



HAL
open science

Estatuto y representacion del cuerpo humano en sistema juridico

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Estatuto y representacion del cuerpo humano en sistema juridico. Revista Espanola de Investigaciones Sociologicas -Spanish Edition-, 1994, Perspectivas en sociologia del cuerpo, 68. hal-01238251

HAL Id: hal-01238251

<https://hal.science/hal-01238251>

Submitted on 4 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ESTATUTO Y REPRESENTACION DEL CUERPO HUMANO EN EL SISTEMA JURIDICO

Daniel Borrillo

Universidad de París X, Nanterre

Un equipo de expertos extraterrestres llega a nuestro planeta con el fin de recabar información acerca de la civilización humana. El único documento que encuentran y al que deben analizar para forjarse una idea del *homo sapiens* es el código civil. Luego de un complejo y ajustado estudio, los antropólogos de dicho planeta hacen público un informe donde presentan al hombre en tanto que ser incorporal. Una suerte de masa de energías invisibles dotada de voluntad, discernimiento, raciocinio y libertad. «Todo lleva a pensar, teniendo en cuenta el máximo instrumento de regulación de la conducta social —código civil—, que el habitante del planeta Tierra carece de cualquier atributo corporal», reza el informe.

Esta ficción me permite responder de manera abrupta a las expectativas que hubiera podido crear el título del artículo. Podría afirmar de manera general, dejando los matices para más adelante, que el Derecho ha dotado al cuerpo de un estatuto secundario y que su representación es prácticamente inexistente. Una visión dualista de lo humano, conformado por una sustancia espiritual —alma— y una extensión material —cuerpo—, subyace en el discurso jurídico¹.

¹ Representación poco inocente ya que, si bien es cierto que el cuerpo desaparece en el «Derecho protector» —aquel que se dirige al ciudadano y al *bonus pater familias*—, cuando se trata del «Derecho represor» —aquel que se refiere al criminal— reaparece con inusitada fuerza.

Reis

68/94 pp. 211-222

Las transfusiones sanguíneas, los trasplantes de órganos, las procreaciones artificiales, las fecundaciones *in vitro*, las experimentaciones en seres humanos, las manipulaciones genéticas... han puesto al Derecho ante una realidad a la que debe responder y frente a la cual se encuentra muy poco armado. Si bien existen leyes particulares que en parte regulan dichas actividades, se trata más de soluciones rápidas y muchas veces incongruentes que de una reflexión jurídica profunda. Presionado por los avances científicos, el legislador ha debido ocuparse de manera acelerada de algo que le había resultado hasta entonces ajeno: el cuerpo humano. La mayoría de las inconsecuencias, desencuentros y querellas se explican por la falta de tradición en la reflexión jurídica del fenómeno corporal. Pretendo en este artículo poner de manifiesto e intentar explicar esta laguna en el análisis jurídico².

LA REFLEXION FILOSOFICA

Si la preocupación jurídica por el cuerpo es un fenómeno reciente, la filosofía, por el contrario, ha hecho de él un pilar central de su reflexión. De Platón a Kant, de San Agustín a Descartes, entre otros, el cuerpo fue objeto de particular atención. Aunque desde análisis y presupuestos harto diferentes, los filósofos mencionados tenían un común denominador. Todos ellos partían de una concepción dualista y consideraban al cuerpo como el elemento menos noble del ser humano.

A partir de 1930 se produce una verdadera revolución en relación a la noción del cuerpo de la persona. El psicoanálisis, la fenomenología, la teoría *Gestalt* y el existencialismo son los motores de este cambio radical. De ahí en más se concede al cuerpo el estatuto de componente esencial de toda manifestación humana.

Durante siglos se consideró lo corpóreo como un aspecto secundario de la personalidad, como soporte del ser trascendental y, a veces, inclusive como obstáculo a las realizaciones más elevadas del hombre. La filosofía contemporánea planteó el problema desde otro ángulo, es decir, renunciando a explicar la acción del alma sobre el cuerpo, o viceversa, en tanto que coordinación de funciones separadas. El cuerpo, materia opuesta al alma, había sido tradicionalmente definido en relación a aquélla. El modelo platónico de profundo desprecio al cuerpo marcó definitivamente el pensamiento occidental³. La creencia en un origen supramaterial del hombre había forjado la idea de un alma exilada y humillada en un cuerpo que la alberga⁴.

² Para más información, ver D. BORRILLO, *L'homme propriétaire de lui-même: le Droit face aux représentations populaires et savantes du corps humain*, Atelier National de Reproduction des Thèses, Lille, 1991.

³ Para referirse al cuerpo, Platón utiliza los términos *sêma* (tumba) o *phroua* (prisión). «He oído decir a un sabio que nosotros ahora estamos muertos, que nuestro cuerpo (*sôma*) es un sepulcro (*sêma*)...» *Gorgias*, 493 a.

⁴ *Nemo liber est qui corpore servit* (Nadie que sea esclavo de su cuerpo es libre), proclamaba Séneca en su *Epistola a Lucilio*, XCII, 33.

Las transfusiones sanguíneas, los trasplantes de órganos, las procreaciones artificiales, las fecundaciones *in vitro*, las experimentaciones en seres humanos, las manipulaciones genéticas... han puesto al Derecho ante una realidad a la que debe responder y frente a la cual se encuentra muy poco armado. Si bien existen leyes particulares que en parte regulan dichas actividades, se trata más de soluciones rápidas y muchas veces incongruentes que de una reflexión jurídica profunda. Presionado por los avances científicos, el legislador ha debido ocuparse de manera acelerada de algo que le había resultado hasta entonces ajeno: el cuerpo humano. La mayoría de las inconsecuencias, desencuentros y querellas se explican por la falta de tradición en la reflexión jurídica del fenómeno corporal. Pretendo en este artículo poner de manifiesto e intentar explicar esta laguna en el análisis jurídico².

LA REFLEXION FILOSOFICA

Si la preocupación jurídica por el cuerpo es un fenómeno reciente, la filosofía, por el contrario, ha hecho de él un pilar central de su reflexión. De Platón a Kant, de San Agustín a Descartes, entre otros, el cuerpo fue objeto de particular atención. Aunque desde análisis y presupuestos harto diferentes, los filósofos mencionados tenían un común denominador. Todos ellos partían de una concepción dualista y consideraban al cuerpo como el elemento menos noble del ser humano.

A partir de 1930 se produce una verdadera revolución en relación a la noción del cuerpo de la persona. El psicoanálisis, la fenomenología, la teoría *Gestalt* y el existencialismo son los motores de este cambio radical. De ahí en más se concede al cuerpo el estatuto de componente esencial de toda manifestación humana.

Durante siglos se consideró lo corpóreo como un aspecto secundario de la personalidad, como soporte del ser trascendental y, a veces, inclusive como obstáculo a las realizaciones más elevadas del hombre. La filosofía contemporánea planteó el problema desde otro ángulo, es decir, renunciando a explicar la acción del alma sobre el cuerpo, o viceversa, en tanto que coordinación de funciones separadas. El cuerpo, materia opuesta al alma, había sido tradicionalmente definido en relación a aquélla. El modelo platónico de profundo desprecio al cuerpo marcó definitivamente el pensamiento occidental³. La creencia en un origen supramaterial del hombre había forjado la idea de un alma exilada y humillada en un cuerpo que la alberga⁴.

² Para más información, ver D. BORRILLO, *L'homme propriétaire de lui-même: le Droit face aux représentations populaires et savantes du corps humain*, Atelier National de Reproduction des Thèses, Lille, 1991.

³ Para referirse al cuerpo, Platón utiliza los términos *sêma* (tumba) o *phroua* (prisión). «He oído decir a un sabio que nosotros ahora estamos muertos, que nuestro cuerpo (*sôma*) es un sepulcro (*sêma*)...» *Gorgias*, 493 a.

⁴ *Nemo liber est qui corpore servit* (Nadie que sea esclavo de su cuerpo es libre), proclamaba Séneca en su *Epístola a Lucilio*, XCII, 33.

El pensamiento cartesiano prolonga la tradición occidental de desprecio al cuerpo instaurada por Platón y profundizada por el cristianismo⁵. Si bien los principios mecanicistas aparecen ya en la antropología materialista de Hobbes, fue Descartes quien le da un estatuto definitivo: el cuerpo humano es una máquina⁶.

Dejar de pensarlo como simple continente de aquello que aparece como lo más elevado del hombre —el alma— o como entidad puramente biológica no resultó tarea fácil. Fue necesario el aporte de las corrientes filosóficas antes mencionadas para poder tratarlo como un fenómeno humano⁷. Las nociones de «esquema corporal», «cuerpo existencial», «imagen corporal» o «cuerpo vivido» reflejan la preocupación del pensamiento contemporáneo por sobrepasar las rupturas y oposiciones del modelo clásico. Gracias al cuerpo, somos presencia en el mundo y dependemos de la alteridad. Es sólo desde la dimensión corpórea de donde puede instaurarse una ética inmanente, según las nuevas teorías.

La filosofía ha podido demostrar que el argumento dualista nos conduce a un sinsentido: si mi cuerpo es un instrumento, ello significa que no es más que la prolongación de los poderes de otro cuerpo que aparece al mismo tiempo como instrumento de un tercero, y así sucesivamente. El cuerpo sólo puede ser instrumental si es exterior a mí. Pero, como señalaba Marcel, «no me sirvo de mi cuerpo, soy mi cuerpo»⁸. Analizando las nociones de «tener» y «poseer», el pensador francés señala que, en relación al cuerpo, es necesario efectuar la distinción entre los dos términos. La relación de posesión constituye una relación tensa en la que existe siempre una polaridad entre quien posee y quien es poseído. La relación del orden del «tener» significa una implicación con aquello que se tiene. Así, para Marcel, no poseo un cuerpo, ya que no soy exterior a él, sino que teniendo-soy un cuerpo pues estoy implicado en él (*je suis mon corps*).

La psicología, por su parte, ha sobrepasado también la visión instrumental del cuerpo poniendo de manifiesto la complejidad del fenómeno corporal. Más allá del cuerpo objetivo de la ciencia y de la antropometría, existe un cuerpo subjetivo (imagen de sí o cuerpo vivido⁹) y un cuerpo intersubjetivo que conduce el consenso social y que podría designarse con el término de «apariencia». Así, a la noción mecanicista, materialista y puramente objetiva del cuerpo que parece aún subsistir en la lógica científica e inclusive economi-

⁵ *Quis me liberavit de corpore martis huius?* (¿Quién me librará de este cuerpo de muerte?) ,decía San Pablo en su *Epístola a los Romanos*.

⁶ «Comme une horloge composée de roues et de contrepoids... je considère le corps de l'homme» (*Méditation sixième*). *Mémoires Philosophiques*, París, PUF, 1970.

⁷ GUSDORF, en su libro *Mythe et Métaphysique* (Flammarion, París, 1963), utiliza el término «revolución copernicana» para referirse al cambio filosófico que nos interpela. Para el autor, se produce un desplazamiento del centro de la discusión filosófica y más que meditar sobre la persona trascendente se piensa en la persona concreta «cargada de densidad corporal». Del mismo modo, Merleau-Ponty considera que nuestro siglo ha borrado la frontera que dividía el cuerpo del alma y se ve ahora la vida humana como espiritual y carnal de un extremo al otro de la existencia.

⁸ G. MARCEL, *Etre et avoir*, Aubier, París, 1935.

ca, la psicología opone la imagen de un cuerpo que forma parte de la persona de manera tan íntima que resulta imposible hacer referencia a ella sin hablar del primero.

Ahora bien, si en las últimas seis décadas del siglo tanto la filosofía como la psicología han intentado comprender la personalidad no ya a partir de nociones abstractas y espiritualistas, sino a partir del concepto de «espesor corporal», superando así la dicotomía clásica entre materia y ánima¹⁰, el Derecho, por su parte, ha continuado a razonar en estos términos.

Intentaré explicar el origen y la funcionalidad del dualismo que en relación al cuerpo de la persona continúa a regir el pensamiento jurídico. Dualismo que en un primer momento descarta el cuerpo de la teoría de la personalidad jurídica y que luego lo incorpora en tanto que bien susceptible de apropiación.

ORIGENES DEL DUALISMO MODERNO DEL HOMBRE JURIDICO

El pensamiento jurídico occidental funciona aún a partir de un conjunto de conceptos heredados del Derecho Romano. La *summa divisio* del orden jurídico «personas/cosas» existe desde hace dos mil años. Su invención ha tenido como fundamental objetivo «desencarnar» al Derecho y permitir a los juristas desarrollar una reflexión de la persona despojada tanto de la trivialidad¹¹ como de la sacralidad corpórea¹².

Las *Compilaciones de Justiniano* (528-534) sistematizan la tradición que hizo que la personalidad jurídica del ciudadano romano esté caracterizada por el elemento volitivo, lo que ha permitido establecer un régimen de obligaciones contractuales o delictivas y un sistema de relación del sujeto de Derecho con los bienes materiales. Lo que interesa al Derecho es esta «voluntad» capaz de contraer obligaciones y de hacer circular el patrimonio. La contingencia corporal venía a perturbar el equilibrio de este orden, y ello explica el esfuerzo de la romanidad por sacar el cuerpo humano del ámbito de lo jurídico. En efecto, la noción de persona es una abstracción que designa la «puesta en escena del hombre en el teatro de la vida jurídica»¹³.

Teniendo en cuenta la división clásica de las personas y las cosas, para el universo jurídico romano los hombres libres son personas o sujetos de Derecho

¹⁰ Las observaciones antropológicas y la práctica psiquiátrica han demostrado la imposibilidad de realizar rupturas artificiales de la unidad del fenómeno humano. Cuerpo y consciencia funcionan de una manera estrechamente ligada tanto en los procesos normales como en los patológicos. Las verificaciones empíricas derivaron en análisis conceptuales. Así, la psicología ha comenzado a estudiar la *imagen del cuerpo* o *esquema corporal* y la filosofía existencialista transformó al sujeto en cuerpo vivido.

¹¹ Cuya máxima expresión es el cuerpo-máquina de Descartes.

¹² Por ejemplo, el cuerpo glorioso de la resurrección en las enseñanzas de San Pablo.

¹³ J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée: une histoire juridique du corps*, Seuil, París, 1993, p. 59.

y el resto (inclusive los esclavos) son cosas¹⁴. El cuerpo de los hombres libres se encontraba protegido indirectamente gracias al cuidado que se le prestaba a la persona. Un pasaje de Ulpiano transcrito en el *Digesto* establece: «El cuerpo de un hombre libre no puede ser objeto de especulación» (*In homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest*)¹⁵. El esclavo, al no ser considerado sujeto de Derecho (persona), podía ser tratado como una cosa. El *dominus* ejercía sobre el cuerpo de su esclavo un derecho de alienación (venta o donación) e inclusive podía destruirlo matándolo. Así, dentro de la lógica romana el hombre libre poseía un cuerpo que se encontraba fuera del comercio, y el esclavo, reducido a su dimensión puramente corporal, era considerado una mercancía (utilizando un término moderno).

Durante la Edad Media, la situación se modifica sustancialmente. El dualismo canónico establece la superioridad del alma en relación al cuerpo, pero este último resulta indisponible ya que el individuo no tiene ningún derecho de posesión. En efecto, no es el hombre propietario de su cuerpo, pues el único que puede arrogarse este derecho es el Creador. De esta forma, la filosofía cristiana ha intentado dar un carácter técnico-jurídico a la relación que une la persona con su cuerpo. Una tesis atribuida a Santo Tomás establece que el hombre no es propietario sino usufructuario de su cuerpo, mientras que Dios conservaría la nuda-propiedad y a El debe rendir cuentas del uso que haga del mismo.

El Renacimiento significó la ruptura con el orden medieval y el hombre comienza a ser considerado no tanto como criatura de Dios sino por su propio valor intrínseco. El nuevo sentimiento y la conciencia de ser ante todo un «individuo» será el germen de una renovada relación jurídica de la persona con su cuerpo: el derecho subjetivo de propiedad sobre sí mismo.

La traducción jurídica del individualismo renacentista aparecerá bajo la forma a la vez protectora y libertadora de la propiedad privada. Pero la apropiación, antes de ejercerse sobre las cosas, debía instaurarse en relación a sí mismo. La capacidad de disponer de sí, de ser sujeto de Derecho sobre su persona en principio —y sobre su cuerpo posteriormente—, era requisito indispensable para legitimar cualquier otro régimen de propiedad.

La filosofía inglesa del siglo XVII es entusiasta al afirmar que la única garantía contra toda forma de alienación es proclamar la propiedad que el ser humano detenta sobre su propia persona. Overton, en su obra *An Arrow against all Tyrans*, proclama que a todo individuo le es dada por naturaleza una propiedad que nadie tiene derecho de usurpar o violar, pues lo que hace que un individuo sea tal es la propiedad que detenta sobre su persona.

A diferencia de la teoría clásica, para la filosofía inglesa, profesada sobre todo por los *Levellers*, la importancia del derecho de propiedad no está tanto en las prerrogativas que los hombres pueden tener sobre las cosas, sino en el derecho a poseerse a sí mismos.

¹⁴ *Compilations de Justinien, Institutes*, 1-3 pr.

¹⁵ Glosa de Accurso, *Digesto*, 9.2.13.

Pero ¿cómo se produce el pasaje de la filosofía al Derecho? ¿Cómo, desde la apropiación de sí, el hombre pasa a convertirse también en propietario de su cuerpo? Fue necesario para ello la intervención de la ciencia y, sobre todo, de la anatomía. En efecto, la objetivación, en tanto que desapropiación científica, del cuerpo aparece como requisito *sine qua non* para organizar una reapropiación jurídica fundada en el derecho subjetivo de propiedad. Si el individuo detentaba la propiedad de su persona abstracta podía, asimismo, gozar de los atributos que de ella se desprenden. Pero la vida y el cuerpo continuaban participando de una naturaleza sagrada y, a pesar del marco laico en el que se desarrollaba la filosofía inglesa, fue necesaria la definitiva preeminencia del discurso científico para hacer posible una nueva visión externa y real¹⁶ del cuerpo.

La ruptura epistemológica efectuada en el Renacimiento hizo posible una modificación del sistema jurídico. Así, el orden de la naturaleza invocado en la Edad Media será reemplazado por el orden fundado en la noción del individuo¹⁷. Heredero de esta concepción, el Derecho mantendrá a la persona abstracta en tanto que sujeto de facultades, y todo lo que no entre en la categoría de «persona» será considerado como «patrimonial». Así, el cuerpo, en tanto que atributo de la personalidad física, es susceptible de convertirse en una entidad apropiable. La ciencia hará posible dicha apropiación al darle al cuerpo el estatuto de objeto dissociado del sujeto.

Recordemos que el carácter holístico y místico del universo se fractura y permite el surgimiento de una interpretación cuantitativa y mecanicista del mundo y del hombre. En 1543 se publica el *Corporis Humani Fabrica* de Vesalio, quien insiste en la necesidad de restituir la anatomía en tanto que soporte esencial del conocimiento médico. Así, el cuerpo —anteriormente venerado o detestado, elevado al estado de gloria en la resurrección, según la Iglesia, o condenado a los infiernos por epidemias y hambrunas— se convierte en objeto de un tratamiento menos pasional y más racional gracias a la anatomía. De ahí en adelante la medicina emergerá como el único saber autorizado para definir y tratar el cuerpo humano. Todo el siglo XVII acentuará la ausencia del cuerpo en el discurso jurídico e incrementará su concepción anatómico-fisiológica. Esto no implica que la burguesía emergente se desinterese del cuerpo; al contrario, le preocupa especialmente, pero se trata de una preocupación «moderna». En efecto, el cuerpo, objetivado por el conocimiento científico, legitimará la universalización del Derecho fundado en la propiedad privada. Por muy miserable que sea una persona, puede arrogarse el derecho de propiedad de sí y de su cuerpo. Es justamente en nombre de esta adquisición reflexiva que se denuncian los abusos de la esclavitud y de la gleba. El hombre, dueño y señor de la naturaleza, lo será también de su persona y de su cuerpo.

¹⁶ El término real es utilizado aquí en el sentido de cosa, del latín *res*.

¹⁷ La razón individual se convierte, más tarde, en el sistema filosófico de Pufendorf, en la única fuente legítima de deberes. Todo comienza con el individuo, tanto su relación con el Creador, consigo mismo como con el prójimo.

EL DISTANCIAMIENTO DE LO CORPORAL COMO REQUISITO DE LA CIUDADANIA PLENA

La administración del cuerpo no es cosa sencilla. Así, algunas personas lo harán mejor que otras y el mencionado derecho de propiedad sobre uno mismo no resultará impedimento para establecer un riguroso orden jerárquico. Respondiendo al dualismo tradicional, el Derecho determinará que la proximidad a la «debilidad de la carne» alejará al individuo de su calidad de persona (Derecho privado) y de ciudadano (Derecho público).

En definitiva, el individuo que interesa al Derecho no es el de carne y hueso, sino el ser de razón que, entre otras cosas, posee un cuerpo. El hombre carnal es imprevisible y variable, por lo cual era necesario reemplazarlo por una voluntad siempre fuerte, ilustrada y libre. El Código Napoleón responde a una antropología dualista donde reaparecen las influencias greco-latinas, canónicas y cartesianas. El código dibuja un hombre-modelo desdoblado y dividido entre un cuerpo (sospechoso) y una razón (noble). Un hombre conformado por una mente preciada y una voluntad loable, pero también por sentimientos e instintos no deseables. Como señala Carbonnier, el hombre del Código Napoleón será considerado como una voluntad: no es corporal ni se trata de un ser de carne y hueso sujeto a debilidades o necesidades, es una voluntad siempre fuerte, iluminada y orientada hacia un fin: la libertad¹⁸.

El orden social determina la calidad y la jerarquía de los cuerpos. Ellos son ante todo obra de la naturaleza, pero para que puedan ser organizados por el Derecho es necesario pasar por la mediación de lo social. Así, el cuerpo del ciudadano debe abandonar su naturaleza «natural» para llegar al estadio superior de la civilidad, es decir, recibir una «naturaleza social». Es en nombre de esta naturaleza que el Código Napoleón establece la superioridad absoluta del marido en la pareja y del padre en la familia¹⁹. La posición de inferioridad de la mujer resulta así de su fragilidad y su dependencia sentimental (propia al cuerpo). La superioridad del varón proviene de su proximidad a las virtudes de la razón. La mujer, en tanto que ser corporal, será reducida a pocas y delimitadas funciones: madre y esposa. Debido a su debilidad e incapacidad moral, ella se encuentra siempre bajo la tutela del varón (padre o esposo).

La mujer, próxima a la carne por naturaleza, es un ser sospechoso y peligroso para el orden jurídico. Numerosos ejemplos del Código Napoleón ilustran mi propósito: el artículo 12 establece que la mujer casada adoptará siempre la nacionalidad del marido; el artículo 108 determina que la esposa sólo

¹⁸ Jean CARBONNIER, *Droit Civil, Introduction*, PUF, París, 1988.

¹⁹ El código de 1804 reserva el individualismo al *pater familias*, único capaz de representar una voluntad libre. Como hace notar ARNAUD, «le véritable auteur du code civil français est donc, idéologiquement, techniquement, politiquement, socialement et économiquement, le bourgeois jansénisant et gallican éclairé de la fin du XVIII^e siècle qui a traversé les vicissitudes de la révolution». *Essai d'analyse structurelle du code civil français, la règle de jeu de la paix bourgeoise*, Bibliothèque de Philosophie du Droit, vol. XVI, París, 1973, p. 152.

podrá tener como domicilio el de su marido; el 213 obliga al esposo a proteger a la mujer y ésta le debe obediencia; el marido es civilmente responsable de los delitos de su mujer y puede ejercer sobre ella un derecho de corrección; es el varón quien detenta la administración de los bienes de la mujer en virtud del artículo 389; la mujer no puede realizar ningún acto jurídico en nombre propio sin la autorización del esposo (art. 215). Niños, enfermos y homosexuales correrán la misma suerte: una disminución jurídica en virtud de la dependencia a las pasiones (o debilidades) del cuerpo y una sujeción a los regímenes de tutela, curatela o represión para enderezar los desvíos propios de la proximidad corpórea.

El eslogan feminista de los años 1960, *mon corps est à moi*, tenía como objetivo inmediato la legalización de la interrupción del embarazo, pero en el fondo respondía a una reivindicación política más profunda. Proclamar «mi cuerpo me pertenece» significaba poder instaurarse en la dialéctica libertadora presentada anteriormente, es decir, ser propietaria de su persona y no depender de la mediación del hombre para acceder al estatuto de ciudadana. Alejarse de la condición corporal que se le había asignado significaba acercarse a la noción de persona, hasta entonces privilegio sólo de los varones. Pero ¿hasta qué punto esta reivindicación no reproducía la vieja tensión del dualismo cuerpo-alma?

EL CUERPO Y EL DERECHO

El Derecho, y particularmente el Derecho Civil, es heredero del modelo clásico que considera la persona como sustancia abstracta desencarnada situada más allá de las relaciones con el entorno. La personalidad será definida como una voluntad abstracta y universal. Si esto ha podido funcionar así desde los orígenes del Derecho, desde el momento en que la ciencia puede conservar sustancias del cuerpo (sangre, semen, óvulos...) u órganos (corazón, hígado, riñones...) y mantenerlos separados del individuo, ¿qué protección jurídica puede acordarse a estos elementos que dejan de beneficiarse de la salvaguardia que podrían tener en tanto que atributos de la personalidad?

Por conflictivo que pueda resultar, y a pesar de las fragilidades de la argumentación jurídica actual, considero que el cuerpo es para el Derecho una cosa y que el lazo jurídico que une a la persona (sujeto de Derecho) con su dimensión corpórea (objeto de Derecho) es una relación de tipo «derecho subjetivo»²⁰. Esta constatación no hace más que afirmar lo que venía sucediendo históricamente. Los avances científicos han puesto de manifiesto aquello que de manera más o menos oculta existía en el orden jurídico. Podríamos lamentarnos de que, en lugar de inspirarse en las teorías de la filosofía existencialista o del psicoanálisis para pensar la persona, el Derecho haya optado por la opción

²⁰ La noción de «derecho subjetivo» es central en el pensamiento jurídico moderno. Ella designa la facultad del sujeto o el poder individual de la voluntad.

más clásica del dualismo, reconociendo que no es el cuerpo lo que le interesa para definir la personalidad, sino la razón y la voluntad. Podemos, asimismo, encontrar contrariante que sea un derecho análogo al de propiedad quien califique la relación que el hombre mantiene con su cuerpo. Lo que resultaría inadmisibles es negar estas realidades que han forjado la reflexión jurídica (o la falta de ella) acerca del cuerpo.

El sistema jurídico fundado en la distinción entre las personas y las cosas reconoce que el cuerpo es una cosa, pues las partes separadas de él son cosas. A partir de esta constatación podemos encontrar matices pues, como veremos, para el Derecho estadounidense el cuerpo es una mercadería, en tanto que para el sistema francés es una cosa fuera del comercio.

EL CUERPO HUMANO: MERCANCIA O COSA FUERA DEL COMERCIO

La jurisprudencia norteamericana ha establecido claramente el estatuto del cuerpo humano en tanto que mercadería en el paradigmático caso *Moore vs Regents of University of California*. Recordemos los hechos: en octubre de 1976, John Moore fue internado en el Centro Médico de la Universidad de California para tratarse de una leucemia. Luego de notar que la sangre del paciente contenía una sustancia única que permitía tratar ciertas enfermedades, los médicos, sin el consentimiento de Moore y en acuerdo con el laboratorio *Genetics Institut* y la empresa *Sandoz*, han sustraído elementos de su cuerpo (células de la piel, del esperma, de la sangre, etc.). En 1976 se procede a la extirpación del bazo, que proveía de células patógenas del mismo tipo. El 20 de marzo una línea celular fue patentada. Esta línea, capaz de producir fármacos importantes, produce un beneficio de tres mil millones de dólares (licencia de explotación del laboratorio *Sandoz*). Mientras tanto, el paciente ignoraba tanto la investigación efectuada sobre sus células como el enorme valor económico de las mismas. Cuando John Moore se dio cuenta del asunto ejerció una acción reivindicatoria²¹. La Corte de Apelaciones de California acepta la acción y reconoce el derecho de propiedad de un individuo sobre sus células²².

La ideología que subyace en la argumentación de la Corte considera a la persona soporte de bienes materiales, como su cuerpo, y de bienes inmateriales, como su voz, su imagen y su nombre. Esta lógica es clara: si se considera al cuerpo en tanto que materia prima de productos biotecnológicos, el individuo

²¹ En inglés, «*action for conversion*». Dicha acción (una especie *sui generis* de acción reivindicatoria) protege al propietario de una cosa mueble material o inmaterial contra un tercero que se hubiese apropiado de la misma sin la autorización del propietario o sin disposición legal.

²² «*Person has essence of property interest —the ultimate right of control— in his own human body, and plaintiff patient's allegation of property right in his own tissue was sufficient as matter of law to support action alleging conversion of plaintiff patient's tissues.*» Corte de Apelaciones de California, 21 de julio de 1988, p. 494.

tiene un derecho de propiedad sobre el primero y, evidentemente, puede hacer valer una especie de acción reivindicatoria si es indebidamente desposeído²³. Así, la persona, en tanto que entidad global y abstracta, es indisponible y está fuera del comercio (lo contrario llevaría a justificar la esclavitud). Sus atributos inmateriales o materiales son disponibles, pues ella detentaría un derecho de propiedad sobre aquéllos.

Más próximo a la tradición romana, el Derecho francés considera al cuerpo una cosa, pero, a diferencia del sistema estadounidense, no se trataría de una mercadería, sino de una «cosa fuera del comercio» (*res extra commercium*). Recordemos que el artículo 1128 del código civil establece que sólo pueden ser objeto de una convención las cosas que están en el comercio (*res in commercio*).

Una decisión del Tribunal Correccional de la Seine del 14 de marzo de 1844 se pronuncia por vez primera en relación al estatuto jurídico del cuerpo. En efecto, la justicia francesa rechazará la patente de un proceso de momificación del cuerpo, pues «*le corps humain ne pouvait, soit avant, soit après le décès, être réputé marchandise*» (el cuerpo humano no podía, antes o después de la muerte, ser considerado como una mercancía). En los años 1940 se descubre la técnica que permitirá conservar la sangre fuera del cuerpo humano. La ley francesa del 21 de julio de 1952 va a establecer la gratuidad del don y la ausencia de lucro en la distribución de la sangre y de los productos sanguíneos. La sangre es una cosa para el Derecho francés, pero una cosa fuera del comercio. Además, debe ser utilizada bajo control médico y con fines exclusivamente terapéuticos (art. L 666 *Code de la Santé Publique*). La ley del 7 de julio de 1949 sobre el trasplante de la córnea, la ley del 22 de diciembre de 1976 sobre el trasplante de órganos y las leyes sobre la bioética aprobadas recientemente confirman el estatuto del cuerpo en tanto que «cosa fuera del comercio» y cuya disponibilidad está subordinada a finalidades médicas.

A nivel europeo la solución es similar; recordemos que la Convención de Bioética del Consejo de Europa prohíbe la patente y la circulación mercantil de partes del cuerpo humano²⁴.

CONCLUSION

Vemos así que, respondiendo a dos tradiciones diferentes pero condicionados por una filosofía común, los sistemas jurídicos estadounidense y francés acuerdan al cuerpo humano la calidad de cosa. Las tradiciones que lo diferencian son aquellas que han marcado las respectivas familias jurídicas. Así, el Derecho anglosajón hará de la noción de propiedad privada el eje central en

²³ La Corte Suprema revoca la decisión de la apelación negando la acción a Moore pero reforzando el derecho de propiedad industrial de la compañía sobre las líneas celulares.

²⁴ *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention de Bioéthique*, 1994.

torno al cual gira todo el régimen de protección de la persona. Es justamente porque goza de un derecho de propiedad inalienable que el individuo puede disponer de su cuerpo con la libertad con la que dispone de otros bienes.

El sistema francés, heredero del régimen romano, encuentra dificultades para pensar la persona física en tanto que corpórea. Pero los avances de la ciencia lo ponen frente a una realidad incontestable: las partes y los elementos del cuerpo se pueden conservar independientemente del individuo del que provienen. Ellos son considerados cosas porque el cuerpo es una cosa. Tal calificación, como hemos visto, no implica considerar al cuerpo como una mercancía. Se trata de una cosa «fuera del comercio» y cuya disponibilidad está condicionada a fines superiores que no dependen sólo de la libertad individual. Por ello en el Derecho francés, a diferencia del Derecho estadounidense, la relación que une la persona a su cuerpo no es tanto un derecho de propiedad, sino más bien un derecho subjetivo relativo.

A pesar de las diferencias enunciadas subyace una filosofía común a ambos sistemas: el dualismo cartesiano. En efecto, de la misma manera que en el pensamiento racionalista el cuerpo sólo puede concebirse a partir del *cogito*, para el Derecho la persona abstracta es titular de un elemento instrumental (el cuerpo) del que podrá disponer en mayor o menor medida según optemos por uno u otro sistema legal.

Lejos ha quedado la reflexión jurídica de las múltiples perspectivas de la definición de la personalidad aportadas por otras disciplinas sociales. En efecto, si la antropología, la psicología y la filosofía han progresivamente explicado la persona desde la dinámica de la interacción íntima e indisoluble con el cuerpo, el medio ambiente, el lenguaje y la cultura²⁵, el Derecho, por su parte, continúa ordenando la noción de personalidad en torno a un dualismo idealista.

La objetividad del cuerpo es innegable pues se observa del exterior como cualquier otro objeto. Pero al mismo tiempo, y a diferencia de los demás objetos, el cuerpo —mi cuerpo— es susceptible de un conocimiento interior a través del dolor, el placer, el equilibrio o la orientación. Se trata de un objeto inmediato, que hace cuerpo con el *ego* pues no hay entre ellos ni intervalo ni diferencia: «*le corps est présence sans distance à moi-même*» (el cuerpo es presencia sin distancia conmigo mismo), decía Merleau-Ponty. Es a la vez un objeto del mundo y mi punto de vista del mundo, induce una espacialidad de situación y no de posición, no es tangible ni visible sino en la medida en que es él quien ve y quien toca. Es un objeto afectivo. Es nuestra manera de ser en el mundo y es quien determina nuestra condición histórica.

No es ésta la noción del cuerpo que ha encontrado un lugar en la teoría de

²⁵ «*L'homme est une conscience située, engagée au milieu d'un monde auquel il adhère par toutes les fibres de son corps, qu'il ne fait qu'un avec son corps et avec le monde comme par un inextricable entrelacs, en un mot, il s'agit de retrouver la vérité d'une phénoménologie de l'être-au-monde qui mettra fin, une fois pour toutes, à toute philosophie des relations de l'âme et du corps.*» Tymieniecka (ed.), *Maurice Merleau-Ponty, le psychique et le corporel*, Travaux de l'Institut Mondial des Hautes Etudes Phénoménologiques, Aubier, 1988.

la personalidad jurídica. Como vimos, el cuerpo continúa siendo considerado por el Derecho como un accesorio de la persona. La objetivación que de él ha realizado la medicina informa la visión oficial del Orden Jurídico contemporáneo. Criticando el simplismo de la dualidad de la que el Derecho parte, he intentado abrir un debate cuyo propósito es integrar las reflexiones de otras ciencias sociales. Dar al cuerpo su lugar en la teoría de la personalidad jurídica implica repensar la antropología idealista que funda la representación jurídica de lo humano.

RESUMEN

La evolución biotecnológica ha permitido un uso amplio de órganos y productos del cuerpo humano. Individualmente se puede disponer del cuerpo en centros de investigación o en industrias. Los debates jurídicos y éticos presentan una oposición entre dos puntos de vista. Por una parte, están los que piensan el cuerpo como objeto y, por otro lado, quienes consideran que el cuerpo es inalcanzable e invaluable para la persona. El carácter de la «cuestión corporal» hace insuficiente este tipo de dicotomía. Esto es sagrado bajo ciertas circunstancias e instrumental bajo otras. Para una protección jurídica del cuerpo es importante la interpretación de los diferentes aspectos que intenta interpretar el dualismo clásico.

ABSTRACT

Biotechnology's evolution has allowed for a wide general use of organs and products of human body. The individual as well as research centers and industries can dispose of the body. Juridical and ethical debates seem to show an opposition between two points of view. In one hand, there are those who think of the body object, on the other hand there are those for whom the body is untouchable and invaluable for the person. The complexity of the «body question» make this type of dichotomy insufficient. Indeed the body is subject and object at the same time. It is sacred under certain circumstances and instrumental under others. For a juridical protection of the body it is important to interpret this different aspects trying to overcome the classical dualism.