

En cualquier caso, más allá de la escueta y desafortunada redacción en lo relativo a sus implicancias, lo cierto es que el Código veda las disposiciones sobre el propio cuerpo cuando se configura cualquiera de tres supuestos⁷, salvo que se presenten dos posibles excepciones.

Las líneas de prohibición son: que la disposición redunde en una disminución permanente de la propia integridad física, que sea contraria a la ley, y que sea contraria a la moral o las buenas costumbres.

Analizaremos cada una de ellas.

2.2 - Disminución permanente en la integridad.

La descripción del Código es en este punto relativamente clara, pese a lo cual pueden efectuarse dos lecturas.

Una interpretación restringida de la prohibición puede asimilar *integridad a funcionalidad*. Así, estaría prohibida la disposición del propio cuerpo que redunde en la disminución definitiva de una capacidad o habilidad manifiesta, como puede ser el caso de una amputación de una mano, un pie o un ojo.

Incluso en tal entendimiento el artículo no está exento de debate. En cuanto no se afecte el interés de un tercero no existe potestad del Estado para inmiscuirse en la máxima esfera personal del individuo, como lo es su propio cuerpo, y en lo que cada quien escoja libremente y en pleno uso de sus facultades mentales para su propia vida.

La justificación de esta prohibición debería buscarse en que una incapacidad permanente en cabeza de una persona puede obligar al Estado, a partir de las leyes generales existentes, a destinar fondos públicos para su ayuda, o bien a poner en marcha un complejo proceso tendiente a demostrar que, en función de la voluntariedad de la disminución, no corresponde que se le otorgue tal prestación.

Una planteo independiente, pero en la misma línea argumental, merece la renuncia a la posibilidad física de engendrar o concebir.⁸

⁷ Herrera, Caramelo y Picasso hablan de dos supuestos. - Cfme. Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero*, Infojus, Buenos Aires, 2015, pág. 137. – Por nuestra parte creemos correcto hablar de tres líneas, remarcando la diferencia que existe entre una prohibición legal y una que surge en principio de la moral.

⁸ La ley 26.130 habilita expresamente procedimientos en tal sentido a partir del texto de su art. 1, el cual reza: *Toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía" en los servicios del sistema de salud.* No se requiere consentimiento conyugal ni autorización judicial, salvo que la persona sea incapaz (cfme. Arts. 2 y 3).

Estas prácticas son compatibles con el Nuevo Código ya que pueden reputarse reversibles.

La ley 26.743, por su parte –en una regulación digna del mayor elogio– garantiza el derecho a intervenciones quirúrgicas totales y/o parciales –incluida la genital– y tratamiento farmacológico, hormonal o de otra índole para adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida sin necesidad de autorización judicial o administrativa (cfme. arts. 2 y 11).

También es compatible con el Código Unificado sin que la normativa deba verse forzada en su interpretación, dado que la ley especial reseñada plantea a la intervención como un derecho en el marco del goce integral de la salud. De esta forma se subsume en una de las excepciones que da el digesto para su prohibición, tal como se analizará luego.

Sin embargo esta interpretación restringida a la que hemos hecho referencia parece forzada. Del texto de la ley es dable entender que ésta tiene un sentido amplio y que por tanto queda prohibida cualquier tipo de disminución permanente a la integridad corporal, incluso aquella que cause al individuo perjuicios mínimos o moderados, como puede ser la amputación de un dedo, un pabellón auricular, la nariz o la extracción de una costilla. O incluso las que no causan perjuicio alguno, como es el caso de la circuncisión.

Aquí ya no puede argumentarse, en defensa de la disposición legal, que indirectamente otros miembros de la sociedad han de sufrir una afectación por la decisión de aquel que opta por verse disminuido. Debe concluirse por tanto que estamos frente a una intervención arbitraria e ilegítima del Estado en el ámbito de la individualidad, que choca de manera frontal e irreconciliable con los principios liberales que surgen de la Constitución Nacional.

La pauta legal presenta una marcada ideología paternalista. El Estado, frente a determinados aspectos de la vida del ciudadano, se constituye como su tutor perpetuo vedándole lo que, desde su perspectiva y evaluación, considera que no le es conveniente, menospreciando así las consideraciones que pueda hacer el individuo.

Sin embargo puede vislumbrarse también un trasfondo de índole moral: un deseo de homogeneizar a la sociedad bajo el patrón de conductas mayoritarias en desmedro de las particularidades, deseos y valores de cada quien.

Sobre este último punto haremos referencia mayor luego.

Debe en cualquier caso quedar en claro que la prohibición de disponer del propio cuerpo no puede justificarse en la prohibición de poner en el mercado las partes que de él puedan ser separadas -órganos, sangre, etc.-, pues la segunda prohibición puede existir sin la primera y tener diversos fundamentos.⁹

La restricción del Código *no alcanza a las partes renovables del cuerpo, como pelo, óvulos, semen, sangre, leche materna, u otra, porque su disposición no ocasiona una disminución permanente de la integridad corporal.*¹⁰

2.3 - Contrariedad con la ley

Esta limitación resulta absurda, no por su contenido, sino por su obviedad.

El Código Civil es, a todas luces, una ley compleja que, en el artículo que nos ocupa, da pautas generales de restricción a la disposición sobre el propio cuerpo. Si existiesen leyes especiales que sumasen prohibiciones en términos o en situaciones más puntuales, éstas no entrarían en conflicto con aquéllas ni supondrían por tanto su derogación. Simplemente se tendrían dos fuentes de prohibición sin referencia la una a la otra. Estas

⁹ La prohibición de vender órganos o sangre, a su vez, puede fundarse, no necesariamente en consideraciones morales, sino en la concreta necesidad de evitar un tráfico ilícito de estos elementos orgánicos.

En el Código esto está suficientemente protegido por lo dispuesto por el art. 17: *Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.* Esto a su vez es reforzado por el ya reseñado art. 1004.

¹⁰ Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, (Directores), op. Cit., pág. 138.

referencias, sin embargo, no son necesarias desde que ambas normas se inscriben evidentemente dentro de un mismo sistema jurídico.

Una ley que veda todo aquello que estuviese vedado ya por alguna otra ley -en principio de igual jerarquía- es una redundancia que, si bien no afecta la solución de los casos que se puedan plantearse, marca una desprolijidad en la técnica legislativa empleada.¹¹

Sólo sería entendible si el Código pretendiera ser la única fuente jurídica aplicable a la temática en cuestión, entrando así por consiguiente en presunto conflicto con toda otra legislación aunque no la contradiga; lo cual no es el caso.

2.4 - *Contrariedad con la moral o las buenas costumbres*

Este supuesto presenta, al menos, dos grandes flancos abiertos a la crítica.

En primer lugar la falta de certeza sobre qué disposiciones concretas están prohibidas. Toda palabra de clase tiene un margen de indeterminación a partir de cual un elemento puntual puede debatirse si se encuentra o no subsumida en ella. Sin embargo, expresiones como *moral o buenas costumbres* tienen un grado de amplitud máximo y necesariamente requieren ser complementadas con valoraciones subjetivas, debatibles y cambiantes.

Aunque se las entendiera como *moral y buenas costumbres mayoritariamente aceptadas en un tiempo dado* -el presente- *por una sociedad determinada* -que puede discutirse si es la nacional, la provincial o la municipal-, en la práctica la decisión del juzgador apenas tendrá límites y podrá estar basada en su propia escala de valores, viéndose así afectada la seguridad jurídica.

Más allá de esto, es la segunda crítica a la disposición la que resulta más seria. A partir de cuestiones morales o de costumbres socialmente consideradas como correctas se coarta la libertad personal, independientemente de que los actos individuales afecten o no a terceros o incluso a la persona misma.

Estamos por tanto frente a una retrógrada confusión entre el derecho y la moral.¹²

Fácilmente pueden imaginarse ejemplos de disposiciones del cuerpo cuya moralidad o encuadre dentro de las así llamadas *buenas costumbres* pueda resultar polémica y potencialmente originar las consecuencias ya reseñadas. Basta pensar en tatuajes atípicos -por el motivo tatuado o por el lugar del cuerpo en el que se realicen-, *piercings* de gran tamaño en partes del cuerpo inusuales, *piercings* subcutáneos -microdermales-, inserción en el cuerpo de placas metálicas para distorsionar su volumen o textura, marcas con fuego o cicatrices -escarificaciones-, bifurcación lingual -lengua bífida-, corte del frenillo sublingual sin motivo médico o ampliación extrema de los lóbulos del pabellón auricular.

¹¹ Esta misma redundancia puede encontrarse, por ejemplo, en el art. 55 del Código Unificado: *Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres...*

¹² La expresa moralización del derecho también puede observarse, por ejemplo, en la regulación genérica de los derechos personalísimos según surge del art. 55 del Código Unificado, transcrito en su parte pertinente en la nota anterior.

No es el objetivo de este trabajo referir a los derechos personalísimos en general, pero basta lo ya mencionado para concluir que el legislador no ha sabido entender la esencia de lo que implica que un derecho sea *personalísimo*: que corresponde sólo al individuo y no a otra persona, ni al Estado, ni a la sociedad.

El que dichos actos de disposición corporal sean rechazados por la mayoría social - como de hecho lo son, al menos en la actualidad- no autoriza a la sociedad a valerse de la ley para prohibirlos.¹³

2.5 Excepciones a los supuestos enunciados

Las referidas tres líneas de prohibición no operan frente a dos posibles excepciones basadas en que el acto de disposición -que genera una disminución permanente o que es contrario a la ley o a la moral- sea:

- Requerido para mejorar la salud de la persona, o bien,
- Excepcionalmente, requerido para mejorar la salud de otra persona, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Dichas salvedades, sin duda razonables, no son suficientes para contrarrestar la impronta paternalista y moralizante que surge de la primera parte del artículo.

Incluso en el hecho de que existan excepciones, que deben ser acreditadas, puede percibirse el antes referido corte autoritario de la legislación, desde que obliga al ciudadano a justificar al Estado el porqué de la disposición de su propio cuerpo y a requerir que dicha justificación esté dentro de la lista de argumentos que otros han decidido que son los únicos válidos; como si su propia voluntad no fuese suficiente para determinar el futuro de su humanidad física.

2.6 El endeble argumento de la defensa de la dignidad humana

Podría argüirse que los límites citados están impuestos en resguardo de la dignidad de la persona¹⁴, pero en base a dicha dignidad pueden formularse dos planteos radicalmente opuestos.¹⁵

El primero visualiza una dignidad estereotipada y rígida que, aplicada a un individuo en

¹³Dice Nino en relación a la autonomía individual: *...el Estado debe permanecer neutral respecto de los planes de vida individuales e ideas de excelencia humana, limitándose a diseñar instituciones y adoptar medidas para facilitar la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de excelencia que cada uno sustente, y para impedir la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Esta concepción se opone al enfoque perfeccionista, según el cual es misión del Estado hacer que los individuos acepten y lleven a cabo ciertos ideales e excelencia humana homologados y, en consecuencia, que el derecho debe regular todos los aspectos importantes de la vida humana...* - Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 420.

Y Zaffaroni: *El derecho puede ser personalista o transpersonalista. El primero es un instrumento o herramienta al servicio de la persona, entendida como ente que, por ser humano, está dotado de conciencia moral (ente autodeterminado capaz de decidir acerca de lo bueno y lo malo). El segundo está al servicio de un ente que está más allá de la persona (estado, dictadura del proletariado, seguridad nacional, raza superior, cuerpo social), de modo que la persona se sacrifica a este ídolo; es un derecho que niega a la persona. Por ser el derecho argentino personalista, debe respetar ya garantizar al ámbito moral de todas las personas, lo que implica que no puede imponer una moral sino garantizar el espacio para el mérito moral...*Zaffaroni, Eugenio, et. al, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 250.

¹⁴ El art. 51 del Código expresa: *La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.*

¹⁵ Pazos Crocitto, por ejemplo, resalta que es un argumento utilizado *de forma bifronte*, para limitar o para admitir la autodeterminación del agente y que, como figura axiológica en proceso de construcción, ésta *debe coronar en el reconocimiento a la total autodeterminación, y no a la inversa...* - Pazos Crocitto, José Ignacio, *Eutanasia*, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2010, pág. 108.

concreto, supone una imposición externa. Una dignidad entendida no sólo como un derecho sino también un deber de amoldarse al patrón inmutable ya definido.

La segunda mirada concibe a la dignidad como un valor interno referido a ella misma que toda persona adulta, mentalmente sana y libre es capaz de definir de manera singular, de evaluar y de adoptar para sí y tiene derecho de exigir que sea respetado. Aquí la dignidad se liga a la idea de libertad restringida únicamente por la libertad de los pares.

El sistema jurídico argentino manada a adoptar esta segunda interpretación de dignidad.¹⁶

Por consiguiente, el desprecio a la capacidad individual para decidir, a la inteligencia de cada quien para juzgar su presente y su futuro y al derecho de resaltar la propia particularidad fruto de la personalidad humana única e irrepetible; constituyen las mayores afrentas a la dignidad del ser.¹⁷

3. Breves conclusiones

Parece a todas luces acertado el derecho sobre el propio cuerpo tenga una regulación expresa en el Código Unificado. Sin embargo creemos que parte de dichas previsiones legales no fueron elaboradas con la claridad necesaria a fin de garantizar plenamente la seguridad jurídica, tanto en lo referido a los supuestos de prohibición que imponen como a las consecuencias que su eventual incumplimiento conlleva.

Asimismo, la redacción ha estado impregnada de una visión paternalista-autoritaria e inaceptablemente moralizante del derecho, lo cual no es compatible con los principios liberales que marca la Constitución Nacional.¹⁸

Por tanto el contenido normativo reseñado desde estas breves páginas deslucen los logros de un Código Civil y Comercial que se ha pretendido y en buena medida ha logrado ser

¹⁶ Bidart Campos, por ejemplo, entiende que el art. 19 de la Carta Magna ampara conductas autorreferentes entre las que señala: a) *La elección del plan personal de vida autorreferente, y su realización...* Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996, Tomo I, pág. 523.

¹⁷ Dice Farrell: *Decidir el destino de una persona adulta y con inteligencia normal, es un acto que solamente corresponde a esa misma persona. Como expresa John Stuart Mill en Sobre la libertad, el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. La única finalidad por la cual el poder puede con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría más feliz, porque en opinión de los demás hacerlo sería más acertado o más justo... La solución contraria implicaría una actitud paternalista hacia esa persona ("Yo sé mejor que usted lo que le conviene"). Si bien el paternalismo puede ser aceptado sin dificultad en el caso de los niños o de los deficientes mentales, carece de toda justificación en los casos restantes...* Farrell, Martín Diego, *La ética del aborto y la eutanasia*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1993, pag. 109.

¹⁸ Si bien, por razones de espacio, no es posible hacer mayor referencia a ellos, cabe mencionar que resultan cuestionables, por ejemplo, en base a argumentos análogos a los expuestos, los art. 59 –relativo a la libertad de rehusar tratamientos médicos- y 60 –en lo atinente a las limitaciones a las directivas anticipadas-.

Creemos asimismo que otros artículos del capítulo tratado han sido mucho más felices. Así, por ejemplo, el art. 58, referente a la investigación con seres humanos, ha tomado cantidad de previsiones para evitar posibles abusos, pero no ha incurrido en una restricción extrema –si bien no está exento de debates su referencia a la ética-.

-en el mejor de los sentidos- progresista y moderno y está en principio llamado a perdurar por tiempo indefinido como uno de los pilares centrales del ordenamiento jurídico argentino.

Es deseable, por consiguiente, que el legislador se plantee introducir una reforma en el artículo referido y que, por lo pronto, la jurisprudencia se ocupe de interpretarlo en armonía con la Constitución Nacional dentro del marco de flexibilidad que da el lenguaje empleado, sin descartar emplear la herramienta última que implica una declaración de inconstitucionalidad.