

enunciados que emanan no de la ley sino de la misma vida, de la naturaleza de una ley no escrita y que se abre paso de la vida misma.

De esta manera los derechos de las personas consagrados en la Constitución Política del Estado guardan una estrecha relación con los Derechos Humanos y con la Convención Americana de los Derechos Humanos, donde se pone de evidencia el Principio *Pro Homine (nis)*, que según la profesora Mónica Pinto, nos señala cuando se realiza una hermenéutica de los DD.HH. debe recogerse este principio, o sea, que todos los Derechos Humanos, deben acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Por otra parte, la ha identificado a una interpretación teleológica de los instrumentos de los DD.HH., concordante con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en síntesis determina, la buena fe, conforme con el sentido corriente de los términos en el texto y en el contexto y de acuerdo con su objeto y fin, se desprende como prioritario en el caso de los DD.HH., la consideración del objeto y fin de las normas en esta materia.<sup>24</sup>

La Corte Interamericana de los DD.HH. en su segunda Opinión Consultiva expresó que el párrafo segundo del artículo 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no podía aplicarse “entre otras razones, porque el objeto y el fin de la Convención no son el intercambio recíproco de derechos entre un limitado número de estados, sino la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independiente de su nacionalidad”.<sup>25</sup>

De lo anteriormente citado se concluye que la hermenéutica utilizada en un tratado de DD.HH., debe ser perenne a favor del ser humano, y en el caso concreto perenne a favor de la vida humana.

<sup>24</sup> Tapia Pinto, Iván Sandro, Curso de derechos Humanos en Bolivia, sin Ed. La Paz, 2002, p.15

<sup>25</sup> Idem

### 2.2.3. El derecho a la disposición del propio cuerpo.

Para Bergoglio el derecho debe ajustarse a la realidad de los hechos humanos que le sirven de fundamento y a cuya regulación tiende, realidad que nos demuestra que el hombre dispone a diario de su cuerpo, no sólo de sus fuerzas espirituales y creadoras en la constante búsqueda de su desarrollo integral, sino que también tiene la facultad o posibilidad de libre determinación sobre una serie de actos que convergen hacia su esfera corpórea.

La disposición del propio cuerpo tiene en nuestros días proyecciones vastísimas. Ésta no es, sin embargo, una nueva cuestión. Desde el precedente literario de *El mercader de Venecia* hasta los tiempos actuales, la problemática ha ido pasando del puro ámbito especulativo a una concreción práctica en la que ya se hace necesaria la intervención de la norma jurídica. Ello es así, puesto que la simple situación fáctica, indiferente al derecho en una primera época, adquiere relevancia jurídica cuando la comunidad le adjudica trascendencia social. En el marco de estas facultades dispositivas encontramos actos que revisten distintos matices de gravedad. Desde la comercialización de los cabellos, la celebración del contrato *di baliatico*, la dación de sangre para transfusiones, pasando por la asunción de riesgos en actividades deportivas y laborales, hasta llegar a los supuestos más comprometidos de los trasplantes de órganos y la experimentación científica en seres humanos, advertimos que esta disponibilidad adquiere cada día mayor trascendencia.<sup>26</sup>

### 2.2.4. Connotaciones en torno a la esencia del cuerpo humano.

La naturaleza de estas facultades que tiene la persona en el área de la disponibilidad corpórea ha sido una cuestión muy controvertida en el campo del derecho privado.

Comenta Degni, citado por Bergoglio, que un llamado “dere-

<sup>26</sup> Bergoglio, *op. cit.*, p. 16

cho sobre la propia persona" fue admitido por Windscheid, quien entendía que así como el orden jurídico al conceder un derecho real declara que la voluntad de su titular es decisiva para la cosa, así la misma voluntad es decisiva en relación con la propia persona; también se ha atribuido a Ihering el reconocimiento de un "derecho sobre el propio cuerpo" a partir de la distinción que realiza entre "pertenencia" y «propiedad». Este razonamiento se explica al afirmar que ciertas cosas pueden pertenecer a la persona, sin someterse a los principios que rigen la propiedad: el cabello pertenece a la persona, mas luego que ha sido cortado puede ser objeto de comercio y propiedad. Este concepto genérico de pertenencia tuvo muchos opositores, como los han tenido toda las posturas que vinculan la disponibilidad corporal con el derecho de propiedad, pero esta posición ha sido suplantada por nuevas concepciones.<sup>27</sup>

En realidad, esta incertidumbre sobre la verdadera esencia del derecho a disponer del propio cuerpo oscurece lo que se debe tener bien claro: el que es un derecho personal de caracteres especiales, que trae aparejada la libre disposición de nuestro cuerpo con las restricciones que impongan las leyes, la moral y las buenas costumbres,<sup>28</sup> por lo que queda, en consecuencia, excluido del ámbito de los derechos patrimoniales.

El error de estas vacilaciones es tratar de encuadrar un derecho de características peculiares. El auténtico señorío de la voluntad, referido al orden corpóreo, se configura como un verdadero derecho de la personalidad que permite al hombre ejercer facultades específicas y disponer, dentro de los límites legales, de su cuerpo o manifestaciones somáticas.

El llamado por Bergoglio sector físico de los derechos de la personalidad tiene en nuestros días el reconocimiento, de tendencia ya generalizada, de un derecho a la disposición del propio cuerpo como auténtico e independiente derecho personalísimo con la misma merecida consideración del derecho a la integridad física.<sup>29</sup>

Por otra parte, es necesario mencionar que el derecho de la persona se encuentra tutelado y protegido no sólo en el ámbito privatístico, artículos 6 al 23 del Código Civil boliviano, Ley 1716

<sup>27</sup> *Ibid*, p. 19

<sup>28</sup> *Idem*

<sup>29</sup> *Ibid*, p. 20

de Donación y Trasplante de Órganos, células y tejidos, promulgada el 5 de noviembre de 1996, sino también en las diferentes ramas que conforman el derecho público como los artículos 7 de la Constitución Política del Estado boliviano y los artículos 251 al 281 del Código Penal boliviano.

Éste es, por consiguiente, tal como manifiesta Bergoglio un derecho a la vida y no un derecho sobre la vida. Por lo que, si bien existe un derecho a la vida, se da también el deber correlativo de conservarla. De la existencia de este derecho innato no puede derivarse un poder omnímodo y soberano sino que, por el contrario, su reconocimiento exige la fijación de límites. La vida, derecho de la personalidad reconocido a todo hombre por el hecho de serlo, no es en sí sólo un valor biológico. La vida es una potencia que quiere conservarse y ha de ser conservada. El individuo no puede quitarse la vida que él no se ha dado. Por ello es que el derecho temporal niega la eutanasia y castiga al que coopera a un suicidio.<sup>30</sup>

Los llamados "derechos corporales" de la personalidad incluyen, en segundo término, a la integridad física como medio de proteger a la persona contra ataques legítimos a ella. Tradicionalmente la inviolabilidad somática se entiende garantizada a través del derecho penal por medio de la figura de la lesión. Sin embargo, cabe advertir que dicha legislación represiva está indicando la existencia previa de elementales derechos subjetivos, especialmente personales, que merecen una detenida consideración privada.

Es preciso, por lo tanto, reconocer un específico derecho civil de intangibilidad corpórea como derecho de la personalidad. Esta potestad, de origen natural, consistirá en la facultad de rechazar cualquier agresión corporal; su deber correlativo será el general respeto o de abstención de actividades lesivas a la integridad somática.

El sector físico de los derechos de la personalidad partiendo del presupuesto primario del derecho a la vida considera la integridad física y luego el llamado «derecho a la disposición del propio cuerpo». Así se nos plantea la problemática corporal en sus dos aspectos: por una parte, la protección del cuerpo humano contra atentados

<sup>30</sup> *Ibid*, p. 21

procedentes de terceras personas, tutela que se brinda a través del derecho a la integridad física; y por la otra, la protección del cuerpo humano frente al poder de disposición del propio individuo, mediante el derecho a la disposición del propio cuerpo.

Este derecho de disposición corporal debe reconocerse como auténtico e independiente derecho de la personalidad.

El conjunto de facultades referidas a la disponibilidad corporal, integra, sin duda, el contexto de los derechos personalísimos, aunque no se reconozca en forma decidida que se trata de una categoría autónoma e independiente. En este sentido se ha manifestado que se está en presencia de exteriorizaciones del derecho a la vida y a la integridad física, mediante las manifestaciones del uso y goce que la persona hace de sus bienes jurídicos.<sup>31</sup>

#### 2.2.5. El área de protección de la disponibilidad corporal.

La disponibilidad corporal, que nunca puede tener por objeto la cesión total del cuerpo de la persona viva comprende, en un sentido lato, aquella primigenia e innegable facultad del hombre de desarrollarse en el aspecto somático con un sentido constructivo y formativo de su personalidad toda.

Bergoglio explica las situaciones en las que la persona puede autorizar la intervención sobre su propio cuerpo, siendo éstas:<sup>32</sup>

- a) En su propio beneficio, con miras a la recuperación o mejoramiento de su salud y equilibrio psicofísico, en esta situación se encuentra el caso de las intervenciones quirúrgicas con fines de mejorar la salud de éste, causadas por algún padecimiento orgánico, como también el caso de las intervenciones de la cirugía plástica y el caso de los trasplantes de órganos cuando el receptor desea que se realice un trasplante en su organismo.

<sup>31</sup> Idem

<sup>32</sup> *Ibid*, pp. 26-30

- b) En beneficio de terceras personas determinadas, permitiendo la ablación de órganos o materiales anatómicos de su cuerpo con fines de implante en otras personas. Este aspecto es el que da lugar a los trasplantes de órganos, pudiendo ser realizados en vida o *post mortem*. En el caso del primer aspecto, la dación en vida puede realizarse por parte de personas mayores de edad o menores en casos excepcionales, donde la histocompatibilidad es un factor importante en el éxito del trasplante. En síntesis, el dador autoriza que se extraiga un órgano o tejido de su cuerpo para que sea trasplantado en otra persona genéticamente idéntica.
- c) En los supuestos de consentir ser sometida a experimentaciones científicas de naturaleza terapéutica o no terapéutica. Esta situación debe de estar regida por los códigos de ética donde se ponga énfasis en la no agresión de la individualidad corporal y que, sobre todo, se realice con la autorización de la persona, el consentimiento informado y la necesidad apremiante. Este es el caso, por ejemplo, en el que una persona se somete a una intervención experimental farmacológica, en la que el paciente recibe una prescripción de un medicamento nuevo destinado a mejorar su salud.

Los tres puntos citados anteriormente necesitan forzosamente que sean desarrollados respetando y ejerciendo los principios generales de la Bioética, para garantizar que no se cometan excesos innecesarios.