



**DE VIVA VOZ – ISSN 2545-8922**



**Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia del Neuquén**

Av. Argentina 179 1° piso Of.41 - (8300) Neuquén. **Tel.:** (0299) 4481919

**Web:** [www.magisneuquen.org.ar](http://www.magisneuquen.org.ar)

**Correo institucional:** [amyf@magisneuquen.org](mailto:amyf@magisneuquen.org)

**Correo revista:** [revistadelaasociacion@gmail.com](mailto:revistadelaasociacion@gmail.com)

**2022 – Año 6. Volumen 6**

**Neuquén – Argentina**

## LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. PRIMERA PARTE

*Nancy Noemi Vielma<sup>1</sup>*

Tener en cuenta la Autonomía de la Voluntad, es tener en cuenta a la Persona.

El principio de Autonomía de la Voluntad, sin dudas que hoy está en crisis y me preocupa, porque nuestro país que presume ser una Nación progresista hoy está generando una serie de restricciones a las libertades individuales que indudablemente afectan la autonomía de la voluntad.

Si hablo de autonomía de la Voluntad, no puede dejar de hablar de LIBERTAD e IGUALDAD. Desde la Facultad, estudiábamos que los presupuestos de la Autonomía de la Voluntad eran la Libertad Jurídica e Igualdad Jurídica (Puntos sobre los cuales volveré más adelante). Recordemos que “Auto”, significa Propio y “Nomia”, significa: Regla. Por lo tanto, en su traducción “Autonomía de la Voluntad”, representa la propia regla, la propia norma, el gobierno de sí mismo.

Por ahora, destaco que comenzaré este Trabajo partiendo de la Constitución Nacional, porque coincido con la moderna Teoría del Derecho vigente, que afirma que las autonomías materiales de las ramas jurídicas no son compartimentos estancos, en especial si se hace un enfoque trialista del Derecho (Ciuro Caldani). Por el contrario, sólo una visión positivista y fraccionada del mundo jurídico pudo pensar que el Derecho

---

<sup>1</sup> Juez de primera instancia. Juzgado N°2 Civil y Comercial. Esp. De Procesos y Minería. Email: Nancy.Vielma@jusneuquen.gov.ar

Privado y el Derecho Constitucional son dos áreas sin vinculación.

Más aun, entiendo que el derecho no puede ser estudiado solo teniendo en cuenta las normas sino la realidad y los valores. Como lo ha señalado el Maestro Ciuro Caldani,

la enseñanza del Derecho está demasiado dirigida a las normas, no porque éstas no deban conocerse y profundamente, sino porque no se hacen las referencias necesarias a la realidad social y a los valores. Considero que los tres despliegues son imprescindibles para el cabal conocimiento de lo que debe construirse como objeto jurídico. A mi parecer, quien no conoce la realidad social y los valores no comprende siquiera las normas. Los valores pueden ser referidos de distintas maneras, por ejemplo, teniendo a la justicia como un valor objetivo y natural, según lo sostuvo Goldschmidt, el fundador del trialismo, o sobre “construcciones”, como es mi propuesta, pero creo que su consideración es imprescindible.<sup>2</sup>

Nuestro CCC es un ejemplo de la Constitucionalización del Derecho Privado, que más allá de que hoy está plasmado en la ley, todo aquel que aplica el Derecho, teniendo por norte la CN, no puede dejar de hacer dicha interpretación. Ello, porque todo el sistema tiene como centro de protección a la Persona

---

<sup>2</sup> “Entrevista al Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani”, *Lecciones y Ensayos*, 85, 191-205, UBA, Buenos Aires, 2008, p.191, recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/85/10-entrevista-miguel-angel-ciuro-caldani.pdf>

HUMANA, y por tal motivo el derecho debe ser estudiado en forma integral, como un todo.

El Derecho Privado está y estuvo siempre vinculado al Derecho Constitucional, porque sus principios generales son de raigambre constitucional, “el orden público, la buena fe y la autonomía privada han tenido su pleno reconocimiento tanto en la Constitución histórica como en la actual”.

Nuestra Constitución recepta expresa e implícitamente dicho derecho.

Para ello basta tener en cuenta el Preámbulo, los Arts 14, 16, 17, 19, 33, 42, 43, entre otros, y los *TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS*, con jerarquía Constitucional a partir de la reforma de 1994 (Art. 75 inciso 22).

En un principio se establecía una división tajante entre Derecho Privado y Derecho Público, hoy no es tan así. Pero debemos tener igual mucho cuidado.

El Derecho Privado, en ¿qué consistió siempre? En el interés de los particulares. A diferencia del Derecho Público, que interviene el Estado, porque hay un interés público. Antes la diferencia era muy marcada, dos polos. Ahora no se pueden separar tanto, porque hay puntos en común, hay principios que se ponderan (neoconstitucionalismo). Pero igualmente, debemos tener presente que hay una diferencia, porque si no corremos el riesgo de que todo sea “interés público”, y el Estado bajo ese “pretexto” incida en la vida de los particulares, en la Autonomía de la Voluntad, en definitiva, en las libertades individuales,

justamente porque la AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD está íntimamente relacionada con la LIBERTAD.

Esto tiene que ver también con los DERECHOS HUMANOS, con los derechos subjetivos. Para Ciuro Caldani, el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo. Mientras que, para otros, como Kelsen, el derecho subjetivo nace del derecho objetivo.

En los regímenes de gobiernos, podemos mencionar dos clases, en relación con la autonomía de la Voluntad: a) El intervencionismo, b) el Abstencionismo. Ambas pueden ser humanistas, pero la *AUTONOMIA de la VOLUNTAD* se identifica con el abstencionismo, en tanto respeta al individuo, para que decida sobre su vida y se maneje con sus propias reglas. Sin duda se vincula con las *LIBERTADES INDIVIDUALES*. Mientras que el intervencionismo se produce cuando el Estado decide sobre mi vida, sobre mis decisiones, y ello no puede afectar el Art. 19 de la CN, que claramente establece que *las acciones privadas* de las personas que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a DIOS y exentas de la autoridad de los magistrados.

Por ello, a continuación, analizaré brevemente el “principio de Autonomía de la Voluntad en:

I. LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS.

II. EL DERECHO DE LAS FAMILIAS

III. EL DERECHO CONTRACTUAL.

## **I. DERECHOS PERSONALÍSIMOS**

Los derechos disponibles son aquéllos cuya titular puede renunciar. Los indisponibles por el contrario son irrenunciables.

El CCC, regula en un capítulo los derechos personalísimos. Por lo General el parámetro para distinguir uno de otro es la implicación del orden público. Por eso se ha dicho que el Orden Público representa un límite o restricción al ejercicio de los derechos individuales basados en razones de interés General.

En los derechos Personalísimos, juega un papel importante la Autonomía de la Voluntad, pero también aparece el Orden Público, para poner límites, cuando las decisiones que se adopten contraríen el ordenamiento jurídico.

### *1. Los derechos sobre el cuerpo humano*

El art. 17 del Código Civil y Comercial establece que los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes *no tienen un Valor comercial sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social* y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respeten alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

Se ha dicho muchas veces que el “cuerpo humano” se confunde con la “persona”, ya que es el soporte que le da visibilidad, en tanto la persona es inconcebible sin el mismo. Por eso las mismas razones que hacen que la persona no pueda ser considerada cosa, son las que descartan la posibilidad de que el cuerpo humano pueda ser objeto de transacciones. Igual razonamiento debe hacerse respecto a cualquier parte del cuerpo humano mientras permanezca unida a él. Sin duda que los

últimos años, esta noción central ha recibido importantes aportes desde la bioética.

Sin embargo, para muchos autores, ciertas partes del cuerpo de una persona, una vez separados, dejan de formar parte de esta, por lo que pueden tener un Valor. Sostienen que, en tales supuestos, son bienes corporales o materiales, es decir cosas y por consiguiente susceptibles de constituir el objeto de relaciones jurídicas, por ejemplo, el cabello, la leche materna, la sangre, etcétera.

No obstante, se debe tener muy presente lo que surge de la normativa citada (Art. 17), que permite acuerdos siempre con fines afectivos, terapéuticos, científicos, humanitarios o sociales, pero nunca con un Valor comercial. En tales supuestos, la autonomía de la voluntad no es absoluta. De modo que el sujeto no puede hacer lo que quiera, de su sangre y mucho menos de sus órganos.

Los problemas se resuelven con el auxilio de los principios que presiden los derechos de la personalidad.

## *2. Los derechos de la personalidad o derechos personalísimos*

Se los ha definido como las prerrogativas de contenido extrapatrimoniales inalienables, perpetuas y oponible a todos, que corresponden a toda persona por su condición de tal, de las que no pueden ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares porque eso implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad.

La base de estos derechos se encuentra en la *dignidad humana*.

Nuestro Código Civil y Comercial contiene un destacado articulado sobre los derechos de la personalidad. Dicha regulación sin lugar a duda que responden al proceso de Constitucionalización del derecho privado y a la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el bloque de constitucionalidad, tal como se explicó al comienzo de este trabajo.

### *Dignidad de la persona humana*

La dignidad de la persona humana es el punto de partida de la regulación que realiza el CCyC de los derechos personalísimos. En tal sentido puede leerse en el art. 51 que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

A continuación, se reconoce explícitamente los derechos:

- a. La intimidad
- b. El honor
- c. La imagen
- d. La identidad

a) *El derecho a la intimidad* o a la privacidad se considera como aquel que tiene toda persona a la debida protección de esa parte de su existencia excluida de la actividad pública. Es el derecho por el cual se protege la vida privada de una persona (Art. 19 cn).

Este derecho comprende varios aspectos, entre los que se pueden mencionar, el secreto o reserva de los actos de la vida privada, secreto de la correspondencia y de los papeles privados, la inviolabilidad de la vivienda, el secreto profesional. El art. 19 de la CN y el artículo 1770 del Código Civil y Comercial regulan entre otros, la protección legal del derecho a la intimidad.

La Constitución Nacional, protege el ámbito de privacidad de las personas, es decir pone límites a los poderes del estado, al obrar de los particulares con el único objetivo de impedir que interfieran en la esfera privada de la persona. Asimismo, el artículo 1770 CCC, sanciona a todo aquel que arbitrariamente se entromete en la vida ajena, es decir cuando “abusivamente” se entromete publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando la persona, sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad.

b) *El derecho a la imagen* se encuentra regulado en el artículo 53 del CCyC. Sin duda que toda persona tiene el derecho personalísimo a su imagen. Eso implica que el ejercicio de este derecho autoriza al titular a oponerse a que otras personas por cualquier medio capten, reproduzcan, difundan o publiquen su imagen, *SIN SU CONSENTIMIENTO*, o sin una disposición legal que lo autorice, conforme lo prevé la propia norma.

Se ha dicho que

inicialmente, el concepto del *derecho a la imagen* estuvo referido a la reproducción fotográfica. Modernamente, la

doctrina coincide que la tutela se extiende a la voz, la palabra hablada del ser humano que también es parte esencial integrante de la personalidad, y por lo tanto, es merecedora de igual protección. Cuando este derecho es vulnerado, su titular y a su muerte determinados familiares, están facultados para obtener el cese de la información y la indemnización del daño sufrido.

*c) Derecho a la identidad personal*

Se reconoce el derecho que tiene toda persona de presentarse en su vida de relación con su verdadera identidad, tal como es conocida o podría ser conocida en la realidad social y por lo tanto, a que no se altere ni desnaturalice su patrimonio intelectual, político-social, religioso, profesional, familiar etc.

Este derecho comprende el de ser emplazado en las relaciones de familia. Sin dudas que se viola el mismo cuando otro desconoce ese emplazamiento, o se atribuye una situación falsamente en la familia del otro. Por ello, por ejemplo, hay numerosa jurisprudencia que concede derechos indemnizatorios al hijo que no ha sido reconocido por su padre biológico, entre otros casos.

Pero va mucho más allá de lo genético o biológico. Se puede sintetizar diciendo que es el derecho a “ser uno mismo y no otro”. Este derecho se complementa con el reconocimiento que realiza el Estado, que además debe garantizarlo. En este punto, no podemos desconocer el “derecho a la identidad sexual”, “el cambio de nombre” y la “reasignación de sexo”.

Como consecuencia de esta lucha, por lograr el reconocimiento de la verdadera identidad para una persona, en mayo del año 2012, se dictó la ley 26.743, de identidad de Género, en la cual se la definió como *la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente*, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento.

*d) Derecho al honor*

El mismo ha sido definido como la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma.

Se ha dicho que el mismo comprende dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero comprende la *autovaloración*, el íntimo sentimiento que cada persona tiene de la propia dignidad y de su familia, según su propia conciencia moral. El segundo comprende el *buen nombre* y la *buena reputación* adquiridos por la virtud y el mérito de la persona o de la familia dentro de la sociedad, es decir, la reputación o fama que se goza ante los demás.

La protección legal del honor, la encontramos tanto en el derecho Penal como en el derecho Civil. En la esfera del derecho penal, los artículos 109 a 117 del Código Penal reprimen las conductas que lesionan el honor de las personas.

En la esfera civil, el CCC se refiere al tema, en el Art. 52, estableciendo que la persona afectada en su honra o reputación puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos.

Dicho artículo debe ser interpretado en conjunto con el artículo 1771 del Código Civil y Comercial.

Sin entrar a analizar la gran disputa que se ha generado entre “*los derechos personalísimos vs libertad de prensa*”; a saber, el “*derecho de informar versus derecho al honor*” o, “*derecho a informar vs derecho a la intimidad*”, atento que el presente trabajo está referido al *principio de autonomía de la voluntad*, destaco que todos los derechos deben ejercerse de manera razonable, no de manera abusiva. El ejercicio de los derechos no puede realizarse de manera absoluta, sino respetando los derechos del otro y la dignidad humana.

Aclarado el punto, a continuación, me referiré a los derechos inherentes a la integridad psicofísica.

*e) Derechos inherentes a la Integridad Psicofísica.*

El CCC protege de diferentes formas la integridad psicofísica de la persona, pudiendo agruparla en las siguientes disposiciones:

1. El derecho a la disposición del propio cuerpo, con limitaciones fundadas en principio Bioéticos. (Art. 55 y 56).
2. La prohibición de prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia. (Art 57).
3. Los requisitos a los que se sujeta la investigación médica experimental con seres humanos y el consentimiento informado. (Arts. 58 y 59)
4. Las directivas anticipadas (Art. 60)

5. Las normas sobre disposición del cadáver.  
(Art. 61).

*1) Disposición de derecho Personalísimos*

El CCC, establece expresamente que el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido sino es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Agrega que ese *consentimiento no se presume*, es de interpretación restrictiva y libremente revocable.

Asimismo, el artículo 56 del CCC, establece que están prohibidos aquellos actos que importen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la moral, la ley o las buenas costumbres, con excepción de que sean necesarios para mejorar la salud de la persona, y/o de otra persona.

De modo que cualquier persona puede prestar su consentimiento para disponer de dicho derecho, siempre con las limitaciones que establecen los arts. 55 y 56.

*2) Prácticas prohibidas.*

Por su parte el art. 57 establece que están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia. Esta prohibición es absoluta. El CCC, en el anteproyecto, previa una excepción, para aquellas prácticas que tienden a prevenir enfermedades genéticas. Pero, luego fue suprimida y quedó como una norma absolutamente prohibitiva.

*3) Investigaciones en salud humana.*

El artículo 58 del CCyC, establece que la investigación médica para la salud humana relativa a intervenciones, tratamientos, método de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad estén comprobadas sólo puede ser realizada si se cumplen los requisitos que la misma norma establece. Entre los mismos se establece *EL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE, ESCRITO, INFORMADO Y ESPECÍFICO* de la persona que se sujeta a la investigación, aclarando que el consentimiento es libremente revocable.

Asimismo el art. 59 del CCyC se refiere expresamente al consentimiento informado *para actos médicos e investigaciones en salud* y dispone que dicho consentimiento es la declaración de voluntad expresada por el paciente, que emitirá luego de recibir información clara precisa y adecuada respecto a su estado de salud, el procedimiento propuesto, los beneficios esperados del procedimiento, las molestias y efectos adversos previsibles, la especificación del procedimiento alternativo, sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto o las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Además, se establece que en caso de padecer una enfermedad irreversible incurable o cuando se encuentre en estado terminal, cuando haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, goza del derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos de hidratación, alimentación, de reanimación artificial, o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o producen un sufrimiento desmesurado,

o tenga por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminar irreversible e incurable. Así como el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamiento clínicos, quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario. Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente más cercano que acompañe al paciente. Sólo en ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente. Pero sólo en ausencia de todos ellos. Por lo tanto, el consentimiento del paciente, “el consentimiento informado del paciente” es esencial y aquí se ve claramente el principio de autonomía de la voluntad.

##### *5) Directivas médicas anticipadas*

También podemos ver la autonomía de la Voluntad, en el art. 60 del CCC, ya que en la misma línea que la ley de los “derechos del paciente”, dicho artículo dispone que la persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. De tal modo que puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la otorgó. Se establece un límite en estas

directivas médicas anticipadas, al establecer que las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

Al efecto es importante mencionar un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha reconocido la eficacia de la autonomía de la voluntad, y la eficacia de la voluntad anticipada expresada por una persona, quien era “testigo de Jehová”, plenamente capaz. Dicho fallo, respeto su autonomía, su decisión, su voluntad. Es un supuesto en el que el Padre (que no compartía el mismo credo) solicitó al tribunal autorización para una transfusión sanguínea. Me refiero a la causa Albarracini Nieves,<sup>3</sup> en la cual el tribunal rechazó la pretensión del Padre y de este modo siguió su precedente recaído en el caso Bahamondez<sup>4</sup> dejando establecido que el tema no se vincula tanto a la religión o el credo sino a la autonomía personal.

#### 6) Exequias

Por último, el art. 61 del Código Civil y Comercial también regula la voluntad de la persona de disponer por cualquier forma, modo y/o circunstancias de sus exequias e inhumación. Así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. En caso de que la voluntad del fallecido no haya sido expresada en vida, la decisión corresponde al cónyuge, el conviviente y en su defecto o a los

---

<sup>3</sup> Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias.01/06/2012 – Corte Suprema de Justicia de la Nación – Fallos: 335:799.

<sup>4</sup> A.A.V.V. 1993, “Bahamondez, Marcelo s. medida cautelar” CSJN <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/BuscadorSumarios>) B. 605. XXII; 06-4- 1993; T. 316: 479

Bidart Campos, Germán J. 1993, “La objeción de conciencia frente a tratamientos médicos”; *El Derecho*: 4 de Agosto de 1993: 3 - Portela, Jorge Guillermo 1993, “Hacia una justificación de la objeción de conciencia”; *El Derecho* 4 de Agosto de 1993.

parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.

Sin lugar a duda que estas disposiciones con las limitaciones establecidas en el Art. 55 del CCC, destacan el principio de autonomía de la voluntad.

En el Código Civil y Comercial es importante tener en cuenta que no se presume el consentimiento del sujeto. Igualmente, reitero, las prácticas eutanásicas están prohibidas y tampoco está permitida la maternidad subrogada. En este punto podemos ver la intervención del Estado.

De igual forma, como lo explicamos al inicio del trabajo, la autonomía (que es la facultad del sujeto de darse su propia norma o regla), aparece en tensión constante con el Orden Público.

En el Código Civil de Vélez Sarsfield en el artículo 21, se regulaba el *orden público*. *El mismo es entendido por muchos doctrinarios, como el orden público, moral, jurídico, cultural y político de una determinada sociedad, en un momento dado.*

Actualmente el CCC se refiere al Orden Público en el art. 12 en el Título Preliminar. Hay quienes sostienen que eliminó las *buenas costumbres*. Sin embargo, en la normativa citada, (Arts. 55 y 56), cuando se regula las “Disposiciones de los Derechos personalísimos”, se establece claramente que el consentimiento para dicha disposición es admitido siempre que no sea contrario a la “*ley, la moral y las buenas costumbres*”.