



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

Derecho Civil IV (2020)
Profesores: Rodrigo Gil Ljubetic
Victoria Demarchi Salinas

Materiales IV

Los animales y el propio cuerpo como objetos de propiedad

1. Singer, Peter y Posner, Richard. Derechos de los animales. En Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas, N° 4, Universidad de Valparaíso, 2014. pp. 24-47.
2. García-Manrique, Ricardo. La propiedad sobre las partes separadas del cuerpo: un test para el enfoque propietario.
3. Varsi Rospigliosi, Enrique. Los Actos de Libre Disposición del Cuerpo humano.

Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas

ISSN 0719-2940

www.rfycj.cl



AÑO 3, N°4 (JULIO DE 2014)

DERECHOS DE LOS ANIMALES

Debate entre *Peter Singer & Richard Posner**

Lo que se presenta a continuación, es un dialogo epistolar del año 2001 entre el juez federal de los Estados Unidos y académico del Derecho, Richard Posner, y el filósofo de la ética aplicada, Peter Singer. La discusión se centra en el estatus jurídico de los animales, el rol de la argumentación ético-filosófica frente a la fuerza de las intuiciones morales sólidamente afianzadas en una sociedad y el progreso histórico material como motores de cambio social, y en las implicancias de reflexionar y actuar consistentemente con una filosofía utilitarista.

El texto se presenta por primera vez a los lectores de habla hispana, traducido por los editores de la *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, con autorización del propio Singer.

De: Peter Singer

Para: A. Posner, Richard

Lunes, 11 de junio 2001, a las 11:55 PM Hora del Pacífico

Estimado juez Posner,

Yo no soy abogado, y mucho menos un juez, pero he notado un creciente interés en los círculos legales en el tema de la condición jurídica de los animales. Esto parece haber sido provocado en parte por los esfuerzos del Proyecto Gran Simio, la publicación de Steven Wise *Rattling the Cage*¹, y por el hecho de que en varias escuelas, incluyendo Harvard, ahora están enseñando cursos de derechos de los animales. Usted revisó *Rattling the Cage* en la *Revista de Derecho de Yale*, y a pesar de ser crítico respecto a la argumentación racional de que la ley debe reconocer a los chimpancés y otros grandes simios como personas jurídicas, su tono fue

* Traducción de Sebastián Flores Cuneo y Francisco Zepeda Navarro. Publicación original de Peter Singer and Richard Posner. Animal Rights, Slate. June 2001.

¹ Steven M. Wise (2000): *Rattling The Cage: Toward Legal Rights For Animals*, New York Time, Basic Book's.

respetuoso y tomó en serio el argumento. Eso me ha animado a tratar de persuadirle –porque soy un experto en ética, no un abogado–, de que hay una profunda cuestión *ética* respecto del cambio de la situación de los animales.

Antes del surgimiento del moderno movimiento de los animales había sociedades para la prevención de la crueldad contra los animales, pero estas organizaciones ampliamente aceptaban que el bienestar de los animales no humanos merece protección sólo cuando los intereses humanos no están en juego. Los seres humanos eran vistos como muy distintos e infinitamente superiores a todas las formas de vida animal. Si nuestros intereses entran en conflicto con los suyos, son siempre sus intereses los que tienen que ceder. En contraste con este enfoque, la visión que quiero defender pone a los humanos y a los animales no humanos, *como tales*, en un mismo plano moral. En ese sentido argumenté, en *Liberación Animal*², que “todos los animales son iguales”. Pero para evitar malentendidos comunes, tengo que ser cuidadoso al explicar exactamente lo que quiero decir con esto. Es evidente que los animales no humanos no pueden tener derecho a voto o ser penalmente responsables de lo que hacen. Ese no es el tipo de igualdad que quiero extender a los animales no humanos. La forma fundamental de igualdad es *la misma consideración de intereses*, y esto es lo que debemos extender más allá de los límites de nuestra propia especie. Básicamente, esto significa que si un animal siente dolor, su dolor importa tanto como el que siente un ser humano, mientras ambos dolores sean de similar entidad. Apremiar qué tan malo es el dolor no depende de la especie que lo sufre.

La gente suele decir, sin pensarlo mucho, que *todos* los seres humanos son infinitamente más valiosos que cualquier animal de cualquier otra especie. Esta opinión se debe más a nuestros intereses egoístas y a antiguas enseñanzas religiosas que reflejan estos mismos intereses que a la razón o la reflexión moral imparcial. ¿Qué característica ética relevante existiría en *todos* los seres humanos, pero *no* en los animales no humanos? Nos gusta distinguirnos de los animales diciendo que sólo los humanos son racionales, pueden usar el lenguaje, son conscientes de sí mismos, o

² Singer, Peter (1995): *Animal Liberation*, Pimlico. Una versión en español de esta publicación se ha publicado por la editorial Taurus: Singer, Peter (2011): *Liberación animal: el clásico definitivo del movimiento animalista*, Taurus.

son autónomos. Pero estas habilidades, por más importantes que sean, no nos permiten trazar la línea necesaria entre *todos* los seres humanos y los animales no humanos. Porque hay muchos seres humanos que no son racionales, conscientes de sí mismos, autónomos, o que carecen de lenguaje; para empezar, todos los seres humanos de menos de 3 meses de edad. E incluso si se les excluye, por considerar que tienen el potencial para desarrollar estas capacidades, hay otros seres humanos que no tienen este potencial. Lamentablemente, algunas personas nacen con daños cerebrales tan graves que nunca serán capaces de razonar, verse a sí mismos como seres independientes que existen en el tiempo, tomar sus propias decisiones, o aprender alguna forma de lenguaje.

Si sería absurdo dar a los animales derecho a voto, no sería menos absurdo dar ese derecho a los bebés o a los seres humanos gravemente retardados. Sin embargo, seguimos dando la misma consideración a sus intereses. No los criamos para la alimentación en establos superpoblados o probamos productos de limpieza del hogar en ellos. Tampoco debemos hacerlo. Pero hacemos estas cosas a los animales no humanos que muestran una mayor capacidad de razonamiento que estos seres humanos. Esto es porque tenemos un prejuicio en favor de la opinión de que todos los seres humanos son de alguna manera infinitamente más valiosos que cualquier otro animal. Por desgracia, esos prejuicios no son inusuales. Al igual que los racistas y sexistas, los especistas dicen que el límite de su propio grupo también es una frontera que separa a los seres más valiosos de todos los demás. No importa cómo seas, si eres un miembro de mi grupo, eres superior a todos los que no son miembros de mi grupo. Los especistas favorecen a un grupo mayor que el de los racistas, al igual que lo ha hecho un gran círculo de interés, pero todos estos prejuicios descansan en un hecho arbitrario y moralmente irrelevante –pertenencia a una raza, sexo o especie– como si fuera moralmente crucial. El único límite aceptable a nuestra preocupación moral es el punto en que no hay conciencia del dolor o del placer, ni preferencias de ningún tipo. Es por eso que los cerdos cuentan, pero las lechugas no. Los cerdos pueden sentir dolor y placer. Las lechugas no.

Una advertencia final: he estado argumentando en contra de la idea ampliamente aceptada de que tenemos justificación para descartar los intereses de un animal sólo porque no es miembro de la especie *Homo sapiens*. No me he pronunciado contra la idea más limitada de que hay algo especial en los seres con las capacidades mentales que poseen los seres humanos normales, una vez que han pasado la infancia, y que ante una cuestión de vida o muerte, es justificado dar más peso a salvar sus vidas. Por supuesto, algunos seres humanos no poseen estas capacidades mentales, y podría decirse que algunos animales no humanos sí; aquí volvemos a los chimpancés y otros grandes simios con los que empecé. Pero sin importar qué decidamos sobre el valor de una vida, esta es una cuestión independiente de nuestras decisiones acerca de las prácticas que causan sufrimiento. Lamentablemente una gran parte de lo que los estadounidenses hacen a los animales, especialmente en la crianza para alimentación en las modernas granjas industrializadas, provoca un prolongado sufrimiento en miles de millones de animales cada año. Dado que podemos vivir una vida muy buena sin hacer esto, no es correcto ocasionar este sufrimiento, con independencia de la cuestión de la injusticia consistente en privarles la vida a estos animales.

Peter Singer.

De: Richard A. Posner

Para: Peter Singer

Martes, 12 de junio 2001, a las 12:00 am PT

Estimado profesor Singer:

Estoy impresionado por su lúcido y contundente argumento para modificar el estatuto ético de los animales; hay mucho en lo que estoy de acuerdo. Estoy de acuerdo, por ejemplo, en que los seres humanos no son infinitamente superiores o infinitamente más valiosos que otros animales; de hecho, estoy dispuesto a dejar el "infinitamente". Estoy de acuerdo en que *somos* animales y no semi-ángeles con alma. Estoy de acuerdo en que la crueldad innecesaria y el abandono de animales están mal y que deben asumirse algunos costos para reducir el

sufrimiento de los animales criados para la alimentación humana o para otros fines, sometidos a exámenes médicos o de otro tipo y a la experimentación.

Pero no estoy de acuerdo en que tenemos un deber con los (otros) animales derivado de ser miembros iguales de una comunidad integrada por todos los seres en el universo que pueden sentir dolor, y que no es más que el “prejuicio”, como los prejuicios raciales o el sexismo, el que nos hace “discriminar” a favor de nuestra propia especie. Usted asume la existencia de una comunidad universal de dolor y exige razones sobre por qué nuestro límite de interés debiera estar restringido. Parto de la base hacia arriba, con el hecho brutal de que nosotros, como otros animales, preferimos a nuestros iguales, como nuestra propia familia, nuestra “manada” con la que nos toca correr (por ser animales sociales), y las congregaciones más grandes construidas sobre el modelo de las más pequeñas, de los cuales la más grande para la mayoría de nosotros es nuestra nación. Los estadounidenses tienen menos sensibilidad respecto de los dolores y los placeres de los extranjeros que de otros americanos, y menos aún de los de la mayoría de los animales no humanos con los que compartimos el mundo.

Ahora usted podrá replicar que estos son sólo hechos de la naturaleza humana; sin relevancia normativa. Pero la tienen. Supongamos que un perro amenaza a un bebé humano y la única manera de evitar que el perro muerda al niño es causar un dolor severo en el perro; más dolor que el que la mordida causaría al bebé. Usted tendría que decir, dejen que ese perro muerda al niño (porque “si un animal siente dolor, su dolor importa tanto como el que siente un ser humano, mientras ambos dolores sean de similar entidad”). Pero el hombre medio (¡no sólo los padres del bebé!), incluyendo un filósofo cuando no está conscientemente comprometido en filosofar, diría que sería monstruoso perdonar al perro, a pesar de que ello redunde en minimizar la suma de dolor en el mundo.

No me siento obligado a defender esta reacción; es una intuición moral más allá de cualquier razón que pudiera darse en su favor, e impermeable a cualquier razón que usted o cualquier persona podría dar en su contra. La pertenencia a la especie humana no es un hecho

“moralmente irrelevante”, como la raza y el sexo de los seres humanos han llegado a parecer. Si la irrelevancia moral de la humanidad es lo que enseña la filosofía, y así tenemos que elegir entre la filosofía y la intuición que dice que la pertenencia a la especie humana es moralmente relevante, entonces la filosofía es la que se tiene que ir.

Hacia el final de su declaración usted distingue entre el dolor y la muerte y reconoce que las habilidades mentales de los seres humanos pueden hacer sus vidas más valiosas que las de los animales. Pero este argumento también está en conflicto con nuestras más profundas intuiciones. Esto implica que la vida de un chimpancé es más valiosa que la vida de un ser humano que, debido a que padece un retraso mental profundo (aunque no comatoso), tiene una capacidad mental inferior a la del chimpancé. Existen, sin duda, estos casos. De hecho, hay personas en las últimas etapas de la enfermedad de Alzheimer que, aunque estén conscientes, tienen menos actividad mental que un perro. Pero matar a una persona así sería un asesinato, mientras que no es un delito que un veterinario mate a la mascota, debido a que se ha vuelto incontinente con la edad. La lógica de su posición implicaría tratar estos asesinatos por igual. Y si, por ejemplo, pudiésemos convenir en que la vida de un ser humano normal es 100 veces más valiosa que la de un chimpancé normal, usted tendría que reconocer que si una persona tuviera que elegir entre matar a un ser humano o 101 chimpancés, debería matar al ser humano. Contra la profunda repugnancia que tales resultados generan, el concepto de una comunidad transhumana de seres que sienten dolor bate en vano sus alas de oropel.

Lo que se necesita para convencernos de cambiar nuestro trato hacia los animales no es la filosofía, y mucho menos una filosofía atea (atendiendo a que una de las premisas de su argumento es que no tenemos alma) en una nación religiosa, sino aprender a sentir el dolor de los animales como nuestro dolor y aprender que (si es que es un hecho, yo no lo sé) podemos aliviar esos dolores sin reducir sustancialmente nuestro nivel de vida y del resto del mundo sin sacrificar el progreso científico y médico. La mayoría de nosotros, quizá sobre todo aquellos de nosotros que hemos vivido con animales, tenemos la empatía suficiente con el sufrimiento de los animales para apoyar las leyes que prohíben la crueldad y el abandono. Podríamos ir más lejos si

supiéramos más acerca de los sentimientos de los animales y sobre la existencia de alternativas de bajo costo para reemplazar la utilización dolorosa de los animales. Así, para ampliar y fortalecer las leyes que protegen a los animales, no se necesitan argumentos filosóficos que reduzcan a los seres humanos al nivel de los demás animales, sino hechos; hechos que estimulen una mayor respuesta empática con el sufrimiento animal y que alivien su preocupación por los costos de las medidas para reducir dicho sufrimiento.

Richard A. Posner

De: Peter Singer

Para: A. Posner, Richard

Martes, 12 de junio 2001, a las 11:55 pm Hora del Pacífico

Estimado juez Posner,

Estamos de acuerdo en que los seres humanos son animales y que no son infinitamente más valiosos que otros animales. Más importante aún, estamos de acuerdo no sólo sobre la injusticia de la crueldad innecesaria hacia a los animales, sino también en que debemos incurrir en algunos costos para reducir el sufrimiento de los animales criados para la alimentación u otros fines humanos. Yo espero que esto signifique que podríamos estar de acuerdo en algunas reformas prácticas, por ejemplo, no permitir a los productores de cerdo o de ternera confinar a sus animales de tal manera que incluso no puedan darse vuelta o caminar unos pasos. Tal vez también estaremos de acuerdo que Estados Unidos debe seguir a Europa en la eliminación de las jaulas de gallina que impiden que las aves estiren las alas o anidar en un área protegida. Puesto que hay formas alternativas de producción que sólo cuestan unos pocos centavos por libra o por docena de huevos más, se trata de costos modestos para nosotros, con grandes beneficios para los animales.

Aunque tengo la esperanza, no sé si apoyaría esas reformas, debido a la gran pregunta que todavía nos divide que es ¿qué tan lejos deberíamos ir para reducir el sufrimiento animal? ¿Hay

alguna base para decir con razón que podemos ocasionar más sufrimiento a un animal que el que experimentaríamos nosotros de no infligir tal sufrimiento? En otras palabras, ¿es justificado dar preferencia a los sufrimientos de los seres humanos, sólo porque son seres humanos, y no a otros animales que sufren?

Usted dice que parte desde el hecho brutal consistente en que nosotros, como otros animales, preferimos a nuestros iguales. Pero, ¿quiénes son “nuestros iguales”? Usted sugiere que son nuestra propia familia, nuestra “manada”, y “las congregaciones más grandes construidas sobre el modelo de las más pequeñas, de las cuales la más grande para la mayoría de nosotros es nuestra nación”. Usted señala que los estadounidenses han disminuido su preocupación por los extranjeros y más aún por los animales no humanos. Es cierto, pero eso es probablemente algo por lo que el presidente Bush está tomando la tarea en este momento, en su gira europea, y con razón. No es éticamente defendible poner los intereses económicos de los estadounidenses por encima del mayor sufrimiento que el continuo calentamiento global probablemente traiga a millones de personas en los países sin recursos para defenderse contra el cambio climático.

Por supuesto, a veces se justifica la parcialidad: los niños están mejor cuidados por sus padres que por extraños, por lo que se quieren potenciar los lazos familiares. Pero, en general, soy más escéptico respecto de intuiciones morales comunes de lo que usted parece ser. No hace mucho tiempo las leyes que perseguían a los homosexuales estaban justificadas por referencias a la intuición moral de la gente común, e incluso los nazis afirmaban que sus leyes se apoyaban sobre “la sana sensibilidad de la gente”. ¿No es probable que estas reacciones se basen en instintos que tienen sus raíces en nuestra historia evolutiva? Si es así, mientras nosotros los ignoremos bajo nuestra responsabilidad, no debemos concederles ningún valor probatorio. En otras palabras, el hecho de que las personas suelen tener una reacción moral determinada no contribuye mucho a demostrar que esta reacción es la que deberían tener. Por todo ello, redirigiría lo que dice respecto al choque entre reacciones morales intuitivas y la filosofía: en la medida en que seamos seres éticamente reflexivos y pensantes, es la reacción instintiva, y no la filosofía, la que se tiene que ir. Si usted no acepta esto, entonces ¿también está preparado para defender la preferencia de los

estadounidenses por los de su raza o grupo étnico? ¿Es posible, en consonancia con el punto de vista ético que parece tener, que nosotros argumentemos por motivos éticos en contra del racismo, si vivimos en una sociedad en la que las intuiciones racistas están profundamente arraigadas?

Le debo una respuesta a sus comentarios sobre la maldad de matar a determinadas categorías de seres humanos, por ejemplo aquellos con la enfermedad de Alzheimer. Personas con tal condición han sido capaces de expresar sus deseos sobre cómo deben ser tratados, si es que alguna vez se encuentran en tal situación. Cuando lo han hecho, debemos seguir sus deseos. Si es más grave matar a un ser humano con la enfermedad de Alzheimer que matar a un perro con una mayor capacidad mental, esto se debe a los intereses de los seres humanos que actualmente no tienen la enfermedad de Alzheimer, pero que están preocupados por cómo van a ser tratados si en el futuro desarrollan esta condición.

En su párrafo final dice que lo que tenemos que hacer para convencer a la gente de tratar a los animales mejor es conseguir que sientan “el dolor de los animales como nuestro dolor”. Estoy totalmente de acuerdo en que este es un enfoque útil, pero no hace que la filosofía se vuelva irrelevante. Cuando empecé a pensar en la ética de nuestro tratamiento de los animales estaba viviendo en Inglaterra a principios de 1970. La preocupación empática por los animales estaba entonces ampliamente difundida, pero era comúnmente descartada por los políticos y los defensores del statu quo como “mero sentimentalismo”. Los argumentos éticos que yo y otras personas desarrollamos ayudaron a convencer a mucha gente de que el tratamiento de los animales no era algo para “amantes de los animales”, sino que era un serio problema ético. Ese cambio de actitud ha puesto a Reino Unido –de hecho, a toda la Unión Europea –, muy por delante de los Estados Unidos en su ley de protección animal. Nos hace falta más empatía, pero también tenemos que tomar nuestros sentimientos empáticos más seriamente. Un poco de filosofía puede demostrar por qué debemos hacerlo.

Peter Singer.

De: A. Posner, Richard

Para: Peter Singer

Miércoles, 13 de junio 2001, a las 12:00 am PT

Estimado profesor Singer:

Para empezar con un área en la que estamos de acuerdo, si es cierto que los métodos alternativos de producción de carne reducirían sustancialmente el sufrimiento de los animales a un costo insignificante, estoy a favor de su implementación, porque me gustan los animales y por lo tanto no quiero verlos sufrir innecesariamente. Pero yo no estaría dispuesto a obligar según mi punto de vista a otros que no están de acuerdo. No veo la necesidad o la justificación de la coerción. Si suficientes personas llegan a sentir el sufrimiento de estos animales como propio, la opinión pública y las preferencias del consumidor inducirán a los productores a cambiar sus métodos. En la misma forma, mientras más altruistas se vuelvan los estadounidenses hacia los extranjeros, mayores serán los costos que estarán dispuestos a incurrir en beneficio de los extranjeros.

En lo que no estoy de acuerdo con usted es sobre la cuestión de si el argumento ético puede o debe afectar cómo nos sentimos acerca de los animales (o extranjeros). Mi opinión es que el argumento ético es y debe ser impotente ante tenaces instintos morales. Usted señala con razón que tales instintos a menudo se equivocan. Pero entonces la necesidad es señalar los errores. En el siglo XVIII, era un delito capital en algunos estados americanos tener relaciones sexuales con un animal. Uno de los motivos de este duro castigo era la creencia en que ese coito daría lugar al nacimiento de monstruos. La creencia era errónea, al demostrarlo, se socavó la justificación del castigo.

En la medida en que la falta de consideración por el sufrimiento de los animales tiene su origen en errores de hecho, señalar los errores puede cambiar nuestras intuiciones sobre la

consideración que le debemos los animales. Descartes creía que los animales no sentían dolor; que las expresiones externas que revelaban dolor eran engañosas. La gente que creía esto, nada querría hacer con las leyes que prohíben la crueldad con los animales. Ahora tenemos buenas razones para creer que Descartes estaba equivocado. Nosotros también tenemos buenas razones para creer que los aztecas estaban equivocados acerca de la eficacia de los sacrificios humanos y que la ideología nazi, al igual que otras ideologías racistas, se basaba en conceptos erróneos acerca de la biología evolutiva y racial. Aceptar las premisas cartesianas, aztecas, o nazis y sólo discutir contra sus inferencias sería inútil.

Para mí lo más importante y valioso de su influyente libro *Liberación Animal* es la información que transmite (en parte a través de fotografías) sobre el real sufrimiento de los animales. Esta información es un correctivo valioso para el pensamiento ignorante y erróneo. Pero los argumentos que no identifican errores en hechos que sustentan o refuerzan nuestros instintos morales no hacen nada para socavar esos instintos; y tampoco deberían hacerlo. Yo sostenía en mi respuesta a su primera declaración que es un error dar el mismo peso al dolor de un perro como al dolor de un hijo y que está mal matar a una persona para salvar a 101 chimpancés, aunque una vida humana sea sólo 100 veces tan valiosa como la vida de un chimpancé. Sustenté estos juicios en la intuición. Contra esta intuición no tiene respuesta fáctica, como la tendría si mi intuición se basara en la creencia de que los perros no sienten dolor y que los chimpancés no tienen actividad mental.

Dije también que la lógica de su argumento, de nuevo en conflicto con nuestras más profundas intuiciones, consiste en preferir la vida de un perro a la vida de una persona con la enfermedad de Alzheimer. Usted contestó que debemos tener en cuenta los sentimientos de una persona que, sabiendo que algún día podría tener la enfermedad, se angustia ante la idea de ser asesinado, cuando la enfermedad progresa hasta cierto punto. Muy bien, pero ¿qué pasa con la gente -y hay muchos-, a quienes les gustaría firmar un contrato ejecutorio para ser asesinados si se vuelven dementes? Este contrato no sería exigible, y el médico que lo cumpla y mate al paciente con la enfermedad de Alzheimer sería un asesino. La intuición moral que induce a este resultado

puede ser impugnada fácticamente a medida que aprendemos más sobre la enfermedad de Alzheimer, a medida que más personas sufren de ella, y a medida que la gente acepte más el papel de los médicos como “ángeles de misericordia”. A lo que la intuición moral no es vulnerable, es a un argumento ético que reduce la cuestión a una comparación de las habilidades mentales canina y humana.

Me gustaría, por último corregir cualquier impresión que pueda haber dado en el sentido de estar tratando de justificar “dar preferencia a los sufrimientos de los seres humanos, sólo porque son seres humanos, y no otros animales que sufren”. Yo no me veo comprometido, en nuestro debate, con la justificación de cualquier cosa que no sea el escepticismo sobre el poder de los argumentos filosóficos. No digo que nuestra preferencia por los seres humanos respecto de otros animales esté justificada, sólo digo que es un hecho profundamente arraigado en nuestro pensamiento actual, un hecho basado en creencias que pueden cambiar, pero no un hecho que puede ser sacudido por la filosofía. Yo particularmente no quiero decir que tenemos justificación para dar preferencia a los sufrimientos de los seres humanos “sólo porque son seres humanos” los que están sufriendo. Ponemos primero a los seres humanos debido a que *somos* seres humanos. Si fuéramos gatos pondríamos primeros gatos, sin importar lo que los filósofos pudieran decirnos.

Richard A. Posner.

De: Peter Singer

A: A. Posner, Richard

Miércoles, 13 de junio 2001, a las 8:30 pm hora del Pacífico

Estimado juez Posner,

Su segunda respuesta conduce nuestro análisis a una cuestión fundamental sobre la naturaleza de la ética. Pero antes de entrar en esto, permítame comentar la cuestión que plantea en su primer párrafo. Suponiendo que existen métodos alternativos de producción de carne que reducirían sustancialmente el sufrimiento de los animales a un costo insignificante, usted dice

que le gustaría ver estos métodos propagarse, pero no ve una justificación en la coerción. En otras palabras, usted no quiere ver prohibidos los métodos de crianza existentes en Estados Unidos, como muchos de ellos ya lo están en Europa. Usted está dispuesto a dejar este cambio a la elección del consumidor. Ese enfoque, aplicado coherentemente, también nos lleva a rechazar muchas otras leyes, por ejemplo las que prohíben el uso de trabajo infantil o las que requieren a las fábricas cumplir las normas básicas de salud y seguridad ocupacional.

Sobre este punto –en contraste con nuestro primer intercambio sobre el estatus moral de los animales–, parece que mi posición es más acorde con los puntos de vista morales comunes que la suya. Por supuesto, ¡yo no diría que esto demuestra que estoy en lo cierto y usted está equivocado! Más bien, creo que hay muchos casos en que los costos de la coerción pueden ser compensados por los beneficios que aportan a los débiles y los vulnerables. Debido a que mucha gente, lamentablemente, sólo piensa en sus propios intereses, siempre habrá un mercado de bienes más baratos fabricados por productores sin escrúpulos que los fabricados con una mayor preocupación por el bienestar de los trabajadores, los animales o el medio ambiente. Dentro de la esfera de acción de un gobierno democrático está la posibilidad de excluir del mercado a aquellos que no cumplen las normas que la mayoría estime convenientes. O así argumentaría yo.

Permítame ahora poner en este debate su escepticismo sobre el poder del argumento ético, que dice “es y debe ser impotente ante tenaces instintos morales”. Incluso en este punto de vista, el argumento ético podría desempeñar un papel en la solución de cuestiones sobre las que no hay instintos morales tenaces. Tal vez, el verdadero alcance de un gobierno democrático es uno de esos temas. En ese caso, ¿no necesitamos argumentos éticos para resolver el desacuerdo entre nosotros sobre si el Estado debería prohibir los métodos de producción animal que causan gran sufrimiento para la obtención de beneficios triviales?

Pero en cualquier caso, no acepto la afirmación de que el argumento ético “es y debe ser impotente ante tenaces instintos morales”. Me pregunto por qué escribió “y debe ser” en esa frase. ¿Quiere decir que puede ofrecer razones en contra de la afirmación de que no debiera

permitirse que el argumento ético anulara los tenaces instintos morales? Si es así, ¿no indica eso que el razonamiento, o la argumentación, es la última fuente de autoridad en la ética? Pero si eso no es lo que significan esas tres palabras ¿qué significarán entonces? ¿Que tenemos un tenaz instinto moral en contra de permitir que la argumentación ética anule los tenaces instintos morales? Dudo que eso sea cierto, y si lo fuere, sería una petición de principios para apelar a ella.

Tal vez esto se parece a un mero truco de debate que se apoya en tres palabras que deslizó sin pensar demasiado. Pero el hecho de que haya usado esas palabras sólo muestra lo difícil que es, también para usted, ser un escéptico moral minucioso. Nuestros instintos morales son hechos sobre nosotros mismos y no pueden ser ignorados, pero, como he dicho antes, simplemente podemos darlos por sentados. (No ha respondido a mi pregunta acerca de cómo, en una sociedad profundamente racista, usted piensa que podemos argumentar a favor de una misma preocupación por todas las personas, independientemente de su raza). Somos seres racionales, capaces de buscar justificaciones más amplias. Puede haber algunos que sean lo suficientemente despiadados para decir que sólo se preocupan por sus propios intereses o los intereses de los de su propio grupo, y si alguien se interpone en el camino, peor para ellos; pero muchos de nosotros tratamos de justificar nuestra conducta en términos más amplios y aceptables. Así es como la discusión ética se pone en marcha, y por qué le corresponde examinar, criticar, y en el largo plazo, derrumbar tenaces instintos morales. Piense en lo lejos que hemos llegado, en un tiempo relativamente corto, en lo que respecta a cuestiones como la integración racial, la anticoncepción, el sexo fuera del matrimonio, la homosexualidad, el suicidio, y muchas otras áreas en las que los instintos morales parecían muy fuertes y muy tenaces. Parece muy dudoso que todos estos cambios se hayan producido simplemente porque hemos descubierto nuevos hechos, y si esa es su pretensión, debe decirnos cuáles son los hechos nuevos, y por qué dieron lugar a cambios en las actitudes morales.

Pues volviendo al tema con el que comenzamos, ha dejado en claro que no está tratando de justificar la mayor consideración que damos a los seres humanos sobre otros animales, sino que se limita a decir que esta preferencia es “un hecho profundamente arraigado en nuestro

pensamiento actual, un hecho basado en creencias que pueden cambiar, pero no un hecho que puede ser sacudido por la filosofía”. Dado que esta es en sí misma una afirmación fáctica, está abierta a la refutación empírica. Casi cada vez que voy a una conferencia a discutir temas acerca de los animales, alguien me dice que *Liberación Animal* ha cambiado su vida y los llevó a convertirse en vegetariano, o un activista de los animales, o ambas cosas. Usted puede decir que esto es porque el libro les informó sobre algunos hechos acerca de cómo tratamos a los animales. No niego que esta información contribuye de forma importante al impacto del libro, pero mi impresión es que para muchas personas el argumento ético fue también crucial. Muchas de las personas que cambiaron sus vidas como resultado de la lectura del libro no eran amantes de los animales, o estaban especialmente interesados en ellos, o simpatizaban con sus necesidades, antes de leer el libro. Casi todos ellos disfrutaban comiendo carne, y por lo menos uno recuerdo ¡que era dueño de una tienda que vende artículos de cuero! Así que sus intereses no los llevan a convertirse en vegetarianos, y aunque no puedo probar que fue el argumento ético el que les mueve, eso es lo que ellos dicen, y parece que es la explicación más obvia del éxito del libro.

Peter Singer.

De: Richard A. Posner

Para: Peter Singer

Jueves, 14 de junio 2001, a las 12:00 am PT

Estimado profesor Singer:

Los niños estadounidenses son parte de la comunidad americana, como un asunto de la ley y del amor. Pensamos que es mejor para ellos y para la sociedad en su conjunto que estén en la escuela que trabajando. No los consideramos activos lucrativos de sus padres. Esto se ha convertido en una profunda intuición moral en nuestra sociedad; apoyada también por argumentos pragmáticos. Una pregunta más difícil es si, al negarse a importar productos fabricados con trabajo infantil, debemos tratar de coaccionar a otros países a adoptar nuestras normas morales. El trabajo infantil no se consideraba malo, pero eso era en un momento en que

pocas personas recibían una educación y existía una pobreza generalizada que requería que todas las personas, de cualquier edad, se pusieran a trabajar. En la medida en que estas condiciones siguen existiendo en países del Tercer Mundo, no es obvio que maximicemos la utilidad (para utilizar su criterio preferente de bienestar social), tratando de erradicar el trabajo infantil a través de boicots de productos fabricados con él. Y me sorprende que considere como normativo lo que “la mayoría considera deseable”, porque la mayoría también desea comer carne.

Pero todo eso es un tema aparte. El principal problema que usted plantea es el papel de argumento ético. Usted pregunta cómo se puede argumentar contra el racismo en una sociedad “profundamente racista”. Mi respuesta es, apuntando a las falaces creencias que sustentan el racismo. Si su racismo no se basa en falsas creencias, sino en el interés material, el argumento será impotente. Había un montón de argumentos en contra de la esclavitud negra antes de 1861, pero costó una guerra civil poner fin a la práctica.

Usted pregunta cómo es que nuestras normas morales respecto a la raza, la homosexualidad, el sexo fuera del matrimonio, la anticoncepción, y el suicidio han cambiado en los últimos tiempos, si no fue a través de argumentos éticos. Esta es una gran pregunta a la que no puedo hacer justicia en el espacio asignado a mí. Pero permítaseme señalar, en primer lugar, que los filósofos no se han destacado en ninguno de los movimientos a los que usted se refiere. Thurgood Marshall, Earl Warren, y Martin Luther King Jr. tuvieron mucho más que ver con el desarrollo de una norma contra la discriminación que cualquier académico; y las más influyentes feministas, como Betty Friedan y Catherine MacKinnon, no eran filósofas tampoco. Las fuerzas motrices en cuanto a nuestro cambio de actitudes hacia el sexo, no fueron filosóficas o, incluso en el fondo, ideológicas. Eran materiales. A medida que la economía pasó de fabricación (trabajo sucio, pesado) a los servicios (más liviano, más limpio), a medida que la anticoncepción se hizo más segura y más confiable, mientras el deseo por familias numerosas disminuía (la sustitución de la calidad por la cantidad de niños), y la disminución de la mortalidad infantil permitió a las mujeres reducir el número de sus embarazos y aun así alcanzar su tasa deseada de reproducción, tanto la demanda de mujeres en el mercado de trabajo como la

oferta de mujeres en el mercado laboral aumentó. Con las mujeres trabajando más y teniendo como consecuencia una mayor independencia económica, exigieron y obtuvieron una mayor independencia sexual. El sexo fuera del matrimonio, el sexo no destinado a procrear, incluido por lo tanto el sexo homosexual, comenzó a parecer menos “antinatural” de lo que había parecido hasta entonces. Al mismo tiempo, los mitos sobre el reclutamiento de homosexuales explotaron, la homosexualidad fue entendida como algo genético o innato más que como una consecuencia de un “estilo de vida” y elección, y así la hostilidad hacia los homosexuales disminuyó. La historia de nuestras cambiantes costumbres sexuales es más compleja que esto, pero este boceto da una idea de cómo prefiero explicar el cambio social. La argumentación ética no juega ningún papel en la explicación.

Dice que hay varios lectores de *Liberación Animal* que han sido persuadidos por los argumentos éticos en el libro, y no sólo por los hechos y las ilustraciones. Pero si es así, es probable que lo sea sólo porque estos lectores no se dan cuenta de la radicalidad de la visión ética que sustenta su punto de vista de los animales, una visión ética que encuentra mayor valor en un cerdo sano que en un niño profundamente retrasado, en las órdenes de infligir un menor dolor a un ser humano para evitar un dolor mayor a un perro, y que, con tal que un chimpancé tenga el 1 por ciento de la capacidad mental de un ser humano normal, se requeriría el sacrificio de un ser humano para salvar a 101 chimpancés. Si *Liberación Animal* hubiera hecho hincapié en estas implicancias de su filosofía utilitaria, habría tenido muchos menos lectores convencidos; y también si hubiese tratado simplemente de convencer nuestra facultad racional, y no agitar nuestra relación empática con los animales.

Richard A. Posner.

De: Peter Singer

A: A. Posner, Richard

Jueves, 14 de junio 2001, a las 6:00 pm hora del Pacífico

Estimado juez Posner,

Este “diálogo” ha sido un placer y una experiencia muy enriquecedora. Llevándola a su fin, voy a comenzar por aclarar dos tergiversaciones de mis puntos de vista en su último mensaje, y luego voy a tratar de reunir a algunas conclusiones acerca de las diferencias entre nosotros.

Usted sugiere que atribuyo importancia normativa a “lo que la mayoría considera deseable”, y que esto es incompatible con mis argumentos en contra de comer carne. Pero lo que dije fue: “Dentro de la esfera de acción de un gobierno democrático está la posibilidad de excluir del mercado a aquellos que no cumplen las normas que la mayoría estime convenientes”. Así que la importancia normativa que doy a las opiniones de la mayoría se circunscribe sólo dentro del contexto de lo que un gobierno democrático puede hacer correctamente. No hay indicios de que la mayoría tiene la razón. Habría algo extraño en un gobierno democrático que prohíbe el consumo de carne si la mayoría de sus ciudadanos están firme y constantemente a favor de comer carne, pero esto no dice nada sobre los aciertos y errores de comer carne en sí. Los gobiernos democráticos suelen tomar malas decisiones, a pesar de que las decisiones se hayan realizado correctamente, de conformidad con los principios de la democracia.

También me atribuye la peculiar posición de que “con tal que un chimpancé tenga el 1 por ciento de la capacidad mental de un ser humano normal, se requeriría el sacrificio de un ser humano para salvar a 101 chimpancés”. No hay nada en mi posición que me obligue a llegar a esa conclusión. Incluso si a las palabras “1 por ciento de la capacidad mental de un ser humano normal” se les puede dar un sentido claro, yo nunca he dicho que la capacidad mental puede ser agregada de esta manera a fin de decidir qué vida se debe resguardar. Por el contrario, en libros

como *Ética Práctica* y *Repensando la Vida y la Muerte*³ he sugerido que la capacidad de verse a uno mismo como existente en el tiempo, con un pasado y un futuro, es una parte importante de lo que hace que matar a algunos seres sea peor que matar a otros. Así que si tener sólo 1 por ciento de la capacidad mental de un ser humano normal significa que un animal carece de esa capacidad, entonces hay motivos para rechazar el enfoque matemático que usted describe.

Ahora tratemos el hilo principal de nuestra discusión. Mi argumento inicial fue que hacemos mal al dar menos consideración a los animales, de la que damos a los miembros de nuestra propia especie, simplemente porque no son humanos. En respuesta indicó que esto es contrario a una profunda intuición moral, y luego afirmó que el argumento ético “es y debe ser impotente ante tenaces instintos morales”. Esta frase constituyó tanto una afirmación fáctica como normativa. Le he preguntado por qué hizo tal afirmación normativa, y cómo la defendería, pero su respuesta se centró en la afirmación fáctica. Quisiera hacer hincapié, por tanto, en que se trata de dos afirmaciones muy diferentes.

Sobre la afirmación fáctica, mucho depende de cómo se la formula. Que el argumento ético a menudo lucha en vano contra un tenaz instinto moral es totalmente cierto; en realidad contiene un elemento tautológico, ya que si los instintos cedieran con facilidad, no serían tenaces. Sin embargo, mi propia experiencia, que asciende ahora a más de 30 años de desarrollo de argumentos éticos sobre cuestiones controvertidas, me convence de que el argumento ético es a veces eficaz incluso en contra de puntos de vista morales profundamente asentados. No limito, por cierto, la idea de “argumento ético” a “argumentos expuestos por los académicos especialistas en ética”. Así que al señalar que Martin Luther King Jr. y Betty Friedan no fueron especialistas en ética, no demuestra que ellos no utilizaron argumentos éticos o que sus argumentos no fueron efectivos.

³ Una versión en español: Singer, Peter (1997): *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, Barcelona, Paidós.

Si fuera evidente que ningún argumento ético ha logrado cambiar las intuiciones morales profundamente asentadas de ni siquiera una persona, entonces no tendría mucho sentido la discusión de la pretensión normativa, es decir, si debemos ser inducidos por argumentos éticos para rechazar estas intuiciones. Pero como esto no es evidente, o al menos no para mí, la pretensión normativa se vuelve importante, y todavía quiero saber por qué cree que el argumento ético *debe* ser impotente ante tenaces instintos morales. ¿Qué ética puede verse detrás de esa afirmación? ¿Está usted dispuesto a dar razones en su favor? Si es así, usted mismo se está involucrado en una discusión ética.

Tal vez, sin embargo, se niega a defender la afirmación de que sería *malo* que el argumento ético fuera eficaz contra tenaces instintos morales. Esto estaría en consonancia con algunas de las cosas que dice, en las que suena como un escéptico moral duro, una especie Trasímaco moderno, que descarta a toda a ética como simple fraude, o encubrimiento de los intereses más egoístas. El escepticismo moral completo es, sin duda, una manera de responder a los argumentos éticos que he esbozado en favor de los animales, pero logra este objetivo a un muy alto costo, porque significa que usted no puede idear ningún otro argumento ético, por ejemplo, contra el racismo o la homofobia, en una sociedad con intuiciones racistas u homofóbicas arraigadas profundamente, que no descansan en ningún error de hecho. Tenga en cuenta que si usted es realmente un escéptico, debe concluir que estos argumentos no sólo dejarán de ser eficaces, sino también que no hay motivos para decir que los racistas y homofóbicos están equivocados. Si tiene que llegar a estos extremos para resistir mis argumentos a favor de un nuevo estatuto ético de los animales, al menos en lo que a este intercambio de ideas se refiere, estoy dispuesto a dejar mi caso y espero que pocos lectores estén de acuerdo con su escepticismo ético de largo alcance.

Peter Singer.

De: Richard A. Posner

Para: Peter Singer

Viernes, 15 de junio 2001, a las 12:00 am PT

Estimado profesor Singer:

Yo no soy un escéptico moral en el sentido de pensar que las creencias morales no tienen ningún efecto sobre el comportamiento humano. Sólo soy escéptico respecto de que tales creencias se pueden cambiar a través de argumentos filosóficos (especialmente los de los filósofos académicos, dado el carácter protegido de la carrera académica moderna en los Estados Unidos y otros países ricos liberales), a diferencia de ser cambiado por la experiencia, por los cambios en las circunstancias materiales, por el demostrado éxito o fracaso de particulares principios morales como medio de hacer frente a los problemas de la vida y el ejemplo personal, la autoridad carismática, y las apelaciones a la emoción. En el intercambio de ayer me dio ejemplos de cómo los principios morales, por ejemplo en cuanto al sexo, son cambiados por tales cosas, y me preguntó si la filosofía académica ha desempeñado un papel significativo en los cambios que he discutido.

Aunque usted tiene razón en que la eficacia y la solidez de los argumentos morales son *analíticamente* dos temas distintos, éstos están relacionados. Una razón por la que los argumentos morales no son eficaces en el cambio de comportamiento es su falta de contundencia—su radical inconclusividad—, en una sociedad moralmente diversa como la nuestra, donde la gente puede y se pone a discutir a partir de premisas incompatibles. Pero hay algo más profundo. El argumento moral a menudo parece verosímil cuando no está bien razonado, o no está completo lógicamente, pero casi siempre es inverosímil cuando es lógico. Un utilitarista ilógico (un utilitarista “moderado”, como podríamos llamarlo) se contenta con decir que el dolor es malo, que los animales sienten dolor, por lo que, en igualdad de condiciones, debemos tratar de aliviar el sufrimiento de los animales, si es que podemos hacerlo a un costo modesto. Usted, un poderoso utilitarista lógico, un utilitarista “duro”, no se contenta con ideas tan simplonas.

Usted quiere seguir a su extremo lógico la proposición de que el dolor es una mala experiencia, para quien sea que la experimente. Así que no se inmuta ante la implicancia lógica de su filosofía de que si un cerdo de matadero experimenta más dolor que un ser humano, el cerdo tiene un derecho superior a nuestra consideración; o que un chimpancé merece una mayor consideración que un humano severamente retrasado.

Usted desafió mi ejemplo de los 101 chimpancés. Invocando el lado positivo de la utilidad (el dolor es el lado negativo), usted sostuvo que “la capacidad de verse a uno mismo como existente en el tiempo, con un pasado y un futuro, es una parte importante de lo que hace que matar a algunos seres sea peor que matar a otros”. Es decir, usted dice “seres” en lugar de “seres humanos”. Existen pruebas científicas de que los primates no humanos tienen cierta capacidad de *“ver [se] como existentes en el tiempo, con un pasado y un futuro”*, y quise sugerir con mi ejemplo que esta capacidad podría ser de hasta un 1 por ciento en relación a la capacidad del ser humano medio. Y entonces se sigue de la lógica de su posición que es incluso peor matar a 101 de estos primates que matar a un solo ser humano normal, y mucho menos a una sola persona retrasada, cuya capacidad de verse a sí mismo como existente en el tiempo, con un pasado y un futuro, puede ser un poco superior a la media de los chimpancés. Esta conclusión dura, está implícita en su declaración de que “hacemos mal al dar menos consideración a los animales, *simplemente* porque no son humanos”⁴.

La postura utilitarista “moderada” sobre los derechos de los animales es una intuición moral de muchos, probablemente la mayoría de los estadounidenses. Nos damos cuenta de que los animales sienten dolor, y pensamos que infligir dolor sin motivo es malo. Nada de valor práctico se añade al arropar a esta intuición con el lenguaje de la filosofía, y mucho se pierde cuando la intuición se vuelve una etapa en la argumentación lógica. Cuando la bondad hacia los

⁴ La cursiva es del autor.

animales es convertida en un deber de ponderación de los dolores de los animales y de las personas por igual, se muestran extraños panoramas de ingeniería social. Usted ha dicho que sería “algo extraño en un gobierno democrático que prohíbe el consumo de carne si la mayoría de sus ciudadanos están firme y constantemente a favor de comer carne”, pero no dice que sería *malo* imponer el vegetarianismo a la mayoría (no toda legislación democrática es mayoritaria). Tampoco indica reservas sobre la legislación que impondría el vegetarianismo a una minoría de la población que se muestra firme y constantemente a favor de comer carne. Si el 49 por ciento de la población tuviera fuertes intenciones de comer carne, ¿creería correcto prohibírseles, sólo porque eran una minoría en un sistema democrático? Deduzco que usted lo haría; y es un ejemplo de por qué creo que es mejor prescindir de argumentos filosóficos y políticos para alcanzar un cambio moral.

Usted sugiere que un voto de abstinencia de argumentos filosóficos nos impide condenar el racismo y la homofobia. No es así. Las causas y consecuencias de la intolerancia tienen una larga y bien estudiada historia, rica en lecciones que no requieren un giro filosófico para convencernos. Son las lecciones de la historia, y no el pensamiento de Platón, Aristóteles, Kant o Heidegger, las que provocaron que la mayoría de los filósofos, junto con los no filósofos, con el tiempo se mostraran en contra del racismo y la homofobia. La filosofía sigue al cambio moral, no lo causa, ni lo lidera.

Trasímaco en la *República* de Platón, con quien me comparó, enseñó que el poder hace el derecho; Sócrates, en la *República*, al tiempo que rechazaba la definición de justicia de Trasímaco, abogó por la censura, la destrucción de la familia, y un régimen totalitario de filósofos. Así que la filosofía moral tiene su lado duro (considere también la defensa de Aristóteles de la esclavitud, y la de Kant de la pena capital) y en nuestro debate, profesor Singer, es usted el tipo duro, y yo el blando, el sentimental, dispuesto a basar los derechos de los animales en la empatía, no dispuesto a seguir la lógica utilitarista hasta las duras consecuencias esbozadas más arriba.

Pero sería un error concluir de forma tan negativa. Quiero terminar constatando la alta estima personal y profesional que tengo por usted. Admiro la claridad de su pensamiento y su coraje intelectual al llevar la lógica de su filosofía hasta el final: a sus inaceptables conclusiones.

Richard A. Posner



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

DOSSIER MONOGRÁFICO XIII CONGRESO MUNDIAL IAB

La propiedad sobre las partes separadas del cuerpo: un test para el enfoque propietario

Ownership over body detached parts: a test for the property approach

RICARDO GARCÍA MANRIQUE *

OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: www.bioeticayderecho.ub.edu/master. En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

* Ricardo García Manrique. Profesor titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Barcelona, España. E-mail: garcia.manrique@ub.edu.

* Proyecto de investigación "Transferencias de material biológico de origen humano: aspectos sociales, jurídicos y bioéticos" (Ministerio de Economía, Industria y Competitividad - MINECO DER2014-57167-P). Este texto es una versión preliminar de otro más extenso que está en proceso de elaboración.

* Trabajo presentado en la sesión especial de la Red Iberoamericana de la International Association of Bioethics (IAB) celebrada en el XIII Congreso Mundial de Bioética de la IAB: "Individuos, intereses públicos y bienes públicos", en Edimburgo (Escocia), del 14 al 17 de junio de 2016.

Resumen

El estatuto jurídico de las partes separadas del cuerpo humano (sean órganos, tejidos, células o fluidos) está sometido a discusión, debido a dos motivos: la falta de claridad de dicho estatuto y la urgencia de disponer de él. El “enfoque propietario” se define por proponer el estatuto genérico de objetos de propiedad privada para las partes separadas del cuerpo. Es indudable que este enfoque presenta muchas ventajas; sin embargo, es posible que tales ventajas no sean suficientes para justificarlo. Con la intención de evaluar esta propuesta, se identifican aquí los fines que debe satisfacer el estatuto jurídico elegido, a partir de los cuales cabe articular un test de aptitud o pertinencia. La aplicación del test a la propiedad privada parece dar un resultado negativo.

Palabras clave: biomateriales humanos; propiedad privada; ánimo de lucro; seguridad jurídica.

Abstract

The legal status of detached human body parts (either organs, tissue, cells or fluids) is under discussion, due to the lack of clarity of such a status and to the pressing need of it. The “property approach” suggests the general status of objects of private property as the most suitable for the detached parts of human bodies. Undoubtedly, the property approach shows many advantages; but they may not be enough to justify it. Looking for a fair assessment of this proposal, we begin by identifying the goals that should be satisfied by the legal status of human detached parts; then we build an expediency test with these goals; lastly, we apply our test to private property. The test result seems to be negative.

Keywords: human biomaterials; private property; profit; legal certainty.

1. Los hechos

El desarrollo de las técnicas médicas y de las biotecnologías ha dado lugar a la existencia y uso cada vez más frecuentes de partes separadas del cuerpo humano, sean órganos, tejidos o células, a los que se recurre en los campos de la terapia médica (trasplante de órganos, injertos de piel), la reproducción asistida y la investigación. Además, estas partes del cuerpo, o biomateriales humanos, pueden ser, y son, objeto de transferencias de unos cuerpos a otros. Ello supone que algunas partes de nuestro cuerpo pueden ser separadas del mismo sin perder su valor o función; que pueden, por tanto, llevar una existencia independiente de nuestro cuerpo; y que pueden llegar a integrar otro cuerpo. De aquí se sigue la aparición de nuevos intereses potencialmente conflictivos con los nuestros, puesto que las partes de nuestro cuerpo pueden ser útiles para los demás de varios modos en que antes no lo eran: en síntesis, pueden ayudar a la conservación de su vida y a su reproducción. Hay quien habla ya del cuerpo humano como de un cuerpo “diseminado” (Rodotà, 2008: 304), sobre el cual se multiplican las formas de control y de manipulación, como se multiplican los intereses que recaen sobre él.

Al mismo tiempo, el ámbito de lo mercantil, de acuerdo con su actual dinámica expansiva, se está ampliando hasta abarcar también las partes del cuerpo humano, precisamente por su separabilidad y utilidad, por su capacidad para convertirse en objetos manejables, poseíbles y transmisibles, esto es, en mercancías. Los indicios de esa colonización comercial del cuerpo son muchos y diversos: el negocio de la reproducción asistida o de los tejidos humanos son ejemplos significativos (Arroyo, 2017); y esos indicios, sumados a la confianza en la bondad y eficacia del mercado como mecanismo de asignación de recursos de todo tipo, llevan a pensar que la colonización del cuerpo por el mercado no ha hecho más que empezar.

2. La cuestión jurídica

Los sistemas jurídicos nacionales e internacionales deben abordar estos hechos: el de la transmisibilidad de las partes de nuestro cuerpo y el de su posible comercialización; y han de optar por promoverlos o por desalentarlos. Sin perjuicio de las actuales regulaciones, que son diversas y muy variables, y que con frecuencia no son ni claras ni coherentes, la pregunta jurídica clave bien puede ser ésta: ¿cuál es el régimen que debe regir las transferencias de biomateriales humanos? ¿Cabe pensar en un régimen general para todas ellas? Para contestar a esto, una cuestión previa que viene siendo planteada jurisprudencial y doctrinalmente en los últimos años es la siguiente: ¿deben ser las partes separadas del cuerpo humano objetos susceptibles de

apropiación? O, en otros términos, ¿cabe ser “propietario” de partes separadas del propio cuerpo o de un cuerpo ajeno? Es cierto que afirmar esta posibilidad no es suficiente para determinar el régimen jurídico aplicable a las biotransferencias; en particular, de por sí no supone abrir la vía de la comercialización. Sin embargo, tal posibilidad, la de ser propietario, sí parece una condición necesaria de ella: sólo si admitimos que las partes separadas del cuerpo pueden ser “cosas” susceptibles de apropiación privada estaremos en condiciones de preguntarnos si, además, pueden ser objeto de tráfico mercantil.

El objeto de estas páginas es un abordaje preliminar de esta pregunta desde la perspectiva general de la filosofía del derecho, esto es, sin atención especial a la regulación vigente en los distintos sistemas jurídicos. Ya en otra ocasión nos hemos preguntado algo parecido, a saber, si el cuerpo humano puede ser un objeto de propiedad, y hemos llegado a una respuesta negativa (García Manrique, 2017). Los argumentos en que se basa esta respuesta negativa tienen alguna relevancia para lo que nos ocupa ahora, pero resulta evidente que se trata de preguntas distintas que admiten respuestas distintas. Porque, incluso quien rechaza que el cuerpo humano vivo, como tal y en su integridad, pueda ser un objeto de propiedad (y, por tanto, de “autopropiedad”), bien puede aceptar, en cambio, que las partes separadas del mismo sí pueden serlo, en la medida en que su existencia separada no afecte a la continuidad de la vida del cuerpo del que fueron separadas, o en la medida en que, por esta razón o por otras, la naturaleza de las partes separadas sea distinta de un modo relevante a la naturaleza del cuerpo humano considerado de manera íntegra.

El argumento propuesto en las secciones que siguen tiene la siguiente restricción: se aplica sólo a las partes separadas del cuerpo humano que calificamos aquí como “vitales”. Una parte vital del cuerpo humano será aquella que permite la conservación o la reproducción de la vida humana de un tercero. Todo lo vaga que esta definición pueda ser, permite sin duda considerar como partes vitales a ciertos órganos (riñón, corazón, pulmón, hígado, etc.), a la sangre y a las células reproductivas, y deja fuera de ellas a ciertos fluidos, tejidos y demás que no tienen esa utilidad conservadora o reproductora de la vida. El hecho de que el concepto de “partes vitales” tenga una zona de penumbra en la cual permanecen ciertas partes de cuerpo (acerca de cuya calificación como vitales podemos tener dudas) no debe ser obstáculo para la validez del argumento propuesto a continuación, sino simplemente para determinar a qué partes del cuerpo puede aplicarse.

3. El enfoque propietario

Los partidarios del enfoque propietario de la cuestión que nos ocupa son aquellos que sostienen la tesis de que la propiedad privada sería el estatuto jurídico más apropiado para las partes separadas del cuerpo. O, para ser más precisos, son aquellos que sostienen que estas partes separadas pueden ser objeto de apropiación privada, sea por parte de aquel de cuyo cuerpo han sido separadas, sea por parte de terceros a quienes hayan podido ser transmitidas. Conviene aclarar de antemano que los partidarios del enfoque propietario no se comprometen necesariamente con otras tesis que pueden estar relacionadas con la suya. Por ejemplo, podrían ser partidarios de que sólo aquel sujeto cuyo cuerpo ha originado las partes separadas pueda ser propietario de ellas, de donde se derivaría la prohibición de su transferencia; o bien, aun siendo partidarios de legalizar dichas transferencias, podrían no serlo de que puedan realizarse con ánimo de lucro. Que estas posiciones sean coherentes o no lo sean es asunto distinto, al que se hará referencia más adelante.

Los “propietarios” ofrecen varios argumentos a favor de su tesis, que son otras tantas ventajas que atribuyen a su puesta en práctica. Las ventajas principales que aducen son las siguientes:

Seguridad jurídica. El régimen de propiedad privada garantiza un estatuto jurídico unitario, coherente y preciso para los biomateriales humanos. Sería unitario si se aplicase ese régimen a todos los biomateriales humanos, en vez de optar por regularlos cada uno por separado. Sería coherente porque los biomateriales humanos separados del cuerpo son “cosas”, en el doble sentido de que son objetos físicos identificables separadamente y de que no son “personas”, y el régimen jurídico general aplicable a las cosas es la propiedad. Sería preciso, y potencialmente completo, porque la propiedad privada es una institución jurídica regulada con detalle tanto en los sistemas continentales como en los del *common law*, y esta regulación cabría extenderla a los biomateriales humanos, al menos como régimen subsidiario en defecto de normas especiales. Unidad, coherencia y precisión (o plenitud) definirían un estatuto jurídico que aumentaría la seguridad jurídica en relación con posibles conflictos acerca de la posesión y transmisión de los biomateriales y acerca de la responsabilidad en relación con su manipulación y conservación. Esto es, aumentaría el grado de certeza o previsibilidad de las decisiones judiciales que hubieran de resolver este tipo de conflictos (Matthews, 1995; Hardcastle, 2007; Goold y Quigley, 2014; Reid, 2015).

Gestión adecuada de la escasez. Al argumento de que los biomateriales son “cosas” se añade el de que, además, son cosas escasas, esto es, cosas cuya demanda es muy superior a su oferta (el

caso de los órganos es paradigmático de esta escasez). Pues bien, el estatuto de la propiedad es especialmente apropiado para los bienes escasos (Matthews, 1995; Douglas, 2014a).

Flexibilidad. Es cierto que los biomateriales humanos son bienes peculiares, pero esta peculiaridad no es un argumento a favor de un régimen distinto, sino precisamente a favor del régimen propietario, porque la propiedad ofrece la flexibilidad suficiente para acomodarse a ellos. La prueba es la gran diversidad de regímenes jurídicos que se aplican a los distintos objetos apropiables, dando lugar a las llamadas propiedades “especiales”. La propiedad de los biomateriales humanos podría ser una de ellas (Goold y Quigley, 2014).

Prevención de la vulnerabilidad. La seguridad jurídica garantizada por la propiedad, por el solo hecho de establecer un régimen bien definido, reduciría la vulnerabilidad; pero esta reducción sería aún mayor porque el régimen de propiedad otorga a las personas tanto el control directo de las partes separadas de su cuerpo como un medio de reparación de posibles daños derivados de su inadecuada manipulación y conservación (Hardcastle, 2007; Moses, 2014; Douglas, 2014b).

Protección de la integridad física. La mejor manera de extender la protección de la integridad física de nuestro cuerpo a sus partes separadas es optar por un régimen de propiedad. Este régimen sería, pues, un correlato o extensión del derecho fundamental a la integridad física, y no su negación, su restricción o su puesta en cuestión. Los derechos fundamentales pretenden garantizar el control de lo esencial para nuestra vida; pero cuando lo esencial reviste la forma de “cosa” u “objeto”, el régimen jurídico más adecuado para garantizar su control es la propiedad. El fundamento último de la apropiabilidad de las partes separadas del cuerpo es, por tanto, el derecho a la integridad física (Hardcastle, 2007; Douglas, 2014b; Moses, 2014).

4. Un test para el enfoque propietario

Las ventajas enumeradas en la sección anterior, en tanto no sean contradichas, articulan un argumento fuerte a favor de la atribución del estatuto de cosas apropiables a las partes separadas del cuerpo. Sin embargo, en lo que sigue propongo un enfoque alternativo de la cuestión. Consiste en identificar, primero, los fines que debe satisfacer la regulación jurídica de las partes separadas del cuerpo, para, después, determinar si su configuración como objetos apropiables es capaz de satisfacerlos. Aunque planteado como alternativo, este enfoque acaso permita matizar el alcance de las supuestas ventajas del enfoque propietario.

El régimen jurídico que atribuyamos a las partes separadas del cuerpo ha de satisfacer al menos estas cuatro exigencias: (1) reconocimiento de la naturaleza y el valor especiales de los biomateriales humanos; (2) prohibición del lucro, o no mercantilización; (3) uso restringido; y (4) seguridad jurídica.

(1) *Reconocimiento de la naturaleza y el valor especiales de los biomateriales humanos.* Los biomateriales humanos no son cosas cualesquiera, incluso cuando han sido separados del cuerpo. Su naturaleza es precisamente “humana”, esto es, constituye la materia de la que estamos hechos, y de hecho su destino esperable es pasar a formar parte de otro cuerpo humano. En tanto que “bienes vitales” (tal como los hemos identificado antes), los biomateriales humanos tienen un valor especial para los individuos y para la especie humana. Disponer de ellos en el momento oportuno significa poder conservar la vida o poder reproducirla.

(2) *Prohibición del lucro.* Sin ignorar que se trata de un asunto sujeto a controversia, vamos a suponer que la regulación jurídica de los biomateriales humanos debe impedir su tráfico mercantil o su comercialización, tal como asume la mayor parte de los que se ocupan de este tema y como requiere el derecho internacional vigente en la materia. Así, por ejemplo, el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de 1997, establece taxativamente en su artículo 21: “Prohibición de lucro. El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”. El principio rector del derecho internacional sobre la materia sería el de la “dignidad humana” (Pons, 2009: 583; Pons, 2016: 7-9); y podríamos decir que aquí de lo que se trata es de extender la dignidad que se atribuye a los seres humanos también a los órganos y demás partes separadas de su cuerpo, que así tendrían, parafraseando a Kant, “dignidad y no precio”.

(3) *Uso restringido.* El uso de los biomateriales humanos debería estar restringido en función de su particular naturaleza. Esto es, habrían de servir exclusivamente para promover la salud y la reproducción humanas a través de terapias médicas y de la investigación. En principio, cualesquiera otros usos habrían de estar proscritos, a salvo de justificación suficiente y específica.

(4) *Seguridad jurídica.* En tanto que regulación jurídica, la de los biomateriales ha de garantizar la seguridad, certeza o previsibilidad que es propia del derecho. Se trata en este caso, a diferencia de los anteriores, de una exigencia técnica o instrumental, sin cuyo respeto ninguna regulación jurídica puede satisfacer adecuadamente ningún fin sustantivo que se proponga.

¿Satisface estos cuatro objetivos un régimen propietario de regulación de las partes separadas del cuerpo humano? Veamos:

(1) La propiedad privada es precisamente el régimen de posesión de las cosas “ordinarias”, esto es, de las cosas que no presentan alguna característica especial que las haga merecedora de otro régimen, así el de las *rei extra commercium* o el de los bienes de dominio público. Por eso,

permitir que un bien pueda ser apropiado privadamente supone no atribuir a ese algo una naturaleza o valor especiales, sino más bien lo contrario, con lo que el primer objetivo que ha de satisfacer un estatuto adecuado para las partes separadas del cuerpo no queda satisfecho por el estatuto de la propiedad privada. Para mostrarlo mejor, cabe traer a colación la categoría de los “bienes fundamentales”, propuesta por Luigi Ferrajoli, que serían “aquellos bienes vitales que constituyen el objeto de los correspondientes derechos fundamentales”, de manera que “la categoría de los *bienes fundamentales* se concibe como una categoría paralela y correspondiente a la de los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2014: 211, 214). Pues bien, la idea de los bienes fundamentales es la de bienes que, por su particular relevancia, han de quedar sustraídos a la apropiación privada; y, entre ellos, figura la subcategoría de los “bienes personalísimos”, bienes de carácter natural y privativo, porque “pertenecen” únicamente a cada persona (de acuerdo con un tipo de pertenencia que se parecería más al modo en que se dice que “me pertenece” un derecho fundamental o “me pertenece” mi cuerpo, y no al modo en que se dice que “me pertenecen” las cosas que poseo como propietario).

Por tanto, si se trata de remarcar la naturaleza y el valor especiales que corresponden a las partes del cuerpo humano, creo que el estatuto de la propiedad privada no es el más adecuado, y que un estatuto como el propuesto por el jurista italiano resulta más adecuado. Por otra parte, el argumento de que existen propiedades especiales no parece servir aquí, puesto que sería extraño recurrir al estatuto de la propiedad como el adecuado para las partes del cuerpo, para, a renglón seguido, establecer un régimen especial y distinto del ordinario, que sería una manera de reconocer que, en realidad, el régimen de la propiedad no es el que les conviene.

(2) La facultad de disponer libremente de las cosas es una de las que caracterizan a la propiedad privada, y la regla general es la de la disposición onerosa, esto es, la que se realiza a cambio de un precio y con ánimo de lucro. Por supuesto, hay otros modos de disposición, como la destrucción de la cosa o su transmisión a título gratuito; pero habrá que reconocer que el modo de disposición ordinario de las cosas, en una sociedad de mercado, es el que permite obtener un rendimiento económico de ellas, sea mediante su transmisión (compraventa) o mediante otros negocios jurídicos que no implican la transmisión (arrendamiento, por ejemplo). Por tanto, el estatuto de propiedad privada no favorece la prohibición del lucro, sino que más bien la dificulta, porque la regla general es que uno puede lucrarse con las cosas que posee como propietario.

Es cierto, y en ello suelen insistir los partidarios del enfoque propietario, que el estatuto de la propiedad privada es compatible con la prohibición del lucro, puesto que la posibilidad de la transmisión onerosa no está lógicamente implicada por la propiedad privada; es decir, la primera no es condición necesaria de la segunda, de manera que está en la mano del legislador establecer una propiedad que no incluya la facultad de disponer a título oneroso. Por tanto, sostienen, nos

hallamos ante dos cuestiones distintas, y el temor a la comercialización de los biomateriales humanos no ha de influir en nuestra decisión sobre si la propiedad es o no es el mejor estatuto jurídico para ellos. Hay quien, a estos efectos, se apoya en una concepción “débil” o “laxa” (*thin* es la palabra) de la propiedad, según la cual la propiedad no implicaría facultades concretas, sino simplemente el carácter “real” (*in rem*) del derecho, una concepción que encontraría a su vez apoyo en cierta jurisprudencia anglosajona (Moses, 2014: 209-210).

Desde luego, no sería un caso único. En España, por poner sólo un ejemplo, uno puede poseer marihuana en calidad de propietario (y, como tal, pedir su restitución tras una apropiación indebida por parte de un tercero, y acaso una compensación por la pérdida de la cosa si ese tercero se la fuma); sin embargo, su venta está prohibida. No sería difícil encontrar otros casos de este mismo género, aunque todos ellos merecerían la calificación de excepcionales. Esto es lo que ahora importa, que son excepcionales, puesto que, contra esa concepción débil de la propiedad, cabe aducir que la facultad de la libre disposición es una de las que define la propiedad como institución jurídica, y aquí “definir” ha de entenderse como determinar el sentido o función general de la institución, puesto que las instituciones jurídicas son instrumentos, y los instrumentos se definen por su función. Sostener que una de las funciones que caracterizan y justifican la institución de la propiedad es habilitar la libre disposición de los bienes parece que no requiere mucho argumento (véanse, entre tantos otros, Honoré, 1961: 118 y Greasley, 2014: 73, por seguir en el ámbito del *common law*; en el del derecho continental, bastará aquí con recordar la definición de la propiedad que contiene nuestro Código Civil en su artículo 348, como el “derecho de gozar y *disponer* de una cosa”, seguramente influida por la del Código Civil francés, que en su artículo 544 la define en términos equivalentes).

La cuestión, me parece, no es tanto si cabe la posibilidad de establecer una propiedad de las partes separadas del cuerpo que no vaya acompañada del poder de disposición, sino si resulta razonable hacerlo teniendo en cuenta la función, o finalidad, de la institución propietaria. El argumento esgrimido antes contra la propiedad “especial” (esto es, que no parece tener sentido recurrir a la propiedad para, al tiempo, articularla de manera tan distinta del que es su régimen general) puede valer ahora también para negar esa razonabilidad. Además, resulta evidente que el régimen propietario, como tal, no garantiza la prohibición del lucro, sino sólo cuando va acompañado de su prohibición específica; e incluso en el caso de que esta prohibición sea establecida, el régimen propietario aplicado a las partes separadas del cuerpo más bien promueve el ánimo de lucro, porque quien sea propietario de tales partes, imbuido como es natural de la noción general de la propiedad, es muy probable que sienta la prohibición de disponer de ellas como una restricción injustificada, sometida en todo caso a la presión que el mercado ejerce sobre lo que queda fuera de su alcance, tanto más sobre aquello que ya puede ser

objeto de propiedad y que, por tanto, ha dado ya uno de los dos pasos que llevan hasta la esfera de lo mercantil, y está más cerca de ella. En definitiva, cabe pensar que el régimen de la propiedad dificulta más que favorece la prohibición del lucro.

(3) Algo equivalente cabe sostener respecto del uso restringido de las partes separadas del cuerpo, dado que el uso (o el “goce”) es, junto a la disposición, la otra propiedad definitoria de la propiedad. Como la propiedad se caracteriza por el libre uso de la cosa objeto del derecho, convertir a una cosa en objeto susceptible de apropiación no favorece un uso restringido de esa cosa, sino todo lo contrario. Vale, en efecto, el comentario del punto anterior, ahora aplicado al uso, goce o disfrute: es cierto que posible establecer un tipo de propiedad de acuerdo con el cual el uso de la cosa esté fuertemente restringido, limitado a la promoción de la salud y la reproducción humanas. Sin embargo, la propiedad como tal no promueve la restricción del uso sino el uso irrestricto, y quien sea ya propietario se preguntará con qué legitimidad se le impide usar libremente aquello que le pertenece.

(4) Por último, vimos ya que el incremento de la seguridad jurídica es uno de los argumentos que se aducen a favor del enfoque o régimen propietario. Sin embargo, ese incremento será tanto mayor cuanto menos nos alejemos del régimen general de la propiedad, de acuerdo con el cual tanto el uso como la disposición son de amplio alcance, un régimen general que por supuesto no contempla ni la prohibición de disponer con ánimo de lucro ni el uso orientado a ciertos fines establecidos al margen de la voluntad del propietario. En cambio, ese incremento de la seguridad jurídica será tanto menor cuanto más nos alejemos del régimen general de la propiedad y, a cambio, establezcamos un régimen específico que regule la propiedad de las partes separadas del cuerpo. Será tanto menor para los ciudadanos y para los juristas: para los ciudadanos, porque es el régimen general el que resulta familiar o conocido, y se sentirían más seguros si supieran que cabe aplicar a esta nueva propiedad todo lo que saben en relación con las demás, pero no si lo que saben es que su nueva propiedad está sometida a un régimen igualmente nuevo y específico; para los juristas, porque el acervo de cultura jurídica propietario (doctrinal y jurisprudencial) no les será de utilidad, o no de manera general e incondicional, y sólo limitadamente podrán contar con él a la hora de argumentar sobre la resolución adecuada de los casos controvertidos o, igualmente, a la hora de predecir la manera en que se decidirán judicialmente.

Ahora bien, lo que proponen los partidarios del enfoque propietario, conscientes de la particularidad de los bienes que nos ocupan aquí, es un régimen especial de propiedad que limite de manera específica el uso y la disposición de dichos bienes. Siendo así, y si el argumento contenido en el párrafo anterior es válido, el aumento de la seguridad jurídica no sería ni mucho menos tan evidente como ellos creen, sino que incluso cabría esperar mayor inseguridad. O, en todo caso, si la seguridad jurídica aumentase, no se debería a la mera calificación de las partes

separadas del cuerpo como objetos susceptibles de apropiación privada, dado que, supuesto que se regulase de acuerdo con un régimen especial, no estaríamos en condiciones de saber qué consecuencias jurídicas se siguen de su consideración como bienes apropiables sino que tendríamos que esperar a conocer ese régimen especial.

5. Conclusión

Hemos propuesto un test con el fin de determinar si una institución es adecuada para dotar de estatuto jurídico a las partes separadas del cuerpo humano que merezcan la calificación de “vitales” (relevantes para la conservación o la reproducción de la vida). Hemos aplicado el test a la propiedad privada y hemos obtenido un resultado negativo. Si el test es pertinente y si su aplicación ha sido correcta, ese resultado negativo constituye una buena razón a favor de descartar el llamado enfoque propietario, que propone atribuir a esas partes separadas de nuestro cuerpo el estatuto de cosas apropiables. En síntesis, porque la institución de la propiedad no parece estar en condiciones de satisfacer los fines que debería.

Es cierto que el progreso de la biotecnología y en particular el aumento de las transferencias de material biológico de origen humano requieren de los sistemas jurídicos una solución más precisa, consistente y completa de la que a fecha de hoy están en condiciones de ofrecer. Hay quien sugiere que la solución pasa por repensar la dicotomía civilista tradicional personas/cosas, porque no es capaz de dar adecuada cuenta de la naturaleza peculiar de las partes separadas del cuerpo (Reiter, 2008).

Tal como ha sido apuntado en algún pasaje del texto, una posibilidad atractiva sería la de considerar esos materiales como una especie de “bienes fundamentales” a la que Ferrajoli ha llamado “bienes personalísimos”. Habría que definir mejor esta categoría, determinar si satisface los fines que debe satisfacer y, en fin, examinar si esos beneficios que los propietarios atribuyen al régimen de la propiedad privada (seguridad jurídica, gestión adecuada de la escasez, flexibilidad, prevención de la vulnerabilidad y protección de la integridad física) pueden ser también obtenidos, e incluso en mayor grado, por un régimen alternativo. Todo esto habrá de quedar para otra ocasión.

Bibliografía

- ◆ ARROYO AMAYUELAS, E. 2017: "Entre propiedad y persona: disposición de partes y productos del cuerpo desde el derecho civil", en M. Casado, ed., *De la solidaridad al mercado*, México, Fontamara.
- ◆ DOUGLAS, S. 2014a: "The argument for property rights in body parts: scarcity of resources". *Journal of Medical Ethics* 40: 23-26.
- ◆ DOUGLAS, S. 2014b: "Property Rights in Human Biological Material", en GOOLD, I., GREASLEY, K., HERRING, J. y SKENE, L. (ed.), *Persons, parts and property*. Oxford, Hart: 89-108.
- ◆ FERRAJOLI, L. 2014: *La democracia a través de los derechos*. Madrid, Trotta.
- ◆ GARCÍA MANRIQUE, R. 2017: "¿Es mío mi cuerpo? Sobre la propiedad privada del cuerpo humano?", en M. Casado, ed., *De la solidaridad al mercado*, México, Fontamara.
- ◆ GOOLD, I. y QUIGLEY, M. 2014: "Human Biomaterials: The Case for a Property Approach", en GOOLD, I., GREASLEY, K., HERRING, J. y SKENE, L. (ed.), *Persons, parts and property*. Oxford, Hart: 231-262.
- ◆ GREASLEY, K. 2014: "Property Rights in the Human Body: Commodification and Objectification", en GOOLD, I., GREASLEY, K., HERRING, J. y SKENE, L. (ed.), *Persons, parts and property*. Oxford, Hart: 67-87.
- ◆ HARDCASTLE, R. 2007: *Law and the Human Body: Property Rights, Ownership and Control*. Oxford, Hart.
- ◆ HONORÉ, A. M. 1961: "Ownership", en GUEST, A. G. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford University Press: 107-147.
- ◆ MATTHEWS, P. 1995: "The Man of Property". *Medical Law Review* 3: 251-274.
- ◆ MOSES, L. B. 2014: "The Problem with Alternatives: The Importance of Property Law in Regulating Excised Human Tissue and *In Vitro* Human Embryos", en GOOLD, I., GREASLEY, K., HERRING, J. y SKENE, L. (ed.), *Persons, parts and property*. Oxford, Hart: 197-214.
- ◆ PONS RAFOLS, X. 2009: "Biomedicina y derecho internacional: nuevas fronteras de la ciencia, nuevas dimensiones de los derechos humanos", en BADIA, A. M., PIGRAU, A. y OLESTI, A. (coord.), *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, vol. I. Madrid, Marcial Pons: 571-597.

- ◆ PONS RAFOLS, X. 2016: “Nuevos desarrollos en la lucha internacional contra el tráfico de órganos humanos: el Convenio de Santiago de Compostela”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 31: 1-36.
- ◆ REID, K. 2015: *Body Parts and Property*. University of Edinburgh School of Law, Research Paper Series No 2015/25.
- ◆ REITER, E. H. 2008: “Rethinking Civil-Law Taxonomy: Persons, Things and the Problem of Domat’s Monster”. *Journal of Civil Law Studies* 1: 189-213.
- ◆ RODOTÀ, S. 2008: “Aventuras del cuerpo”; en SILVEIRA, H. (ed.), *El derecho ante la biotecnología*, Barcelona, Icaria: 291-307.

Fecha de recepción: 24 de enero de 2017

Fecha de aceptación: 27 de marzo de 2017

LOS ACTOS DE LIBRE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO

Enrique Varsi Rospigliosi¹

Resumen: El cuerpo es la estructura biológica del ser humano. Determina al hombre en su existencia físico material. Los sujetos de derechos individuales tienen un cuerpo sobre el cual pueden decidir qué hacer, de forma directa o consentida, incluso cabe la posibilidad de actos de injerencia corporal indirectos o impuestos. La persona puede aspirar a un cuerpo mejor o utilizarlo en beneficio de los demás. El cuerpo humano, como base fisiológica de la personalidad, está protegido en el marco del núcleo duro de dignidad que le es atribuida *per se*. El derecho a los actos de libre disposición del cuerpo humano es la facultad de hacer con nuestro cuerpo lo que mejor creamos conveniente, siempre que no vaya contra las normas de orden público, las buenas costumbres o implique una disminución de la integridad y salud.

Palabras clave: cuerpo, derecho a la integridad, actos de disposición corporal, derecho al cuerpo

The acts of free disposal of the human body

Abstract: The body is the biological structure of the human being. It determines man in his natural physical existence. Individual law subjects have a body over which they can decide what to do, directly or consensually, including the possibility of acts of indirect or imposed corporal interference. The person can aspire to a better body or use it for the benefit of others. The human body, as the physiological basis of personality, is protected within the framework of the hard core of dignity attributed to it *per se*. The right to acts of free disposal of the human body is the ability to do with our bodies what we believe best, provided that it does not go against the rules of public order, good manners or implies a decrease in integrity and health.

Keywords: body, right to integrity, acts of bodily disposition, right to the body

Atos de livre disposição do corpo humano

Resumo: O corpo é a estrutura biológica do ser humano e determina o homem em sua existência física material. Os sujeitos de direitos individuais têm um corpo sobre o qual podem decidir o que fazer, de forma direta ou consentida, incluso cabe a possibilidade de atos de ingerência corporal indireta ou imposta. A pessoa pode aspirar a um corpo melhor, ou usá-lo em benefício de demais. O corpo humano, como base fisiológica da personalidade, está protegido no marco do núcleo rígido da dignidade que a ele é atribuído *per se*. O direito aos atos de livre disposição do corpo humano é a faculdade de fazer com nossos corpos o que melhor entendemos que seja conveniente, sempre que isso não seja contra as normas de ordem pública, os bons costumes ou implique uma diminuição na integridade e saúde.

Palavras-chave: corpo, direito à integridade, atos de disposição do corpo, direito ao corpo

¹ Comité Intergubernamental de Bioética de la UNESCO. Consejo Nacional de Bioética del Perú. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de Lima, Perú

Correspondencia: enriquevars@gmail.com

I. Introducción

La libertad es el valor supremo que distingue al hombre del resto de seres vivientes, a través de ella se logra la realización personal, cumpliendo el sujeto sus aspiraciones, su proyecto de vida.

El cuerpo humano, como unidad somática, es el continente del hombre, es el elemento que lo hace externamente, por lo que requiere de una especial institucionalidad jurídica en respeto de la dignidad.

Cuando la libertad e integridad confluyen en un solo acto y este tiene por objeto al cuerpo, el Derecho debe actuar con normas claras y precisas que respondan al respeto a la autodeterminación y al valor solidaridad que inspiran a nuestra sociedad.

II. Cuerpo humano

1. Generalidades

El cuerpo determina al ser humano en su existencia físico-material. Es lo biológico estructural compuesto por un esqueleto, órganos, tejidos y fluidos. Contiene a todo un organismo que permite la vida propia y la de relación.

No podemos hablar de persona sin cuerpo, sin estructura que lo contenga y sostenga. El cuerpo es a la persona como el continente es al contenido. Es su soporte físico.

La persona es la unión de dos elementos: el espiritual (alma) y el material (cuerpo), es corposespiritualidad(1), inteligente y corpóreo(2). El cuerpo envuelve el alma y esta determina el ser.

El tratamiento al cuerpo en el transcurso de la historia de la humanidad refleja la forma en la que nos enfrentamos a los problemas en torno al reconocimiento de la persona humana en una esfera de relacionalidad(3). A través del cuerpo, me relaciono, llevo a cabo vínculos intersubjetivos y, como tal, con este me diferencio de los demás.

Sus elementos constitutivos son el Hidrógeno (H), Oxígeno (O), Carbono (C), Nitrógeno (N) y otros de menor contenido.

2. Concepto

El cuerpo humano es lo anatómico y biológico, la estructura físico-material que contiene al ser humano y, como tal, es signo de su identidad.

Para el Diccionario de la Real Academia Española, Cuerpo. (Del lat. *corpus*) es “(...) 2. m. Conjunto de los sistemas orgánicos que constituyen un ser vivo”.

El cuerpo es para la persona el más perceptible de sus elementos de identificación como miembro de la especie humana(4), algo común a la especie *homo sapiens*, pero distinto (personal) a todos los individuos que comparten una misma realidad intersubjetiva dialéctica(3). Es el elemento constitutivo que marca la identidad de la persona. Para la gran mayoría, su cuerpo es un medio (personas normales), mientras que para otros su cuerpo un desafío (personas con discapacidad). Pero el cuerpo es siempre el mismo, sea que esté completo/fraccionado o en funcionamiento/deteriorado. Hay cuerpos formados y deformados, cuerpos naturales o delineados, cuerpos forjados o fofos, pero, en fin, todos cuerpos en su total dimensión.

Es el vehículo que marca la existencia y presencia de la persona.

3. Definición

Cifuentes considera que el cuerpo es la manifestación visible de la persona, un objeto de especial consideración y, por tanto, pasible de relaciones jurídicas(1). Bittar manifiesta que es el instrumento por el cual la persona se realiza en su misión en el mundo fáctico(5). Según Freire, “El cuerpo humano es la expresión de la propia persona en este proceso de autodeterminación, tanto para atribuir contenido a su integridad física como para delimitar las coordenadas de su orientación síquica”(3:87).

El cuerpo humano es la estructura biológica, la carcasa, envase o continente del ser humano. Se trata del soporte anatómico de la noción jurídica de la persona humana. Es una unidad física, la dimensión material, aquello que representa somáticamente al ser humano, que lo contiene y expone ante la sociedad.

4. Titulares

Los sujetos de derechos individuales tienen un cuerpo.

4.1. Concebido

El concebido cuenta con un cuerpo en un proceso de desarrollo (ontogenia). Un cuerpo que se va formando desde su etapa primigenia de cigoto, pasando a huevo, mórula, blástula, glástula, preembrión, embrión, feto y nacido, siendo estos dos últimos los que cuentan con forma y apariencia humana.

4.2. Persona natural

La persona natural tiene un cuerpo que va desarrollándose y envejeciendo. Cuerpo de niño, joven, adulto, anciano.

5. Naturaleza jurídica

¿Qué es el cuerpo para el Derecho?

Es el *elementum* (con)formado externamente de cabeza, tronco y extremidades.

El cuerpo y sus partes son elementos materiales e institucionales de la existencia de la persona(5).

Se trata de un elemento físico que la identifica (la imagen), asemejándola o diferenciándola de aquellos con quien convive (la identidad)(3).

El cuerpo es, de adentro para afuera, lo que proyecto como imagen para los demás, y de afuera para adentro, lo que reservo para mí. Tiene un contenido material, lo biológico; y uno existencial, el alma. Pero, a criterio de Freire, “El cuerpo humano no debe ser entendido como una prisión del alma o como una manifestación de una realidad intangible, ni tampoco reducir al mismo todo proceso que es ser una persona. Por el contrario, el cuerpo debe ser tratado como elemento imprescindible para el reconocimiento de la base sensible de una persona que se manifiesta a través de él”(3:501).

5.1. Cuerpo de persona viva

Es un elemento especial.

No es, ni en todo ni en cualquiera de sus partes, una *cosa* en sentido jurídico. Su naturaleza lo hace *sui generis*.

La decisión del destino del cuerpo de la persona puede ser:

En vida de la persona.

En vida para después de la muerte de la persona.

5.2. Cuerpo de persona muerta

Es un cadáver, un objeto de derecho especial.

El término “cadáver” proviene del acrónimo de *Caro Data Ver minibus* —carne dada a los gusanos—, que los romanos solían colocar en las sepulturas. Este tiene como destino biológico y natural su descomposición y su regreso a la tierra (Génesis, 3:19) y, como destino social, su sepultura, lugar donde encontrará la paz, recibiendo el culto de la familia. Sin embargo, puede tener un destino especial, esto es, su utilización en la conservación de la salud, prolongación de la vida o el interés social, siendo sus fines solidarios y altruistas en la medida en que esté acorde con la ley.

El cuerpo muerto o restos mortales no pierden la calidad humana, por lo que merecen respeto y consideración exclusiva, ello en reconocimiento de la protección “ultraexistencial” del sujeto de derecho(6).

El cadáver es un objeto de derecho especial, resto cuasi sacro de la personalidad(7), digno de la más amplia protección, respeto y piedad; asimismo, está fuera del comercio de los hombres. Este es el sustento del principio *corpore humane est res extra commercium mancipi*. La base legal está en la Ley General de Salud, artículo 45 *in fine*: “Los establecimientos de salud solo podrán disponer de órganos y tejidos con fines de trasplante o injerto a título gratuito”, y artículo 116: “Queda prohibido el comercio de cadáveres y restos humanos”. La Ley de trasplante de órganos (art. 7) y su Reglamento (art. 17) consideran que todo acto de disposición de órganos y/o tejidos es gratuito (...). Es más, el Código Penal ha tipificado el delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos (art. 318-A). El CEDCMP (Código de ética y deontología del Colegio Médico del Perú) establece que:

“El médico no debe propiciar ni participar en la comercialización y/o tráfico de material genético, partes de células, células, tejidos u órganos de origen humano”. La comerciabilidad ofende la dignidad, y el cadáver —como resto humano— aún goza de esta. Si la persona no puede ser objeto de derechos patrimoniales, el cadáver tampoco puede serlo. A pesar de la mudanza de sustancia y de función, conserva el cuño y residuo de la persona viva(8).

Como dice Moccia, “respecto de él [cuerpo humano] puede prohibirse la compraventa, por razones ético-religiosas, y aún admitirse, por razones socio-humanitarias, la donación”(9:125).

5.3. Partes del cuerpo

Es aquello que corresponde al cuerpo, pero que fue separado de él (natural o artificialmente), o adherido al mismo de forma artificial (prótesis, endoprótesis —*stent*—, órtesis).

5.3.1. Naturales

Las partes del cuerpo, una vez separadas, cortadas o extraídas, se convierten en cosas, *res*: pasan a ser bienes autónomos(10).

En este sentido, su propiedad corresponde a la persona cuyo cuerpo integraban y de la cual provienen, pudiendo ser objeto de actos jurídicos siempre que no sean contrarios a la moral o a las buenas costumbres(11). Al ser cosas, generalmente, entran en el comercio(1) (no pueden venderse miembros para hacer lámparas o piel para cartetas), son cosas —objeto de derecho— de aquel cuyo de cuerpo fueron separadas(8).

5.3.2. Artificiales

Son las partes accesorias, complementarias. Se trata de adminículos, aparatos, aparejos corporales, tales como implantes, prótesis, órtesis, exoesqueletos, dentaduras postizas, ojos de vidrio, miembros ortopédicos, marcapasos, implantes cocleares que corrigen sordera, huesos metálicos, placas, tornillos y corazones artificiales: todos ellos son cosas(11). Estas, puestas en un ser, se corporizan. Así también, los injertos que se solidifican.

Su dominio corresponde a la persona que las po-

see, pertenecen a la persona de la que es originaria.

6. Características

El cuerpo posee las siguientes características:

Surge desde la concepción; va tomando forma, desarrollándose, creciendo y envejeciendo. Como consecuencia de la muerte, pasa a ser un cadáver, pero cuerpo humano al final de cuentas.

El cuerpo es material, no es ideal. Deja de existir con la incineración, pasa a ser nada, solo cenizas, *caput mortuum*.

Es una estructura biológica compleja que no solo se compone de cabeza, tronco y extremidades; se comprende de esqueleto, órganos, tejidos y fluidos (sangre, semen, leche).

El uso del cuerpo humano puede ser:

Propio, de interés para su titular, y se refiere al cuerpo animado (*in vivo*).

Ajeno, de ejecución por los familiares o designados de cumplir el acto de última voluntad del titular del cuerpo, y se refiere al cuerpo inanimado (cadáver).

Inviolable, la lesión está prohibida, salvo que se trate de actos de disposición del propio cuerpo en los que la voluntad y beneficio propio marcan la excepción.

Extrapatrimonial, el cuerpo humano no es un artículo de consumo con el que se pueda negociar, tampoco con sus funciones propias e inherentes. Esto se sustenta en el principio *Corpore humane est res extra commercii Mancipi* (El cuerpo humano está fuera del comercio).

Modulable, la persona puede acondicionar el cuerpo a su voluntad, agregándole o quitándole, aspirando a través de él su deseo de ser, de presentarse de acuerdo a su modelo existencial.

Tutelado, el cuerpo humano está resguardado jurídicamente confiriendo a su titular derechos y libertades de disposición que le permitan diseñar su propia biografía física, respetando los límites

legales impuestos la moral y buenas costumbres. Cuando el cuerpo humano es objeto de regulación jurídica, lo es como manifestación de la dignidad humana(3).

De carácter sacro, la protección dispensada al cuerpo humano ha sido articulada desde una perspectiva de su sacralización, esto es una perfección divina sujeta a valores morales(3).

No patentable, el cuerpo humano no puede ser limitado por un poder jurídico adquirido por título administrativo. Lo que puede patentarse es el antídoto o medicamento, mas no la causa biosomática de la enfermedad(12); el procedimiento o la técnica utilizada para obtener el resultado, no el hallazgo de un elemento humano o experimento científico realizado sobre este.

El Decreto Legislativo 1075 (DOEP, 28/06/2008) nada dice al respecto, a diferencia de sus antecedentes legislativos; sin embargo, tal como lo señala su primera disposición complementaria final, este Decreto complementa las disposiciones contenidas en las Decisiones 486 y 632 (Régimen Común sobre Propiedad Industrial) de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, siendo aquellas consideradas leyes nacionales, y de las cuales el artículo 15.b de la primera señala que no se considerarán invenciones “el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural”, no siendo por ello patentables. Si pese a esta prohibición se otorgara una patente, la misma será nula conforme al artículo 75.a de la Decisión 486.

7. Derecho sobre el cuerpo

También llamado derecho en el cuerpo o derecho al cuerpo, pero esta última denominación tiende a indicar la facultad de aspirar a tener un cuerpo (en todo caso, tengo el derecho a tener un cuerpo esbelto, marcado, fibroso).

Se sustenta en el *ius in se ipsum*, derecho sobre sí mismo.

Es el denominado *ius in corpus*, *ius in corpore* o

direito a corpo, como dirían los brasileros. Se sustenta en los aforismos *in corpus suum potestas*(13) y *potestas in se ipsum*. El derecho a tener potestad sobre su propio cuerpo, el hombre como señor de su cuerpo.

El derecho al cuerpo se goza porque tengo un cuerpo (objeto) y porque soy un cuerpo (sujeto); pero la persona no es únicamente cuerpo, de allí la indicación de Freire que la persona no es ser cuerpo sino tener cuerpo(3).

Para el sujeto, es un derecho *ad vitam* que lo acompaña desde la concepción hasta la muerte. Para los familiares, es un derecho post mortem al poder decidir qué hacer con el cadáver. No es un derecho absoluto, sino relativo. Existen límites en su uso como es la vida, integridad y salud. Se trata de un derecho limitado por otros que funcionan de freno a efecto de no dañarlo.

Este derecho incluye:

- Cuerpo *in toto* o *lato sensu*, el aspecto total; y,
- Cuerpo *in partibus* o *stricto sensu*, las partes regenerables o renovables

Bergoglio y Bertoldi (2) consideran que la problemática corporal tiene dos aspectos:

- La protección del cuerpo humano, frente a atentados de terceras personas, se tutela a través de la integridad física.
- La protección del cuerpo humano, al poder de disposición del propio individuo, se tutela a través del derecho de disposición del propio cuerpo.

8. Derechos derivados del derecho del cuerpo

El derecho al cuerpo determina la derivación de ciertos derechos:

8.1. Derechos a las partes separadas del cuerpo

Las partes separadas del cuerpo son consideradas cosas (*res*) susceptibles de propiedad por parte de su titular.

Son objetos de derecho; una vez separadas del

cuerpo, pertenecen a la persona de la cual se la extrajeron, así como los elementos artificiales que la integran (órganos y miembros artificiales, pelucas, prótesis dentarias)(5).

Con la separación, ciertas partes del cuerpo pueden ingresar al comercio jurídico como cosas susceptibles de valoración, inclusive de contratos onerosos (cabellos, uñas) con fines económicos (elaboración de aparatos o adornos)(5).

8.2. Derecho al cadáver

Llamado *Right to corpse, a dead body* —un cuerpo muerto—.

La persona exige la fusión de un elemento espiritual y otro corpóreo; la muerte hace cesar esta fusión(8).

El deceso de la persona transforma al cuerpo. De elemento físico se torna en un resto o despojo humano; en un cuerpo inerte, sin vida, en un cadáver digno de protección y cautela. Y es que el cadáver no deja de ser humano —sigue siéndolo—, con dicha calidad mantiene su estatus de beneficiario y merecedor de tutela. La protección de la persona, si bien acaba con su muerte, en alguna medida se prolonga al cadáver(11). Es la extensión y trascendencia de la vida que fue.

Ello no le resta la calidad de poder ser usado como producto de donación; luego del fallecimiento puede ser utilizado con fines beneficiosos y benéficos. Este es el sentir normativo sustentado tanto en el interés individual (cautela de los restos mortales) como en el interés social (fin terapéutico o investigación), lo que, en esencia, determina las posibilidades altruistas, solidarias y generosas del ser humano en aquello que hace digna su existencia(14). Cuando nos referimos al fin terapéutico, estamos hablando de que el cadáver es apto para proveer de salud o para salvar una vida, incluso crear una nueva vida, como es el caso de la cesión de gametos *post mortem* (técnica de reproducción con fines asistidos no naturales).

Las normas religiosas y morales representan la principal fuente de respeto y veneración que se dispensan a los despojos humanos(11).

8.2.1. Facultades

El derecho al cadáver es un correlato del derecho al cuerpo(5) y representa la facultad que se tiene sobre el cuerpo sin vida fijando el destino del mismo.

Existen corrientes, como la expuesta por Castán y Tobeñas(1), que consideran que los límites impuestos a la disposición concedida por el derecho consuetudinario a los particulares no autorizan la admisión de un derecho subjetivo al cuerpo o sobre el cuerpo.

Este derecho puede ser ejercido:

- Por la propia persona.
- Por los familiares:
 - Disponer del cuerpo a solicitud del pedido del titular.
 - Disponer libremente del cadáver.
- Por el Estado, art. 10 Código Civil.

8.2.1.1. Derecho de ocisión personal

Es el ejercido por la propia persona quien, en vida, dispone el destino *post mortem* de su cuerpo, art.8.

Como dice Cifuentes(1), es un derecho personalísimo sobre cosa futura con respecto del propio cadáver.

8.2.1.2. Derecho de ocisión familiar

Es el ejercido por los familiares, tiene como amparo en el artículo 13:

“A falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes”.

Puede darse en los siguientes casos:

- Respetando y cumpliendo lo dispuesto en vida por la persona respecto del destino *post mortem* de su cuerpo (forma y lugar de exequias —sepultura, cremación, destino de las cenizas—, epitafio,

recordaciones, misas). Es una obligación de los familiares de cumplir lo mandado en su momento por el finado, el legítimo ejercicio de su *ius eligendi sepulchri*. Permitir que descanse en paz en su última morada, muchas veces el cementerio, un derecho legítimo del difunto, el derecho a elegir la sepultura, de acuerdo con las tradiciones y ritos de la propia confesión religiosa, respetando las normas vigentes sobre salud e higiene públicas.

- A falta de voluntad en vida, decidir el destino del cadáver. Este supuesto está en perfecta concordancia con la LGS (art. 8 *in fine*), en el sentido que, de morir una persona sin haber expresado su voluntad de ceder o no su cuerpo, corresponde a sus familiares dicha facultad (derecho de los familiares a disponer el cadáver de su difunto). El Reglamento de la Ley de Trasplantes (D.S. 014-2005-SA, DOEP, 27/05/2005) indica que, en caso de muerte natural o accidental y ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, la autorización podrá ser otorgada en forma excluyente, y en el siguiente orden, por: a) Él o la cónyuge, b) descendientes mayores de edad, c) ascendientes, d) hermanos.

Téngase en cuenta que, si bien la norma no se refiere de forma expresa al conviviente, por interpretación extensiva y habiéndose reconocido derechos patrimoniales y sucesorales a la unión estable conforme a la Ley 30007, resulta lógico

que deba estar facultado para autorizar la disposición cadavérica de su conviviente premuerto(15).

8.2.1.3. Derecho de occisión social

También llamado derecho a determinar la destinación social del cadáver(16).

Es el caso de los actos de disposición de terceros no familiares sobre el cadáver, regulado en el artículo 10 de Código, se plantean dos hipótesis legales claramente diferenciadas:

a) Utilización parcial de cadáveres identificados con fines terapéuticos.

La persona que no dispuso en vida del destino de su cadáver, ni en sentido positivo ni en sentido negativo(17), abre la posibilidad de que el profesional de salud, en cuya custodia esté el cadáver, pueda disponer de manera gratuita y parcial de él para bien de otros, con conocimiento de sus familiares. La norma no establece si el conocimiento es *ex ante* o *ex post*. Consideramos que los parientes deben ser informados de forma previa (como lo mandaba el texto original del Código), aunque a la fecha carezcan del derecho de oposición (derecho que si contemplaba el texto original del Código).

En efecto, el artículo 10 del Código fue modifi-

TEXTO ACTUAL	TEXTO ORIGINAL
Artículo 10.- Disposición del cadáver por entidad competente. El jefe del establecimiento de salud o el del servicio de necropsias donde se encuentre un cadáver puede disponer de parte de éste para la conservación o prolongación de la vida humana, con conocimiento de los parientes a que se refiere el artículo 13. Los mismos funcionarios pueden disponer del cadáver no identificado o abandonado, para los fines del artículo 8, de conformidad con la ley de la materia.	Artículo 10.- El jefe del establecimiento de salud o del servicio de necropsias donde se encuentre un cadáver puede disponer de parte de éste para la conservación o prolongación de la vida humana, previo conocimiento de los parientes a que se refiere el artículo 13. No procede la disposición si existe oposición de éstos, manifestada dentro del plazo, circunstancias y responsabilidades que fija la ley de la materia. Los mismos funcionarios pueden disponer del cadáver no identificado o abandonado, para los fines del artículo 8, de conformidad con la ley de la materia.

(*) Cursiva y negrita, contando el tachado son partes del texto original del Código Civil.

cado a propósito de facilitar la política de promoción de donación de y trasplantes de órganos y tejidos (Ley 30473), quedando la redacción de la siguiente manera:

Téngase presente que la facultad de disposición conferida es parcial, no total, pues se entiende que habría que dejar “algo” del cadáver para darle cristiana sepultura (piadosa costumbre, Canon 1176 § 3, Código de Derecho Canónico), el cual es un derecho propio de la persona: el *jus sepulchri*. Este consiste en el derecho a ser sepultado y el derecho a mantenerse sepultado (ambos derechos del cadáver tienen que efectivizarse por sus familiares como la obligación de sepultar). Para algunos, como autores brasileños, más que obligación se refieren a un derecho, como Farias Da Silva(18), quien utiliza la terminología “derecho a sepultar”. También Garbazo y Mendes De Almeida(19) utilizan una expresión semejante: *direito de inumar e vir a ser inhumado*. La Constitución peruana del 79 consagraba en su artículo 11 que: “La familia que no dispone de medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos”.

El consentimiento dado en vida por el fallecido, así como la *pietas* familiar para la disposición cadavérica, no siempre son tomados en cuenta, prevaleciendo el interés de la colectividad, lo que implica una limitación al derecho subjetivo personal o familiar pertinente. Téngase en cuenta que las intervenciones realizadas “clandestinamente” en cadáveres humanos no pueden justificarse sin más invocando el derecho a no saber de los muertos(20).

Es así que, en determinados casos, la ley permite al profesional de salud la libre disposición cadavérica, estas excepciones se indican en la LGS (art. 110) y son: en las necropsias de ley, embalsamamiento o cremación del cadáver y en los casos de accidentes en que la muerte se produce en un centro asistencial (art. 8 de la Ley 23415 modificado por la Ley 24703 ley de la materia), siempre que los restos no sean reclamados por los familiares o se cuente con autorización de estas. El Reglamento de la ley de Trasplantes, con similar criterio, señala que se presume la voluntad presunta por: Muerte accidental en los que deba aplicarse la necropsia (R, art. 6) y en casos de embalsamamiento

o incineración (art. 10).

Estas situaciones están subsumidas dentro de la denominada tesis de la nacionalización o socialización del cadáver, mediante la cual el Estado puede disponer libremente del cadáver de sus ciudadanos para salvar vidas. El Código Civil de Québec, en su capítulo IV del “Respeto al cuerpo después de muerto”, establece una facultad mayor, al indicar que no se requiere el consentimiento dado en vida ni el de la persona que internó al difunto si, por informe escrito de dos médicos, se establece la imposibilidad de obtener el consentimiento en el tiempo oportuno por la urgencia de la operación y por la esperanza de salvar o curar una vida humana (art. 44). La naturaleza jurídica de esta facultad *sui generis*, tan discutida en la doctrina nacional y comparada(6), es que se trata de un derecho social sustentado en la primacía de la vida humana, justificándose la ablación como una forma de rescate de una vida y que, ante la carestía de órganos, solo puede ser salvada por medio de un trasplante(2).

Como puede apreciarse la LGS ha derogado tácitamente al Código Civil, pues fija el interés social por encima del principio de primacía de la voluntad del causante y del derecho de disposición de los familiares sobre el cadáver de su difunto.

b) Utilización total de cadáveres no identificados con fines de interés social.

El destino legal de los cadáveres no identificados o abandonados (indigentes, vagabundos) es su utilización con fines de interés social, es decir que tengan un uso científico o pedagógico. En este caso, la ley hace bien en considerar esta utilización especial que, en cierta manera, frena el tráfico de restos humanos. Se entiende que el cadáver no reclamado se rige por las disposiciones de la *res nullius* o *res derelicta*, de manera que el Estado lo confisca por razones de utilidad pública, pasando a ser un difunto socializado sin indemnización para sus parientes(21).

El artículo 10 del Código concuerda con el Reglamento de servicios de necropsias (D. S. 003-69-PM), la Ley de Cementerios y servicios funerarios (Ley 26298, art. 27) y su reglamento (Decreto Supremo 03-94-SA), pero fundamentalmente

con la LGS (art. 114), en el sentido de que los cadáveres no identificados o reclamados dentro del plazo de treinta y seis (36) horas luego de su ingreso a la morgue podrán ser dedicados a fines de estudio o investigación científica. El Reglamento de la Ley de Trasplantes indica que, en personas con diagnóstico de muerte encefálica, el director del establecimiento de salud podrá autorizar, luego de 48 horas de suscrita el acta de comprobación de muerte encefálica, la extracción de órganos y tejidos en los siguientes casos: a) Personas no identificadas y, b) Personas identificadas en situación de abandono, sin voluntad expresa para la donación en su documento de identidad (art. 15).

Pero es de aclararse que la consagración del cadáver a objetivos científicos o humanitarios es una facultad exclusiva de la propia persona y, excepcionalmente, de la autoridad pública(2). De esta manera, nuestro ordenamiento hace bien en señalar que esta disposición cadavérica especial se aplicará de forma exclusiva en cadáveres no identificados o abandonados.

Los fines de interés social de la disposición cadavérica deben estar acorde con el orden público y las buenas costumbres, de allí que embalsamar un cadáver para ser exhibido en un museo, por poseer alguna característica corporal especial, es discutible(22), no así el hecho de obtener un molde de la estructura corporal para hacer una réplica de yeso, como el caso de los siameses Eng y Chiang, nacidos en 1811.

Situación disímil la tendríamos en la exhibición de momias contemporáneas con fines pedagógicos, como aquellas obtenidas a través de las modernas técnicas de preservación por polímeros, realizadas por el Dr. Roy Glover en *Bodies - The Exhibition*, o la del artista plástico y médico Gunther Von Hagens a través de su técnica de plastinación en *Body Worlds - The Original Exhibitions of Real Human Bodies*. A estas técnicas se suman los procesos de criogenia y vitrificación de cadáveres.

Las prohibiciones presentadas de forma expresa en la jurisprudencia comparada son, por ejemplo, la utilización de cadáveres en la realización de pruebas de los mecanismos de seguridad vehicular en casos de accidente, o para la comprobación

de los efectos de las balas de nuevas armas(23).

El derecho de ocisión social se sustenta en la tesis de que el cadáver, como bien jurídicamente tutelado, no es objeto de propiedad privada; por el contrario, está sujeto a las normas sanitarias que, de por sí, son de orden público y su destino, en este caso, lo establece la ley(14), debiéndose tener presente que la utilización de los cadáveres para estos fines deberá respetar los derechos fundamentales y los postulados bioéticos de las investigaciones científicas.

A todo lo expuesto —siendo el cadáver un bien perfectamente aprovechable, incluso en sus productos de desecho (pelo, uñas y placenta)—, existen determinados elementos, como el cordón umbilical y los progenitores hematopoyéticos, que actualmente no tienen la calidad jurídica de productos de desecho, requiriéndose para estos efectos una regulación especial.

Dada su naturaleza jurídica especial, no se encuentran dentro del ámbito de este dispositivo:

- Los anencéfalos, las células, tejidos u órganos, pues son simples bienes jurídicamente protegidos, no sujetos de derecho, y

- Las momias históricas, esqueletos, cráneos, huesos sueltos, restos humanos antiguos y otros de orden arqueológico, dado que ya no inspiran un sentimiento piadoso y tienen la naturaleza de patrimonio cultural. En estos casos, como cita Cifuentes(1), la naturaleza del cadáver da un vuelco, en la medida en que la independencia total con la persona del finado, la ausencia de identificación y la pérdida de memoria (olvido total de vínculos aproximativos) —que colocan al cadáver en la esfera *extra commercium*— se de el negocio con contraprestación económica y su venta, al no haber memoria que guardar, adquiere una condición dominical, mobiliaria, diversa de origen.

III. Actos de libre disposición del cuerpo humano

1. Generalidades

El hombre dispone a diario de su cuerpo(2) de forma directa, indirecta, consentida o impuesta. Esta disponibilidad es cada día mayor, trasciende

a la persona y se proyecta a la sociedad.

El cuerpo hace externamente a la persona. La delinea y muestra ante los demás.

La persona puede aspirar a un cuerpo mejor o utilizarlo en pro de los demás. Nadie está conforme con su figura, *ut vulgum dicitur*. Asumir que el cuerpo humano es la base fisiológica de la personalidad es reconocer que, aunque el cuerpo como materia biológica sea naturalmente constitutivo de la especie humana, la dignidad corporal que le es atribuida, y que es objeto de tutela, está sustentada en la libertad de la persona(3).

Es la libertad lo que marca el uso y fin del cuerpo. La persona es al cuerpo como este, en su contenido y realización, es a la libertad.

2. Antecedentes

Este derecho, dice la doctrina, surge primariamente en la discusión, en el siglo XIX, de la contraposición de la libertad, dignidad y enfrentamiento con la investigación judicial tomando al cuerpo como un medio de prueba.

Se cita el caso de probar, por *inspectio corporis*, la impotencia del cónyuge para la invalidez del matrimonio. Campogrande y Lasona manifiestan que la *inspectio corporis* es usada para cerciorarse de la realidad y alejar todo posible disimulo y falsedad de los interesados en la invalidez del matrimonio por impotencia. Así las cosas, la coacción de la investigación corporal, *i.e.* la obligatoriedad, en estos casos, es perfectamente lícita, tomando en cuenta que el *ius in se ipsum* del cónyuge pretendido impotente está en oposición al *ius in se ipsum* del otro.

Inicialmente, el *ius in se ipsum* consideró la existencia de un derecho de propiedad sobre el cuerpo, *my body, my property*; sin embargo, como manifiestan Bergoglio y Bertoldi(2), la falta de requisito de apropiabilidad del cuerpo humano determinó el abandono de esta teoría del pleno dominio corporal, arribándose a posiciones transaccionales: ya no propiedad, sino simple pertenencia; en todo caso, una forma de propiedad connatural. Sobre el tema, Santo Tomás de Aquino —a fin de evitar el poder omnímodo del

individuo, pero sin abandonar la relación con los derechos reales— consideró que al hombre le correspondía el usufructo de su cuerpo, reservando a Dios la nuda propiedad.

Normativamente, tiene como antecedente en los siguientes códigos:

En Italia:

Art. 5 Atti di disposizione del proprio corpo

Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (1418).

Como refiere De Cupis (8), el art. 5 del *Codice* se refiere a los:

- Actos con los cuales el sujeto consiente la ofensa que sea producida por un tercero a su integridad física, y

- Aquellos otros actos por efecto de los cuales esa integridad puede ser afectada directamente por él mismo.

En Brasil:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

3. Concepto

Si el cuerpo está relacionado con el sujeto tan íntimamente, cualquier acto que implique su disposición, modificación o exposición exige de lleno la decisión, deseo y voluntad de la persona a la cual identifica(3).

Para Tobías (24) no se trata de un derecho autónomo derivado del derecho a la integridad, sino una manifestación particular del derecho a la libertad o autodeterminación.

4. Denominación

- Derecho al cuerpo.
- Derecho sobre el cuerpo.
- Actos de disposición corporal.
- Derecho a disponer del propio cuerpo.
- Actos de disposición sobre el propio cuerpo.

5. Definición

Es el derecho que tiene una persona sobre su cuerpo, a efectos de hacer lo que mejor crea conveniente con o por él mismo, sea en favor propio o de terceros, *in vivo* o *post mortem*.

Como derecho, se basa en una conducta, acción u omisión, a través de la cual el sujeto ejerce su libertad, vincula su voluntad con su aspecto físico vivencial. Es aquella situación jurídica que tutela la manifestación personal del derecho a la libertad, en el sentido de que el sujeto, como unidad psicosomática, está facultado para disponer de sí mismo (dentro de la categoría del ser) y no una entidad diversa a él (el cuerpo entendido equivocadamente como objeto de derecho, dentro de la categoría del tener).

Si descomponemos y analizamos individualmente cada término que conforma este derecho, tendremos:

Acto, acción u omisión.

Libre, voluntario, autodeterminado, propio, *agere licere*. Disposición, para el Diccionario de la Real Academia Española, “Disponer (Del lat. *disponere*) es (...) 2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse”. Disposición implica un dar, hacer o no hacer.

Cuerpo humano, se refiere al objeto de este derecho como son los órganos, tejidos, sustancias, elementos o partes del cuerpo humano.

6. Fundamento

Este derecho está basado en el *ius in se ipsum*, el derecho sobre sí mismo.

Es la capacidad de deliberar el destino que queremos para nuestro cuerpo, de la esfera corporal, así como la obligación que tienen los demás de respetar este derecho. El derecho a los actos de libre disposición del cuerpo humano se presenta como un derecho que permite la realización del proyecto de vida de la persona.

La voluntad, deseo e intención de realizar prácticas que expongan la vida, en la medida en que sean autorizadas por el propio sujeto, se sustentan en el principio *volente non fit iniuria*(25), *i.e.* respecto de aquel que consiente no hay daño *per se*.

Sin embargo, no existe un dominio pleno y absoluto del cuerpo.

7. Titulares

Es titular de su ejercicio toda persona capaz.

Existe una obvia restricción a los menores de edad. Estos no pueden decidir libremente la realización de estos actos. Sin perjuicio de ello, las prácticas que se realicen sobre ellos deben ser previamente informadas al menor incapaz.

En tal sentido se pronuncia el Código civil y comercial argentino en el art. 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad:

“...Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

Obviamente, este derecho no lo goza el concebido.

8. Naturaleza jurídica

A decir de Bergoglio y Bertoldi (2), es un derecho personal, de carácter especial, que trae aparejada la libre disposición de nuestro cuerpo con las res-

tricciones que impongan las leyes, la moral y las buenas costumbres.

Es un derecho de la persona, expreso y típico, auténtico e independiente, sustentado en la libertad y que compromete la vida, integridad y salud (derechos interrelacionados), siendo una forma de exteriorizar estos derechos.

9. Características

El Código Civil en el artículo 6 nos dice:

“Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”.

La redacción del artículo 6 del Código es negativa y limitativa; de llano restringe y excluye los actos de disposición corporal. La idea es que su redacción sea positiva y permisiva *in limine*, tomando en cuenta que:

Los actos de disposición del propio cuerpo son permitidos cuando:

- Salvaguarden la integridad física, o
- Sean respetuosos del orden público y las buenas costumbres.

Asimismo, son válidos si su exigencia corresponde:

- A un estado de necesidad de orden médico (curativo) o quirúrgico (interventivo), dirigido a devolver la salud, liberar el dolor o salvar de la muerte, actos *pro vida*, o
- Estén inspirados por motivos humanitarios (solidaridad y altruismo) en favor de terceros.

La redacción positiva e inclusiva de este derecho

sería algo así como:

“Los actos de libre disposición del propio cuerpo son válidos cuando preserven la integridad física y sean acorde con el orden público y las buenas costumbres; asimismo, cuando su exigencia corresponda a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o estén inspirados por motivos humanitarios”.

Del texto normativo podemos delimitar las características de este derecho, y son las siguientes:

- Es un derecho de la persona, típico y nominado, consagrado expresamente en:

- Trasplantes de órganos (art. 6 C.C, complementado con los arts. del 7 al 13).

- Exámenes *et corpore* (art. 11 C.C).

- Contratos sobre el cuerpo humano (art. 12 C.C). y

- Ejercicio del *ius sepulchri* (art. 13 C.C).

- De esencia personal, permite la plena realización del sujeto a través de actos dirigidos:

- A la persona en sí, actos en pro de sí.

- En favor de terceros, consagrando su contenido solidario, humanista y altruista, actos en pro de terceros.

- Denota el ejercicio del derecho a la libertad, de la autonomía de la libertad(26); el derecho a la integridad física, que es más que nada una libertad, la expresión de un *noli me tangere* fundamental. Los derechos de disposición corporal son manifestaciones particulares del derecho a la libertad(24).

- La libertad se traduce en un consentimiento informado del sujeto. Antes de decidir y de admitir, debo conocer y saber para decidir.

- Comprende y compromete al cuerpo humano, respetándolo y consagrándolo, no pudiendo disminuir la integridad física (límite de carácter especial)(8).

- No sacrificio de la vida ni disminución del tiem-

po de vida. A pesar que el derecho a la vida esté al *máximo* resguardado, su disposición es admisible, cabe la posibilidad de arriesgarla de forma voluntaria por motivos religiosos, patrióticos e, incluso, a través de contratos perfectamente válidos(26) (corridas de toros, box, automovilismo, actos circenses, varietés) y exigibles, a pesar del riesgo de la vida, pero las especiales aptitudes desarrolladas por los artistas alejan la posibilidad de un desgraciado suceso(11).

- No riesgosos para salud, salvo estado de necesidad o motivos humanitarios.

• Lícito, acorde al Derecho, con límites expresos (límite de carácter general)(8), *i.e.* no contrario al:

- Orden público o

- Buenas costumbres

10. Clases

Los actos de libre disposición del cuerpo humano tienen toda una variedad.

Un acto de libre disposición del cuerpo humano puede ser:

- Natural, una relación sexual.

- Técnico, un trasplante de órgano o una técnica de reproducción asistida.

11. Lo ético frente a lo jurídico

El hombre es un ser corpóreo espiritual, con cuerpo y alma, con un contenido biológico y existencial, que no puede prescindir de un análisis ético, de un estudio que responda a los intereses morales y valorativos del ser.

Todo acto de disposición corporal debe responder a los principios bioéticos de respeto por las personas, beneficencia, justicia y solidaridad, con el objeto de preservar al ser como tal, en su dimensión valorativa existencial. La libertad corporal no puede estar por sobre encima de otros derechos fundamentales (vida, integridad y salud).

Como derecho corporal, los actos de disposición no solo pueden ser pensados en su aspecto indivi-

dual sino, también, en su aspecto social, frente a lo cual la bioética consagra la dignidad de la persona reconociendo la obligación moral y jurídica de respetar el cuerpo, su *inviolabilidad* y *extracomercialidad*.

12. Actos ilícitos

No son actos de libre disposición del cuerpo:

• *Burriers*

• Mutilación

• Prostitución

• Sadomasoquismo

• Exhibicionismo pornográfico

• Actos infringidos por la propia persona:

Autolesión.

Automutilación, para eximirse del servicio militar obligatorio, para cobrar un seguro.

Autoflagelación, demostración religiosa, prácticas penitenciales, martirios, éxtasis, suplicios.

Autoamputación, fobias corporales (autofobias), preocupación constante por algún defecto del cuerpo o por una parte de este (faneromanía).

Extirpaciones: uvuloplastia, clitoridectomía.

Experimentación humana.

13. Actos lícitos

Existen determinados actos que, a pesar de lesionar el derecho a integridad, lo hacen de forma legítima; no son tipificados por el Código Penal como delitos. Entre ellos tenemos:

- Trasplantes.

- Circuncisión.

- Esterilización.

- Adecuación del sexo.

- Transfusión de sangre.

- Métodos anticonceptivos.
- Intervenciones quirúrgicas.
- Técnicas de reproducción asistida.
- Métodos de planificación familiar.
- Deportes de riesgo, box, vale todo, automovilismo.
- Prácticas religiosas, rituales, ceremonias de iniciación.
- Trabajos peligrosos (bomberos, mineros, buzos, operarios de explosivos, electricidad, material radioactivo).
- Tatuajes, escarificaciones (tatuajes con cicatrización), *brandig* o marcado al rojo vivo (heridas con fuego) *piercing* (ceja, oreja, labio, pezón, nariz, lengua), cortes (lengua bífida), expansiones o dilataciones (oreja, labio), implantes (*Bagel Head*, en el globo ocular), micro pigmentación (colorear la piel), entrenamiento de la cintura (*tight laicing*, *corseting*), *foot binding* estrechamiento de los pies), limado dental y demás actos realizados por los denominados artistas de modificación corporal.
- Convenio de lactancia, es el denominado contrato de nodrizaje —*di baliatico*, las llamadas amas de leche, nodrizas, *wet nursing*. De esto deriva el parentesco de leche —*milk kiship* y los hermanos de leche, *milk sibilings*.

14. Base legal

Este derecho de la persona se encuentra consagrado en:

- Constitución Política del Perú:

- Art. 2 inciso 1: “Toda persona tiene derecho (...) A su integridad moral, psíquica y física (...)”.

- Código Civil:

- Artículo 6, los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un esta-

do de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

- Artículo 11, exámenes *et corpore*.

- Artículo 12, contratos sobre el cuerpo humano y art. 13, ejercicio del *ius sepulchri*.

IV. Conclusión

Los actos de libre disposición del cuerpo humano representan un derecho que tiene la persona sobre su cuerpo, a efectos de hacer lo que mejor crea conveniente con o por él mismo, sea en favor propio (individual) o de terceros (solidaridad), *in vivo* o *post mortem*.

Es un derecho regulado no solo para permitir la realización de la libertad y el proyecto de vida de la persona a través de su cuerpo, sino que se presenta como un derecho protectivo que solo puede ser realizado dentro de ciertos límites, atendiendo a la preservación de la integridad y salud del sujeto, así como al fiel respeto de las normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

La disposición corporal se basa en una conducta, acción u omisión, que entrelaza la libertad con el aspecto físico vivencial de la persona, que cada vez viene teniendo más trascendencia social y que el Derecho debe estar al pendiente.

Referencias

1. Cifuentes S. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea; 1995.
2. Bergolio M, Bertoldi M. *Trasplante de órganos*. Buenos Aires: Hammurabi; 1983.
3. Freire de Sa F. Cuerpo humano (jurídico). En: Romeo Casabona C, eds. *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. Tomo I. Granada: Comares; 2011: 500.
4. Gonzáles de Cancino E. Persona (jurídico). En: Romeo Casabona C, eds. *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. Tomo II. Granada: Comares; 2011: 1258.
5. Bittar C. *Os direitos da personalidade*. 6ta ed. Rio de Janeiro: Forenses Universitaria; 2003.
6. Espinoza J. *Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas*. Lima: Huallaga; 1996.
7. Gordillo A. *Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana*. Madrid: Civitas; 1987.
8. De Cupis A. *Os direitos da personalidade*. São Paulo – Campina: Romana jurídica; 2004.
9. Moccia L. *Comparación jurídica y perspectivas de estudio del derecho*. Lima: Motivensa; 2015.
10. Alessandri A. *Derecho civil: Parte preliminar y parte general*. Tomo II. Santiago de Chile: Ediar; 1990.
11. Orgaz A. *Personas individuales*. 2da ed. Córdoba: Assandri; 1961.
12. Varsi E. Derecho genético: Personas y familia. En: *Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas*. Tomo I, 1ª ed. Lima: Universidad de Lima; 1995: 157.
13. Miranda P. *Tratado de direito privado*. 1ª edición, Campinas: Bookseller; 2000.
14. Fernández Sessarego C. *Derecho de las personas*. 7ma ed. Lima: Grijley; 1996.
15. Vega Y. Un paso adicional en equiparación con las familias matrimoniales. En: *La Ley*. Año 6, N° 63; 2013: 5.
16. Bigliazzi L, Breccia U, Busnelli F, Natoli U. *Derecho Civil*. Tomo I. Vol I. *Normas, sujetos y relación jurídica*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1992.
17. Rubio M. El ser humano como persona natural; en: *Para leer el Código Civil, Tomo XII*. Lima: PUCP; 1992.
18. Farias J. *Tratado de direito funerario*. Tomo II. Sao Paulo: Método; 2000.
19. Yoshikawa E. Natureza jurídica do direito à sepultura em cemitérios particulares. En: *Jus Navigandi, Teresina* 2006; 10(1122). Disponible em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8714>. Acceso el 28 jul. 2006.
20. Taupitz J. El derecho a no saber en la legislación alemana (parte II). En: *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1998; 105.
21. Garzón E. Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos. En: *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*. México: Fondo de Cultura Económica; 1999: 225.
22. Sargana F. *Los trasplantes de órganos en el derecho*. Buenos Aires: Depalma; 1996.
23. Angoitia V. *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*. Madrid: Marcial Pons; 1996.
24. Tobías J. *Derecho de las personas. Instituciones de derecho civil: Parte general*. 1ª ed. Buenos Aires: La Ley; 2009.
25. Gome O. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense; 2001.
26. Lete del Río J. *Derecho de la persona*. Madrid: Tecnos; 1986.

Recibido: 2 de julio de 2018

Aceptado: 15 de septiembre de 2018