

EL CUERPO HUMANO Y EL DERECHO. NOTAS A PROPÓSITO DE UNA MONOGRAFÍA QUE QUIERE SER TRANSGRESORA

María del Mar Martín
Universidad de Almería

1. Introducción

En 2003 la editorial *Giuffrè* editó en italiano el libro “*Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*”, de J.-P. BAUD. Esta monografía forma parte de una colección relativamente reciente de la antedicha editorial, denominada *Derive*, de la que uno de los temas recurrentes es el cuerpo humano¹.

En la advertencia que se incluye en las primeras páginas del volumen se leen unas palabras de C. M. MAZZONI² en las que se afirma sin ambages que el jurista de cualquier lugar y tiempo —da, por tanto, un carácter de universalidad a su afirmación— sabe que la persona es un artefacto, una metáfora, una representación y nada más. Recoge la noticia, por otra parte, de que algunos juristas franceses —entre los que se sobreentiende incluido el autor del libro— están buscando dar una nueva lectura a todo el discurso sobre el cuerpo y comienzan por una crítica al concepto de persona. Añade, finalmente, que *persona* es una noción creada por el análisis jurídico que no se confunde con el ser humano formado de cuerpo, de razón y, para alguno que se encuentre en las fronteras filosófico-religiosas, formado también de un alma³.

Leer éstas y algunas otras afirmaciones del editor antes de iniciar la lectura de lo escrito por el autor, hace intuir que, sea cual sea su contenido, se está tocando un núcleo duro de la ciencia jurídica, en el que se implican una serie de conceptos y realidades fundamentales, como son la naturaleza humana, el derecho, la justicia, la ley, el bien común, etc, por lo que llama poderosamente la atención de estas afirmaciones el que adopten tanto un carácter rotundo, como en principio, gratuito. Y parece ingenuo —o arriesgado— porque aparenta desconocerse que un estudio serio de la historia del pensamiento jurídico ofrecería la posibilidad, al menos, de contradecirle con razones muy consistentes.

¹ Se trata de la presentación en italiano de esta obra francesa publicada en su lengua original una década antes. La traducción, muy alabada por el autor, se debe a L. COLOMBO.

² Aparece como editor del libro y como director de la colección *Derive*, lo que ofrece una especial significación a sus palabras.

³ Cfr. BAUD, J.-P., *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, Milano, 2003, p. X.

Por su parte, el autor traza las líneas maestras de su tesis en el prefacio a esta edición italiana⁴, líneas que se apoyan en unas teorías concretas sobre la noción de persona física, de ser humano y una interpretación de la historia del derecho y de la espiritualidad humana y cristiana. En realidad, viene a ser una síntesis de lo que se expone en el cuerpo del libro. Es ilustrativa, de manera particular, la defensa que hace, al final del prefacio, de lo que viene a llamar teoría de la apropiación del propio cuerpo por parte del sujeto de derecho, con la que se conseguiría encontrar finalmente la anhelada seguridad de la protección jurídica⁵. A la defensa y explicación de dicha teoría iría encaminada la monografía. Como consiste en una síntesis de lo tratado a lo largo de las páginas de la obra, dejo para más adelante algunas de las consideraciones que la lectura del prefacio suscita.

Tras el prefacio a la edición italiana, y antes del cuerpo de la monografía, hay un prólogo⁶ en el que el autor plantea una especie de supuesto conflictivo ficticio —que no es sino un caso práctico que se podría proponer en las aulas universitarias— que le servirá para centrar los puntos importantes que quiere tocar en el libro y que se puede resumir del siguiente modo: en un accidente laboral, en el que un obrero pierde una mano, ésta se recoge y se guarda con hielo para que pueda ser reimplantada, pero un vecino del herido, que le guarda viejos rencores, la roba con el objeto de que no pueda serle reimplantada. El caso va a juicio y el ladrón de la mano queda absuelto gracias a la hábil actuación de su abogado que defiende que, mientras que el cuerpo es la persona, un miembro separado del cuerpo —la mano en este caso— es una cosa y, por tanto, es claramente inaplicable una condena por amputación. Previamente, el autor comenta la doctrina dominante en el derecho francés sobre la consideración que ha de tener el cuerpo ante el derecho y el dictamen del Consejo de Estado que, a petición del Presidente de la República, redactó sobre las ciencias de la vida, la ética y el derecho. Como cabe esperar, la opinión del autor sobre esta doctrina y sobre la decisión del Consejo de Estado es sumamente negativa.

⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. XI-XX.

⁵ “*La teoria dell'appropriazione da parte del soggetto di diritto del proprio corpo, lungi dall'abbandonare l'essere umano al bancone di un negozio, potrebbe invece essere il bastione dietro al quale il rispetto del corpo e la dignità umana abbandonerebbero l'indeterminatezza liturgica —in cui i malfattori, serviti dagli ignoranti, sanno così ben manovrare— per trovare infine la sicurezza della protezione giuridica*” (*Ibidem*, p. XX).

⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 3-9.

2. Cuestiones sobre el método

Ya al margen del prólogo y el prefacio, la lectura de esta monografía resulta bastante interesante por las reflexiones que suscita. De entrada, las observaciones que deben hacerse son de dos tipos: unas referentes a la metodología empleada y otras respecto a su contenido. Comenzaré por las que me sugiere la metodología empleada. En primer lugar, el autor ha elegido exponer sus ideas sobre la historia jurídica del cuerpo a través del hilo conductor de un caso práctico o supuesto de jurisprudencia ficticia, por medio del cual parece perseguir dos objetivos: captar la atención del lector —que desde un primer momento se ve involucrado en una trama que recuerda la de una película cinematográfica— para adentrarlo con cierto agrado y facilidad en una serie de datos y análisis de suyo farragosos; y, a la vez, introducir su teoría sobre el cuerpo humano y el derecho, presentando supuestos que reducen casi al absurdo las posiciones doctrinales distintas o contrarias a la suya. Esta opción plantea la cuestión de una forma gráfica, lo que supone una ventaja en sus posibilidades didácticas, pero el método empleado es peligroso en la medida en que no facilita el necesario alejamiento para la consideración aséptica propia de la argumentación científica, pues no tiene en cuenta que el ámbito de la ciencia es, precisamente, el abstracto, de modo que, fácilmente, aquello que la monografía gana en descripción y fascinación lo pierde en rigor.

Es preciso hacer notar, no obstante, que, si bien en una obra que pretenda ser rigurosa pueden ser mezclados distintos niveles de conocimiento, es indispensable que esa combinación no sea indiscriminada, sino que se respete, para cada nivel de conocimiento, su estatuto epistemológico propio, tanto de elaboración del argumento como de calificación de los resultados, es decir, cabe hablar de rigor científico en una obra en la que se entrelacen distintos niveles epistemológicos del objeto de estudio, pero que estén presentados de forma que no se induzca a confusión al lector pues, de lo contrario, el estudio adolecería del mínimo exigible para una obra que pretenda ser seria⁷.

El recurso que se señala —juego en un mismo estudio de distintos niveles de conocimiento— es distinto al enfoque interdisciplinar de una materia, aunque básicamente la tesis le sería igualmente aplicable: me refiero a la necesidad de respeto de las exigencias metódicas formales propias de cada una de las disciplinas, como requisito metodológico, de manera que se logre que la lectura

⁷ Como señala MARTÍNEZ DORAL, en la tarea cognoscitiva de la realidad jurídica, “para llegar a la unidad, más que buscarla apresuradamente en la negación de las diferencias y las especificaciones, es imponer a nuestro pensamiento la disciplina de la distinción” (MARTÍNEZ DORAL, J. M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, 1963, p. 38).

del estudio comporte al lector una mayor profundización en el conocimiento de la realidad de que se trate, para lo que se requiere que esa combinación de disciplinas —de objetos formales diversos— no induzca a confusión, sino a integración. A lo largo de la obra de BAUD se hacen acercamientos y afirmaciones pertenecientes a distintas ciencias —teología, teodicea, filosofía, antropología, etnología, derecho, etc— y, también se utilizan distintos niveles de conocimiento jurídico —derecho positivo francés, teoría del derecho, filosofía del derecho, etc— que sin duda enriquecen el estudio, pero que quizá no satisfacen suficientemente las exigencias propias de cada categoría de razonamiento y, por lo tanto, la adecuación entre conclusiones alcanzadas y argumentación de tales conclusiones no está equilibrada, por lo que no resulta justificada del todo.

Otra cuestión formal que merece algún comentario se refiere al tono de la crítica —un tanto cáustica— que, en ocasiones a lo largo del libro, el autor dedica a los juristas que mantienen un parecer distinto al suyo. Ciertamente podría ocurrir que el punto de vista mantenido por esos autores o corrientes criticadas en la monografía fuesen absolutamente rechazables o, al menos, incomprensibles o simplemente irracionales para el autor. Pero aún en el caso de que fuera palmaria la falta de razón de los criticados, pienso que tal forma de crítica, en conjunto resta credibilidad al autor.

Que el tono de la crítica sea poco aceptable no se debe, naturalmente, a cuestiones únicamente de trato correcto y respetuoso con quien discrepa del propio punto de vista, sino a una razón de fondo: si quien hace la crítica pretende un serio acercamiento al conocimiento de una realidad —en nuestro caso, a la dimensión jurídica del cuerpo humano—, hará bien en no creerse capaz de juzgar con inmunidad de error sobre, por ejemplo⁸, aquello que en Occidente y en la Iglesia católica —aunque obviamente no sólo en Occidente ni sólo en la Iglesia católica— ha sido objeto, durante más de dos milenios, de profundos y

⁸ A modo de ejemplo, y sin ánimo de entrar en este momento en lo criticado transcribo el siguiente párrafo: "Da dieci anni, i progressi nella conoscenza di questa persona romana e il fatto che il diritto francese si sia dotato di una legislazione concernente il corpo non dovrebbero lasciare dubbi per quanto riguarda la distinzione tra la persona e l'essere umano. Questa però continua ad essere ignorata da molti giuristi francesi, in particolare da quelli che si vorrebbero filosofi del diritto, poligrafi che inondano il mercato editoriale con la loro incomprensione di quello che l'Occidente chiama il diritto, e che hanno creduto a lungo di essersi appropriati del campo dottrinale riguardante il corpo umano, rimuginando instancabilmente il loro attaccamento a una dignità umana particolarmente apprezzata dagli asini (è quella infatti che lo studente di diritto invoca quando, nel campo dello statuto della persona, non ha altro da dire) e prontamente accolta dai censori che hanno fiutato ben presto la manna, per esempio collocandola ben in vista nel nuovo *Code pénal*, ma articolando intorno a questa nozione tutta l'attuale censura sessuale del cattolicesimo" (BAUD, J.-P., *Il caso...* cit., pp. XVI-XVII).

cualificados esfuerzos racionales para su comprensión: el hombre y el derecho. Al contrario, se precisa de otra actitud para que el estudioso pueda aprovechar lo que de acertado hay —y en este caso sin duda hay bastante— en las posiciones discrepantes, sin hacer uso de descalificaciones sin fundamento.

3. Otras observaciones

Las observaciones siguientes se centrarán ya en cuestiones materiales, no formales, aunque no pretenden ser una crítica exhaustiva ni propiamente sistemática. Voy a traer a colación unas afirmaciones en las que el autor hace una declaración de intenciones que resulta ilustrativa. Señala el autor en dicho párrafo que espera que el libro permitirá demostrar que, tomada en cuenta la clasificación transmitida por el derecho romano —clasificación de la realidad entre personas y cosas—, el cuerpo del hombre viviente debería ser comprendido en la categoría de las cosas; que el cuerpo humano no cambia su naturaleza jurídica en el momento de la muerte, y que los elementos del cuerpo humano conservan su misma naturaleza real, estén unidos o separados del cuerpo⁹. Ciertamente, demostradas estas tres hipótesis, sería sostenible la teoría del autor de la apropiación (propiedad) del propio cuerpo por parte de la persona, como medio más adecuado y seguro para poder estar realmente protegido en el ordenamiento jurídico, por ejemplo, en el supuesto de jurisprudencia-ficción descrito en el prólogo.

Me parece que hay cuatro puntos importantes que, en la lógica del razonamiento seguido en esta obra, se implican mutuamente y que, sin embargo, presentan puntos débiles: el concepto de persona, el concepto de derecho, visión racionalista y maniquea del mundo y las referencias hechas a la doctrina cristiana y al derecho canónico. A estos puntos voy a ir haciendo referencia a continuación.

3.1. El concepto de persona humana

Respecto al concepto de persona subyacente en el libro, el autor presenta como cuestión doctrinal prácticamente pacífica la tesis según la cual el concepto de persona es una noción creada por el derecho. Se trataría, pues, de una verdadera creación, consistente en una abstracción que habrían obrado los juristas romanos que cobraría una existencia separada de la de los hombres concretos, aunque éstos serían la ocasión para la creación de tal noción de

⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 48.

persona. Muy clara, según el autor, quedaría la distinción entre el ser humano y la persona; esta última sería lo que del ser humano toma en consideración el ordenamiento: la persona es el sujeto de derecho.

Un primer comentario se impone inmediatamente: en realidad no hay una base mínima para considerar pacífica esta teoría. Ciertamente, no faltan autores y corrientes doctrinales que la sustentan, pero me parece que es evidente que tiene grandes detractores, y no sólo en la filosofía del derecho —que es el ámbito en el que primariamente nos moveríamos para estudiar la persona humana ante el derecho—, sino que tampoco resulta incontrovertible lo afirmado en el libro respecto a la persona en el derecho romano, ni siquiera con respecto a la clásica división de la realidad entre personas y cosas, pues entre los romanistas no se puede asegurar que haya idéntico parecer sobre la originalidad, por ejemplo, de esta división básica del derecho formulada por GAYO y sobre su carácter¹⁰. Es más, cabría poner en tela de juicio hasta qué punto es obra del derecho romano la consideración según la cual la personalidad se reduce a una cualidad jurídica, en lugar de ser la expresión, en el derecho, de la dignidad congénita del ser humano, y no pensar, por el contrario, que esa transformación doctrinal en el concepto de persona es obrada por determinadas corrientes de pensamiento jurídico muchos siglos después¹¹; esto último se armonizaría más, por otra parte, con el carácter pragmático de los juristas romanos.

No se puede obviar, pues, con afirmaciones tan rotundas como las que se contienen en el libro, las dificultades intrínsecas de la concreción sobre el origen o la propia noción de persona y de personalidad, pues indudablemente sobre ella repercutirán las distintas concepciones de la vida y de la realidad, además de que, a la hora del análisis del origen e historia dogmática de la noción de persona y personalidad, es necesario hacerlo de un modo crítico que lleve a tener en cuenta en qué época y bajo qué influencias de pensamiento se determinan¹².

Observando la cuestión de la persona y el derecho en su radicalidad, se pueden señalar entre los cultivadores del derecho, al menos, dos posturas en-

¹⁰ Cfr. DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, tomo II, Madrid, 1952, p. 13. Por otra parte, y en realidad, la división es tripartita: personas, cosas y acciones.

¹¹ Concretamente, aludiendo a los antecedentes históricos del concepto de persona señala DE CASTRO que “estos datos no serán recogidos y aunados en forma de doctrina, con un nuevo espíritu, hasta el movimiento sistemático de los juristas protestantes. Predispuestos ya a ello por su concepción teológica del hombre, aceptarán fácilmente también una degradación del significado jurídico de la persona. Deja de ser la persona expresión de la dignidad congénita del hombre y se reduce a una cualidad jurídica, creación arbitraria del legislador. Es persona —se dice— quien pertenezca a la comunidad civil, el hombre se llama persona en cuanto goza en la sociedad civil de ciertos derechos” (*Ibidem*, p. 23).

¹² Cfr. *Ibidem*, p. 20.

contradas: la de tomar la persona como sujeto de derechos y obligaciones, cualidad que le vendría atribuida por la norma; y la de tomar la persona como sujeto de derechos y obligaciones, cualidad que le vendría atribuida por su naturaleza¹³. Es más, la propia noción de persona como sujeto de derecho —de derechos y obligaciones— es ya controvertida y se podría poner entre paréntesis, pues, si se mantiene que esa cualidad le viene por la naturaleza, la persona es primariamente sujeto de relaciones jurídicas y, sólo secundariamente, sujeto de derechos y obligaciones.

Que se hayan señalado dos posturas encontradas entre los juristas a propósito de la noción de persona humana no significa, naturalmente, que ambas sean igualmente válidas. Significa, en primer lugar, que no cabe hablar de alguna de ellas dando a entender que la otra no existe o que tiene tan poca entidad que no es digna de mención. En segundo lugar, en la medida en que son posiciones que se contradicen, salvo que se mantenga y absolutice una posición radicalmente relativista —que es una opción intelectual que no por extendida deja de ser vulnerable—, adscribirse a una de las posturas significa quitarle la razón a la otra. Por supuesto, en cada una de las posturas subyace una noción diferente de derecho: o se concibe el derecho principalmente como *vis* o, por el contrario, se concibe el derecho principalmente como *ratio*¹⁴.

Al respecto, conviene señalar que, salvo que se opte intelectualmente por mantener una incapacidad de la razón humana en el conocimiento de la realidad¹⁵ —opción que pienso que es equivocada primordialmente por ir contra

¹³ DE CASTRO señala que los textos de los juristas romanos clásicos —aunque ellos probablemente no dieran un sentido técnico al término persona— han servido a la doctrina posterior para perfilar su sentido técnico. Y, en concreto señala varios grupos de textos romanos que han sido utilizados por la doctrina posterior como base a sus teorías, son los siguientes: los que identifican la persona con el hombre; los que identifican la persona con la cualidad con la que el hombre actúa, de modo que un hombre puede tener varias personalidades; los que amplían su contenido, al denominar persona a ciudades, al pueblo romano o a una colonia y, finalmente, algún texto en el que se resiste a llamar persona al esclavo. Cfr. *Ibidem*, p. 21.

¹⁴ La primera concepción del derecho —como *vis*— queda reflejada en distintos pasajes del libro, por ejemplo cuando se expone un planteamiento según el cual son los juristas —y no la realidad— quienes hacen preceder las connotaciones esenciales de la noción de persona. Cfr., entre otros, BAUD, J.-P., *Il caso...* cit., p. 67.

¹⁵ Aunque no centrado, obviamente, en el campo jurídico, resulta de singular clarividencia sobre el tema de la capacidad de la razón humana en el conocimiento de la realidad JUAN PABLO II en su encíclica *Fides et Ratio*, de 14 de septiembre de 1998.

En esta encíclica se previene del peligro, entre otras cosas, de encerrarse en los límites de un sistema filosófico que impida a la razón humana desplegarse hacia la verdad. Cfr. N° 23. Por otra parte, el recelo cada vez mayor hacia la razón se sitúa en la separación entre la fe y la razón, que se realiza a través del pensamiento filosófico a partir de la baja edad media —como desvirtuación de la legítima autonomía de ambos modos de conocimiento—. Cfr. n° 45, que continúa diciendo que “(...) algunos comenzaron a profesar una desconfianza general, escéptica y agnóstica, bien para

la evidencia¹⁶—, parece más acertado considerar que la función del derecho respecto a las realidades existentes es la de tomarlas en consideración, extraer de ellas su dimensión de justicia —individuar lo que le es debido con respecto a sí mismas y al resto de la realidad, ya sujetos, ya cosas—, que es la relevante para el jurista, y asignarles un estatuto, en el ordenamiento, que sea conforme a su propio ser o naturaleza. Todo ello requiere una serie de técnicas, entre las que se hallan las de la designación y conversión jurídica, que permiten la conversión del concepto filosófico de persona —que es el que puede recoger en su globalidad la naturaleza de los seres humanos concretos— al concepto de persona que el ordenamiento jurídico maneja¹⁷.

Si al concepto jurídico de persona le falta su entronque con la realidad existencial concreta —y ese entronque se lleva a cabo precisamente en su relación con el concepto filosófico de persona, siempre que éste se elabore con

reservar mayor espacio a la fe, o bien para desacreditar cualquier referencia racional posible a la misma”. Se afirma, por el contrario, que existe “(...) un camino que el hombre, si quiere, puede recorrer; inicia con la capacidad de la razón de levantarse más allá de lo contingente para ir hacia lo infinito” (nº 24).

¹⁶ Respecto al conocimiento humano y la postura escéptica, véase, entre otros, FINNIS, J., *Natural law and natural rights*, Oxford, 1996, pp. 59-80.

¹⁷ Es interesante lo que sobre esta cuestión escribe DE CASTRO: “La persona y su mismo concepto no son creación del Derecho, existen fuera de él, y con su propio significado es aludido o utilizado por la norma. La función del Derecho positivo respecto a la persona puede centrarse en los dos momentos lógicos de la designación y la conversión jurídica. La designación supone, como siempre, una salida del ámbito de la abstracción jurídica y el marcar una realidad, que ya tiene una existencia —física o social— propia y no dependiente del Derecho. Tal designación no es arbitraria, responde a porqués de muy distinto origen; respecto a la persona, viene directamente determinada por su origen (Derecho natural); la designación contenida en la norma se referirá a una realidad social, pero determinada en el ‘qué’ y en el ‘cómo’ por el Derecho natural. La conversión jurídica requiere el definir —jurídicamente— la realidad social y transformarla en realidad jurídica. La definición de la realidad social, dado el carácter técnico o instrumental de la nomenclatura jurídica, puede hacerse utilizando un concepto que, aunque sinónimo en el Derecho, no corresponda exactamente (sea más o menos amplio) a su significado social; esta discordancia externa no significa diversidad de naturaleza, ni una desconexión con la realidad, sino sólo un medio de referencia impuesto por la técnica de la interpretación jurídica. La conversión de la realidad social en jurídica es el dar un nuevo valor a esa realidad, no un sustituir la realidad social por la jurídica; se produce un cambio jurídico, social y hasta económico, pero la realidad social, a la que revaloriza y transforma el Derecho, es la que caracteriza e individualiza la referencia contenida en la norma, la que explica y justifica la peculiaridad de cada situación jurídica, de cada norma y de su interpretación. La persona a la que alude el Derecho no es una abstracción; no es lo ‘jurídico’ a lo que se atribuye o puede atribuir ‘algo’ jurídico; es a la persona realidad social, en su valoración jurídica. Es, pues, una realidad social, que exige —conforme al Derecho natural— una regulación jurídica; es cierto que el Derecho positivo ha desconocido, parcialmente, en ciertas épocas, el valor de la persona, y que puede extender el concepto de persona, por analogía, a otras realidades sociales; mas tal proceder —justificado o no— del legislador o de la técnica no puede ocultar el hecho de que es la realidad social persona, la que fue y es la base y el fin de la regulación jurídica de la persona” (DE CASTRO, *F. Derecho civil...* cit., pp. 27-28).

fundamento *in re*—, el derecho puede regular el estatuto jurídico de la persona como mejor le parezca, pero lo hará de manera justa o de manera injusta, dependiendo de que ese estatuto respete la naturaleza propia de la realidad que se trate y facilite su obrar en el ordenamiento conforme a esa naturaleza. Piénsese, al respecto, que hay pocas cosas que el legislador no pueda hacer si logra los requisitos marcados por los textos constitucionales para la aprobación de las leyes. Evidentemente, esto ocurrirá con las realidades metapositivas, entre las que se encuentra la persona humana y el cuerpo humano, mientras que con las realidades que no sean metapositivas, el discurso debería hacerse desde otras perspectivas.

Por otra parte, al referirse al concepto filosófico de persona, se debe tener en cuenta que hay enjundiosas cuestiones implicadas pertenecientes, entre otras, a los campos de la metafísica y de la gnoseología, que requerirían un detenido análisis, que sobrepasa, con mucho, las posibilidades de este trabajo. En cualquier caso, pienso que es oportuno recordar que, partiendo de lo que considero una acertada visión de la gnoseología, el conocimiento humano incluye en su propia dinámica un proceso de abstracción de la realidad que está siempre implícito en cualquier concepto que se elabore¹⁸: el concepto filosófico de persona humana, cuyo primer punto de apoyo es la idea de persona humana que tiene cualquier hombre, ya es, en sí misma, una abstracción, pues el concepto de persona humana no existe en la realidad, sino que lo que existen son hombres concretos. No se puede, por tanto, considerar como fruto de la abstracción solamente la noción de persona que maneje el derecho, aunque también la filosofía del derecho obrará una ulterior abstracción para extraer del concepto filosófico de persona aquellos rasgos que le interesan, dada su concreta perspectiva formal. Solamente si se parte de una visión positivista del derecho se podrá entender, con el autor, que el derecho obra una 'creación' a la hora de elaborar el concepto de persona que manejará en el ordenamiento jurídico. Puede parecer que esta argumentación que sigo va por derroteros distintos a los de la monografía, pero opino que no es así, porque estoy comentando cuestiones que están en el nervio de las afirmaciones y conclusiones que se hacen en la monografía.

3.2. La noción de dignidad humana

Muy unida al concepto de persona humana está la noción de su dignidad. A pesar de que el autor, tímidamente, alude a la dignidad humana para señalar

¹⁸ En cualquier caso no se pretende aquí entrar —pero tampoco desconocer su existencia— en la problemática sobre el alcance y significado del concepto de abstracción presente en el proceso cognoscitivo humano. Véase sobre ello, entre otros, GARCÍA GONZÁLEZ, J. A., *Teoría del conocimiento humano*, Pamplona, 1998, especialmente pp. 26-28 y 123-124.

que su teoría sobre la apropiación del cuerpo por parte del sujeto de derecho es la más adecuada a esta categoría¹⁹, a lo largo de la monografía crítica con bastante frecuencia y vigor el recurso que, tanto buena parte de la doctrina, como la propia legislación, hacen de ella.

Es interesante considerar las dos vertientes de la crítica que hace el autor: en primer lugar, da a entender que el recurso que se hace a la dignidad humana es el recurso a un concepto prácticamente vacío de contenido; así, quien no sepa como justificar una determinada toma de posición del derecho respecto a la persona —o, por ejemplo, respecto a su cuerpo— podría salir del paso satisfactoriamente apelando, precisamente, a la dignidad humana. En segundo lugar, la crítica se vuelve más mordaz —y pienso que más equivocada— cuando, en distintas ocasiones, lo que se da a entender es que el recurso al concepto de dignidad humana no es fruto, en la mayoría de los casos, tanto de un proceso intelectual como de un acto de fe —o de sacralidad salvaje, como dice en algunos momentos, que supongo que será traducible como poco racional o poco cultivada—. Se podrían poner como ejemplos, la referencia que se hace a los ‘predicadores de la bioética’²⁰, la afirmación de que las reacciones del jurista frente a la sangre humana —¿se podría entender también frente al cuerpo?— deben ser percibidas como una reacción primitiva de lo humano ante lo sagrado²¹, la alusión a la dignidad humana como ‘transcripción moderna del discurso sacro’²², o la presunción de que en la casi totalidad de los supuestos en los que se invoca a la ética, detrás de la noción de dignidad humana hay un cierto modo de hablar de una sacralidad mal disimulada²³, llegando a afirmar, poco más adelante, que en las apelaciones a la ética, en la grandilocuente evocación a la dignidad humana, o detrás del argumento biológico de respeto al viviente, no se debe ver otra cosa más que diversos significantes que se corresponden con un significado único: la topografía de lo sagrado²⁴.

La primera de las vertientes señaladas se podría justificar en cuanto que nunca faltarán quienes se sirvan de la categoría de la dignidad humana como de un lugar común, sin entender su significado de fondo, pero eso no significa ni prueba que, en general, el concepto sea utilizado incorrectamente. Lo mismo ocurre, también, con otras categorías, que pueden resultar recursos fáciles y expuestos a una abusiva utilización por parte de la doctrina o la legislación, como pueden ser las nociones de orden público, igualdad jurídica, pluralismo, liber-

¹⁹ Cfr. BAUD, J.-P., *Il caso...* cit., p. 242.

²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. XVII.

²¹ Cfr. *Ibidem*, p. XVIII.

²² Cfr. *Ibidem*, p. 47.

²³ Cfr. *Ibidem*, p. 220.

²⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 227.

tad de conciencia, etc. Ahora bien, ello no significa que tras estos conceptos no exista un concreto significado, más o menos difícil de determinar, o incluso, en alguno de los ejemplos puestos, relativo o indeterminado en principio²⁵.

Por lo que respecta al significado positivo de dignidad humana se puede señalar —sin recurrir a la fe religiosa—, que es el de eminencia o excelencia del ser humano por su intensa participación en el más alto grado de ser, que lo constituye como un ser dotado de debitud y exigibilidad con relación a sí mismo y con relación a los demás hombres²⁶. La dignidad se presenta, además, como una cualidad de la persona especialmente apta para ser tenida en cuenta por el derecho²⁷.

En la segunda vertiente de la crítica, el autor utiliza un argumento con el que, de seguirlo, se provocaría la imposibilidad de tomar en serio la postura contraria a la suya: su postura sería racional, la contraria sería irracional y, por tanto, no cabe ningún tipo de diálogo entre ellas porque se encuentran en ámbitos absolutamente dispares, el de la razón y el de la superstición. En ese sentido —permítaseme de nuevo un apunte de tipo metodológico— a lo largo de la monografía el lector se queda con la impresión de que se abusa demasiado de argumentos etnológicos e históricos, que, aunque sin duda pueden aportar interesantes datos, no son los únicos ni los principales, además de que pueden ser interpretados de formas distintas a las del autor; en el tema de la sacralidad del cuerpo humano es especialmente tangible esta apreciación.

Se ha dicho más arriba que, para llegar a un concepto de dignidad humana, como el señalado, no se precisa de la ayuda de una fe religiosa; sí que

²⁵ Es interesante la siguiente reflexión de OTADUY, pues, aunque se sitúa en un contexto de interpretación de la ley canónica, resulta plenamente trasladable a la ciencia jurídica en general: “Debe tenerse en cuenta, además, que los conceptos jurídicos indeterminados (‘causa grave’, ‘razón justa’, ‘candidato idóneo’) o los conceptos jurídicos relativos, que dependen en buena medida de los hechos sociales (‘orden público’, ‘escándalo’, ‘daño’), están abiertos a una lógica transformación de su significado sin que ello suponga traición alguna a la voluntad del legislador. En realidad los conceptos jurídicos indeterminados y relativos son muchos más de los que pudiera parecer a primera vista. La ley, como toda norma general, debe usarlos con frecuencia y constituyen una indicación manifiesta de que el legislador tiene una visión de cierto relativismo en la fijación del objeto legislativo. Establece unos parámetros amplios, donde caben (y el legislador sabe que van a caber) valoraciones muy diversas al hilo de la distinta percepción de la realidad social” (OTADUY, J., *Los medios interpretativos de la ley canónica*, en IDEM, *Fuentes, interpretación, personas*, Pamplona, 2002, p. 275; también publicado en “*Ius Canonicum*”, 70(1995), pp. 447-500).

²⁶ Cfr. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, 1992, p. 452.

Por su parte, FINNIS alude a esta noción de dignidad humana en términos nada etéreos como “*the solid core of the notion of human dignity*”. Cfr. FINNIS, J., *Natural law...* cit., p. 225.

²⁷ Cfr. VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, J. M., *La persona ante el ordenamiento canónico. Algunas claves de interpretación del canon 96 desde el realismo jurídico*, en MACERATINI, R. (a cura di), *La persona nella Chiesa*, Padova, 2003, p. 126.

se necesita, por el contrario, partir de una adecuada visión del hombre o visión antropológica, lo que puede suponer, y supone de hecho, la persuasión intelectual de que la propia existencia del hombre y del mundo conduce a la afirmación de la previa existencia de un Creador, que lo haya creado comunicándole la existencia²⁸. Y es necesario recurrir a un conocimiento correcto de la naturaleza humana porque difícilmente se va a llegar a un significado adecuado de una realidad existente por una vía distinta a la propia del conocimiento, como es la del consenso o la de la fuerza —lo que ocurre cuando se mantiene una noción de derecho como *vis* en lugar de cómo *ratio*—, por ejemplo. No obstante, es innegable que este conocimiento al que se debe y se puede llegar por vía racional, se hace más fácilmente accesible si se cuenta, además, con los datos de una fe religiosa revelada. Sin duda, por otro lado, la realidad de la que se trate será más fácilmente protegida por el ordenamiento si se llega a un consenso sobre su más adecuada interpretación, pero, digámoslo así, la fe religiosa ni suple ni impide el acceso a este conocimiento a través de un proceso puramente racional, sin que con esta afirmación se pretendan desconocer las dificultades inherentes a este proceso.

No se trata, obviamente, de desestimar la importancia del consenso en una sociedad democrática, pero sí de otorgarle la función que tiene y sus límites —no carentes de enorme problematicidad—, sabiendo que una democracia que se base prioritariamente en el consenso —y no en el valor ontológico del ser humano— está en el peligro próximo de degenerar en autoritarismo —la demagogia²⁹—. Considerando la fundamentación de los derechos humanos, OLLERO señala acertadamente que el consenso, si bien no sirve como su fundamento, sí que se convierte en una exigencia básica que debe presidir su proceso de positivación³⁰. Desde esta visión, que considero atinada, de la función del

²⁸ A este respecto resulta interesante el n.º 19 de la Encíclica *Fides et Ratio*, de Juan Pablo II, que contiene un pequeño comentario del Libro de la Sabiduría.

²⁹ En el n.º 89 de la Encíclica *Fides et Ratio*, JUAN PABLO II muestra que la raíz de un concepto de democracia en el que la admisibilidad o no de un determinado comportamiento se decida con el voto de la mayoría parlamentaria radica en la actitud mental del pragmatismo.

³⁰ “Si de lo que se trata es de diluir cuestiones últimas de orden metafísico, para conformarse con la fluidez de su operatividad procedimental, ningún jurista pragmático torcerá el gesto; por formación, les preocupa siempre más lo ‘razonable’ del resultado que el rigor racional de la fundamentación. Más exigentes parecen, sin embargo, las previsiones de nuestra Constitución, que —descartando todo angelismo parlamentario— considera (artículo 53.1) que el ‘contenido esencial’ de los derechos y libertades fundamentales deberá ser respetado por cualquier ley, por muy elevado que resulte el consenso parlamentario alcanzado. Nos hallamos, pues, ante unos derechos que son ‘previos’ a las leyes que contribuirán a desarrollar su proceso de positivación; y no ante meras exigencias éticas pre-jurídicas. Puestos a buscar el fundamento a tales derechos pre-legales, si se nos anima a encontrarlo en la ‘dignidad, la libertad y la igualdad humanas’ —(...)— parece obvio que nos adentramos en un ‘usnaturalismo’ tan autoconvencido como para atribuir desigual consistencia a un derecho fundamental y a una metáfora.

consenso en una democracia que tome su fundamento en el valor ontológico de la persona, se manifiesta la necesidad del acceso de todos al conocimiento y la cultura —con las exigencias derivadas de veracidad, libertad y sentido crítico en la enseñanza y en los medios de comunicación de masas, fundamentalmente—, de modo que los votos que formen el consenso respondan más a criterios de racionalidad que a prejuicios políticos, fácilmente manipulables, y que con frecuencia responden a criterios de poder más que de servicio al bien común³¹.

3.3. La unidad sustancial de la persona humana

Otra cuestión importante, relativa al concepto de persona humana, a la que hay que hacer referencia porque es repetidamente mencionada en el li-

»Acabar 'tachado' de iusnaturalista puede no estar muy bien visto, lo cual —siendo riesgo inevitable cuando se da más importancia a la ética que a la estética— no deja de ser ocasión impagable de practicar el disenso frente a los tópicos al uso. De mayor cuantía es la dificultad de explicitar, de una vez por todas un fundamento tan neto como para sacarnos de dudas sobre el 'contenido esencial' de tales derechos, ofreciéndonos tan acabadamente sus perfiles positivos que resulte superfluo todo ulterior 'proceso de positivación'. Bien es verdad que esto sólo resulta obligado cuando se pretende construir un sistema iusnaturalista 'more geometrico', o aislar unos derechos ilimitados excluíbles de toda negociación social. (...).

»(...) Pensamos, pues, que los derechos fundamentales cuentan con el fundamento real de que su mismo nombre presume. Se trata, sin duda, de un fundamento ético, que incluye —como exigencia de la dignidad humana— el reconocimiento de un pluralismo cognoscitivo. Por otra parte, precisan —como consecuencia de la historicidad humana— todo un 'proceso de positivación' que vaya decantando las dimensiones existenciales de su contenido esencial, y contribuya a la vez a posibilitarles en la práctica una mayor garantía y efectividad. En efecto, 'el reconocimiento de tales o cuales derechos a través de un ordenamiento jurídico', o —quizá mejor— cualquier fase operativa de su proceso de positivación, está muy lejos de zanjar la pregunta relativa a su fundamento'. Al fin y al cabo, cada momento de ese proceso de positivación, ficticiamente ultimado por la 'cosa juzgada', es un intento —tan fundado como problemático— de darle respuesta. El consenso, pues, no sirve como fundamento de los derechos humanos, pero sí se nos convierte en una exigencia básica que debe presidir su proceso de positivación. El consenso no sólo legitima este proceso, sino que hace también legítimo —e incluso éticamente exigible— el disenso capaz de evitar su instrumentalización mecánica.

»La dificultad de encontrar una fundamentación positiva de los derechos humanos, no siendo escasa, tampoco parece mayor que la de encontrarles una auténtica fundamentación negativa o disensual. Si no sometemos al contraste consensual la problematicidad que deriva del pluralismo cognoscitivo, precisaríamos —para abordar una fundamentación 'desde' el disenso— un fundamento tan sólido que casi llevaría a rechazar por errónea cualquier variante pluralista. Si no disponemos de él, sólo parece quedarnos un arriesgado recurso: asumir la convicción de que las intuiciones éticas de cada cual producirán, sin necesidad de mecanismo consensual alguno, una fructífera con-vivencia. Esto parece difícil si no se parte de la fe ciega en una armonía pre-establecida, que —paradójicamente— supondría la negación radical de todo disenso" (OLLERO TASSARA, A., *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, 1989, pp. 207-209).

³¹ Para esta cuestión resulta bastante clarificador: HERVADA, J., *Derecho natural, democracia y cultura*, en "Persona y derecho", 6(1979), pp. 193-211.

bro, y, a mi juicio, malinterpretada, es la de su unidad sustancial. Es más, es principalmente por esta cuestión, por la que pienso que está equivocado de raíz el discurso sobre la juridicidad del cuerpo humano que hace el autor en la monografía. Ciertamente, si no se entiende bien la unidad sustancial del ser humano —de la persona humana— deja de tener sentido, en buena medida, plantearse el acierto o desacierto de lo que el autor plantea como el axioma de la doctrina jurídica francesa³² sobre el cuerpo humano para finalmente negarlo: que el cuerpo es la persona. Es decir, que, dependiendo de lo que se entienda por persona y, en concreto, por su unidad sustancial, tendrá sentido afirmar que el cuerpo es persona en lugar de cosa o cosa en lugar de persona. Sin resolver esta cuestión previa de la unidad sustancial de la persona humana, también resta sin sentido, por ejemplo, plantearse, como se hace en el libro, el carácter personal o real de partes del cuerpo humano separadas de él, o de prótesis que artificialmente le quedan unidas, o plantearse la cuestión —y resolverla de modo afirmativo— de si la naturaleza de un cadáver es la misma que la naturaleza de un cuerpo de un ser humano vivo; e incluso el mismo planteamiento de búsqueda del entendimiento de lo que es el cuerpo humano comenzando por el estudio del cadáver.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que quizá sea poco riguroso —y retornamos a la cuestión metodológica— plantearse una conclusión en el nivel del conocimiento jurídico fundamental —la de la naturaleza del cuerpo humano— a partir de unos datos aportados por el antiguo derecho romano, aunque estén en la base del derecho civil continental, o por el actual derecho civil francés, de los que, además, caben distintas interpretaciones.

Igualmente, el autor parece tener poco en cuenta el alcance de las ciencias particulares cuando afirma que no vale la pena intentar saber qué es un cadáver, y esto por su propia ambivalencia³³. Y parece tenerlo poco en cuenta porque, para saber en su globalidad lo que es la persona —en su unidad sustancial, porque si no, no es la persona—, y por tanto, qué es el cadáver con respecto a la persona, no basta contemplarla según la perspectiva formal de una ciencia parcial, que toma únicamente una dimensión de la realidad que se estudia. Por el contrario, solamente a través de ciencias globales como la metafísica, que estudia la realidad desde la perspectiva del ser —también se podría hablar, con sus particularidades, de la teología³⁴—, es posible acceder al conocimiento de

³² Cfr. BAUD, J.-P., *Il caso...* cit., p. 17.

³³ Cfr. *Ibidem*, p. 47.

³⁴ Véase, respecto a la relación de la teología con el derecho, entre otros, MARTÍNEZ DORAL, J. M., *La estructura...* cit., pp. 135-150.

la realidad en cuanto es³⁵. Ahora bien, el hecho de que el resto de las ciencias nos lleven a conocimientos parciales de la realidad no significa que éstos no puedan ser válidos y verdaderos, ni, por lo tanto, que hayan de abocar al estudio a un relativismo o a un escepticismo intelectual. Y esto porque del hecho de que el conocimiento de una determinada realidad sea imperfecto no ha de concluirse que no sea suficiente para alcanzar su propio objeto, sino que ha de concluirse que es imperfecto tal conocimiento en el sentido de que este objeto se obtiene por abstracción de una realidad que es más rica; es precisamente esta imperfección —si se la quiere llamar así— la que facilita un fundamento de hecho a la posibilidad del escepticismo intelectual, pero no llega a justificarlo satisfactoriamente porque no toma en consideración, precisamente, el carácter relativo de esta imperfección³⁶.

La afirmación —repetidamente sustentada por el autor y que, en la lógica de su discurso, le llevaría a sostener la teoría de la apropiación del propio cuerpo por parte del sujeto de derecho— de que el cuerpo humano es una cosa, contrariamente a la tesis de la doctrina francesa según la cual el cuerpo humano es persona, se apoya en buena medida en la aseveración de la doctrina platónica de que el cuerpo humano es la cárcel del alma. Además, en varias ocasiones, el autor no duda en mostrar esta doctrina como la propia del cristianismo. Me voy a permitir transcribir unos párrafos del libro que, aunque tienen cierta extensión, pienso que son especialmente significativos respecto a estas ideas de fondo en las que se sustenta la tesis que propone el autor:

“Meglio ancora, il corpo è necessario all’anima. (...) L’anima è l’altro corpo perchè non sarebbe una cosa. In rapporto all’anima, il corpo è ne-

³⁵ Con MARTÍNEZ DORAL se puede afirmar atinadamente que el entendimiento de la autonomía de las ciencias como separación y, concretamente, el que los científicos se hayan dejado llevar por un ‘temor a la contaminación metafísica’ ha tenido cierto provecho para las ciencias, pero no ha conseguido compensar la soledad y pérdida de sentido que les ha supuesto, de manera que al librarse del peligro de esa ‘contaminación metafísica’ han quedado también incontaminadas de realidad. Cfr. *Ibidem*, p. 118.

Ciertamente, como afirma JUAN PABLO II, “es necesaria una filosofía de alcance auténticamente metafísico, capaz de trascender los datos empíricos para llegar, en su búsqueda de la verdad, a algo absoluto, último y fundamental. (...) Sólo deseo afirmar que la realidad y la verdad trascienden lo fáctico y lo empírico, y reivindicar la capacidad que el hombre tiene de conocer esta dimensión trascendente y metafísica de manera verdadera y cierta, aunque imperfecta y analógica. En este sentido, la metafísica no se ha de considerar como alternativa a la antropología, ya que la metafísica permite precisamente dar un fundamento al concepto de dignidad de la persona por su condición espiritual. La persona, en particular, es el ámbito privilegiado para el encuentro con el ser y, por tanto, con la reflexión metafísica” (Encíclica *Fides et Ratio*, nº 83).

³⁶ Véase, al respecto y referido a la filosofía jurídica, MARTÍNEZ DORAL, J. M., *La estructura...* cit., p. 52.

cessariamente una cosa; deve dunque essere assolutamente una cosa. Dico che è necessariamente una cosa perchè la divinità dell'anima si definisce a contrario attraverso la realtà del corpo. Dico anche che il corpo deve essere assolutamente una cosa per significare che niente esprime meglio l'anima che spingere il contrasto al suo massimo. Il vero contrario dell'anima non è il corpo vivente, è il cadavere o, meglio ancora, questa cosa corporea assoluta che è lo scheletro.

»Pierre Legendre ha riprodotto la formidabile illustrazione pubblicata nel 1624 dall'editore del gesuita Hermann Hugo. Mostra un corpo rinchiuso in uno scheletro con una legenda tratta dalla Lettera ai Romani (7, 24) di San Paolo la cui importanza è già stata segnalata: 'Come sono infelici! Chi mi libererà dal corpo di questa morte?' (...). Il pensiero cristiano raggiunge così la filosofia greca nel luogo comune del corpo prigioniero dell'anima. Ma una prigionia è anche una casa, vale a dire, nella prospettiva etnologica di Mircea Eliade, la delimitazione più ristretta dello spazio sacro che circonda l'uomo. La credenza, molto diffusa in Europa e in Asia, secondo la quale l'anima del morto lascia la casa del defunto passando per il camino, mostra che 'si abita' il corpo come si abita una casa. Essa esprime anche che il corpo e la casa partecipano della stessa realtà.

»Incontriamo qui, di nuovo, questa ambivalenza del corpo di cui il cadavere costituiva una dimostrazione eloquente. Il corpo è una prigionia per l'anima, ma il fatto che l'anima vi risieda, o vi abbia risieduto, rende sacra la prigionia e la trasforma in santuario. Nell'uomo vivente, si passa attraverso il corpo per arrivare all'anima: è per questo che il posto del corpo nella liturgia sacramentale è immensa, (...)»³⁷.

A esto hay que observar, en primer lugar, que, si bien es innegable la influencia de la filosofía y cultura helenística en diversas manifestaciones y formulaciones del cristianismo, la doctrina sobre el cuerpo humano que hospeda el alma —a modo de cárcel o de casa— sólo ha sido sustentada por interpretaciones desviadas o heterodoxas del cristianismo; pero me parece que, en ningún caso, se le puede considerar una doctrina cristiana, pues dista mucho de la doctrina sobre la unidad sustancial del ser humano, que es la propiamente cristiana —y en la que cobran sentido las enseñanzas de la Iglesia sobre los aspectos morales en los que incide de manera particular el cuerpo³⁸—.

En ese sentido, me parecen mal enfocadas las interpretaciones que en el libro se ofrecen sobre determinados pasajes de las sagradas escrituras e, incluso de la liturgia cristiana: por ejemplo, cuando se afirma que nada indica

³⁷ BAUD, J.-P., *Il caso...* cit., pp. 114-115.

³⁸ Se desvía de raíz la consideración que se haga sobre la enseñanza de la Iglesia católica, por ejemplo, con relación a la sexualidad y al matrimonio si no se tiene en cuenta la unidad sustancial del ser humano.

en el ritual cristiano que la muerte cambia la naturaleza del cuerpo y que tal dato viene confirmado por las palabras que se repiten el miércoles de ceniza —polvo eres y en polvo te convertirás— y por las palabras de San Pablo cuando se lamenta por su cuerpo de muerte³⁹. Habría que tener en cuenta, por el contrario, la doctrina cristiana sobre la resurrección de los cuerpos, la llamada —gráfica, si se quiere, pero no literal— a la penitencia y a la conversión en la liturgia del miércoles de ceniza, y el sentido concreto de la lamentación de San Pablo sobre su cuerpo aquejado, como su alma, por las heridas del pecado original —de ahí el cuerpo de muerte—, para cuyo vencimiento y sanación le basta a San Pablo la gracia de Dios —se descubre esto si se continúa la cita neotestamentaria—, en lugar de tomarlo en un sentido literal e interpretarlo con parámetros muy distintos a los suyos, que son los propios de la teología moral católica.

En los párrafos transcritos más arriba se advierte, implícito, un doble error: por una parte, se afirma la divinidad del alma y, por otra, se afirma que el alma se opone a la materia, de manera que su verdadero significado queda claro en su contraste, no tanto con el cuerpo, como con el cadáver y, en concreto, con el esqueleto. Queda así descubierta, pues, una visión del mundo de corte panteísta —en la afirmación de la divinidad del alma— y de corte maniqueo —en el contraste entre el alma y lo que sería su contrario, el cadáver, a modo de lo que serían los dos principios, uno sublime y divino y otro repugnante—; la visión maniquea, de afirmación de dos principios, el bien y el mal, queda también reflejada en la noción que sobre lo sagrado se recoge en el libro⁴⁰. Habría que afirmar, al respecto, que estos postulados son radicalmente incompatibles con el cristianismo —catolicismo—, aunque hayan hecho aparición, en distintos momentos, como desviaciones del pensamiento cristiano⁴¹. En concreto, para

³⁹ Cfr. BAUD, J.-P., *Il caso...* cit., pp. 48-49.

⁴⁰ Frente a ella, para una noción acertada de lo sagrado, véase, entre otros, ILLANES, J. L., *Laicado y sacerdocio*, Pamplona, 2001, especialmente pp. 25-55, junto con la bibliografía ahí citada.

Señala este autor concretamente que “lo sagrado no es ni Dios, ni el hombre en cuanto relacionado con Él, y ni siquiera esa relación, sino realidades exteriores al hombre y a Dios que, de una forma u otra, resultan incorporadas al proceso de relación entre ambos, es decir, cosas y ritos —o también personas— que de una manera cualificada intervienen en esa relación o la acompañan, y que son por eso miradas con una especial reverencia y veneración” (*Ibidem*, p. 26). Poco más adelante, refiriéndose a las deformaciones del concepto de sagrado, afirma la obviedad de que “como ocurre en todas las realidades humanas, marcadas por la falibilidad, también lo sagrado está expuesto a deformaciones. Estando vinculado a la comunicación entre el hombre y Dios, su vivencia resulta afectada por la comprensión que el hombre, en cada momento histórico, haya alcanzado sea acerca de la realidad divina sea acerca de su propia espiritualidad y destino, así como por la actitud que la voluntad y el sentimiento adopten ante lo que la inteligencia da a conocer. Ahí reside, pues, la fuente fundamental de sus posibles deformaciones” (*Ibidem*, p. 28).

⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 36.

el cristianismo, el alma humana no tiene carácter divino, sino espiritual; y no es divina el alma, además, por su naturaleza creada, debiendo afirmarse la neta distinción entre el Creador y las realidades creadas, materiales o espirituales, así como la intrínseca bondad de todo lo creado. Es cierto que quedaría entonces por analizar qué es, para el pensamiento cristiano, el mal y su incidencia en la creación toda, pero baste decir aquí que, para ello, es necesario adentrarse en la noción tomista del mal como ausencia de bien y en la teología católica sobre el pecado y la redención.

Se afirma al final del texto transcrito que el fundamento de la importancia del cuerpo en la liturgia cristiana está en que, en el hombre viviente, se pasa a través del cuerpo para llegar al alma. Sin embargo es preciso decir que esta tesis no es propia de la doctrina de la Iglesia católica: el fundamento de la importancia del cuerpo en la liturgia cristiana está en que, en ella, el cristiano, en su unidad sustancial de cuerpo y alma, se une a la plegaria que la Iglesia, unida a su Cabeza —Cristo—, dirige a Dios; no es sólo el alma del cristiano la que se une a la plegaria de la Iglesia, sea unida o separada respecto del cuerpo. De hecho, en la creencia cristiana de la resurrección de los cuerpos, está implícito que lo que se espera no es la resurrección del alma, sino del cuerpo, que es necesaria porque, mientras el alma, después de la muerte, está sin el cuerpo, la persona humana está incompleta⁴².

En otro momento, se afirma que lo que interesa propiamente al canonista es el alma, y que, como derivación, le preocupa el cuerpo, siendo precisamente el cuerpo un objeto de derechos de los que el canonista regula su ejercicio⁴³. En este punto, me parece que se vuelve a no tomar en la debida consideración

Es ciertamente interesante al hacer estas observaciones tener en cuenta la postura intelectual descrita por MARTÍNEZ DORAL como propia de la moderna teología protestante (Cita a teólogos como W. ELERT; H. THIELICKE; E. WOLF; J. ELLUL y K. BARTH). Concretamente, señala que “el punto de partida de estas opiniones teológicas, es la diferencia entre el Mundo y la Realidad divina; esta diferencia es cualitativa e infinita, hasta el punto de que toda comunicación es imposible. Entre el mundo y ‘lo absolutamente otro’ (*das Ganz Anders*) no se puede tender ningún puente y todo lo que queda ‘de este lado’ es el dominio de la muerte, el reino de la incertidumbre absoluta, encerrado en un paréntesis con signos negativos. Tan sólo queda abierto, en el seno de la más radical contradicción el camino de la fe. La fe es justamente eso: la osada confianza de salvar un abismo que por naturaleza es insalvable” (MARTÍNEZ DORAL, J. M., *La estructura...* cit., pp. 46-47).

⁴² El Catecismo de la Iglesia católica explica el significado de la resurrección de la carne en su número 990, que dice textualmente: “*Verbum ‘caro’ hominem denotat in eius condicione debilitatis et mortalitatis. ‘Carnis resurrectio’ significat post mortem non solum vitam animae haberi immortalis, sed etiam nostra ‘mortalia corpora’ (Rom 8,11) vitam esse iterum assumptura*”. (El Catecismo de la Iglesia Católica fue publicado por Juan Pablo II el 11 de octubre de 1992, mediante la Constitución Apostólica *Fidei Depositum*; y su edición típica latina fue aprobada y promulgada por dicho Pontífice el 15 de agosto de 1997, mediante la Carta Apostólica *Laetamur Magnopere*).

⁴³ Cfr. BAUD, J.-P., *Il caso...* cit., p. 114.

que lo que interesa al canonista es la persona humana, en su unidad sustancial, no únicamente su alma. Por otra parte, está implícito aquí el error de confundir primero, y luego identificar como el todo, un elemento sustancial con el ser mismo en su existencia real; ocurre cuando se identifica a la persona con su voluntad, su razón, su alma, etc⁴⁴. Pienso que este mismo error puede estar presente en lo que el autor, a lo largo de la monografía, sostiene sobre que el derecho continental, a partir del derecho romano, ha ido sufriendo un proceso de desencarnación, que le ha llevado a relegar al cuerpo al olvido —aunque el derecho canónico sería en esto una excepción⁴⁵—. Parece que está implícito el error señalado, aunque en cierta medida el autor pueda tener razón, es decir, que por algunas corrientes jurídicas se hubiera caído en el error de confundir e identificar una parte sustancial por el todo existencial y, de resultas, al interpretar el derecho se le hubiera dado al cuerpo un estatuto inadecuado o se hubiese relegado al olvido.

¿Qué es, entonces, lo que se debe entender como unidad sustancial de la persona humana, al menos para el pensamiento cristiano? Baste aportar unas breves notas al respecto: tanto el alma como el cuerpo son, en la persona humana, coprincipios sustanciales, por lo que hay que negar que la unión entre alma y cuerpo en el hombre sea una unión accidental, de manera que ni el cuerpo sin alma es hombre, ni el alma sin cuerpo lo es. El cuerpo no es cárcel o casa del alma⁴⁶, pues ambos son principios distintos de cuya unión resulta un ser sustancial: la persona humana. El alma es la forma del cuerpo, que es, como materialidad, la potencia del alma, pero, en cuanto existentes los seres humanos, tanto el alma como el cuerpo —el espíritu-forma y la materia-potencia— son, como se ha señalado, coprincipios sustanciales⁴⁷. Ciertamente,

⁴⁴ En otro ámbito, pero que considero aplicable a lo que se está tratando en este momento, señala DE CASTRO que “admitido que el Derecho no es quien ‘crea’ —que no es su cometido y no tiene posibilidad para ello— a la persona, surge la pregunta de ‘qué’ sea la persona. Al tratar esta cuestión, los juristas han incurrido en un viejo vicio de los filósofos: el de confundir, y luego identificar, un elemento sustancial (característico, típico o de especial significado) con el todo esencial (el ser mismo de la realidad). Sólo así se ha podido decir que la persona es la voluntad, el interés o el espíritu. Persona es el hombre como todo, compuesto de alma y cuerpo, y no uno de ambos o alguno de sus elementos. (...)” (DE CASTRO, F. *Derecho civil...* cit., pp. 28-29).

⁴⁵ Cfr. BAUD, J.-P., *Il caso...* cit., p. 113.

⁴⁶ Ciertamente, hay una cierta tradición cristiana que acogió, a través de PLATÓN —aunque proveniente de PITÁGORAS—, la visión del hombre en la que el cuerpo sería la tumba del alma, que estaría como prisionera del cuerpo y ansiando romper la unión de ambos y dejar la tierra corruptible. Cfr. YEPES STORK, R. y ARANGUREN ECHEVARRÍA, J., *Fundamentos de antropología*, Pamplona, 2001, pp. 27-28.

⁴⁷ “Respondiendo a esta vocación unitaria y estructural del pensamiento contemporáneo, el tomismo ha visto que el verdadero sentido del cuerpo tiene que ser comprendido a la luz de las nociones de materia y forma; estas nociones figuran en la realidad humana no como seres o cosas objetivas,

tanto el alma como el cuerpo pueden ser objeto separado de estudio por parte de distintas ciencias parciales, y para eso se considerarían conforme a objetos formales concretos; pero el hecho de que se abstraiga el cuerpo del ser humano para su mejor conocimiento desde una determinada perspectiva no empece su carácter de coprincipio sustancial en la persona⁴⁸. Además, el hecho de que el cuerpo sea la potencia del alma, da una clave fundamental de interpretación para entender qué sea el cadáver, es decir, esa materia cuando deja de estar informada por la forma —el alma humana—⁴⁹.

sino como coprincipios inobjetivos que excluyen de su sentido el análisis. Tampoco hay que confundir la materia del cuerpo humano con el cuerpo mismo. El cuerpo propio, a diferencia de la materia del cuerpo, subraya el carácter peculiar de la constitución mundana del hombre. La noción de cuerpo propio (Scheler) pretende superar la discusión poscartesiana y neoplatónica, porque el cuerpo propio afecta a la totalidad del hombre como ser sexuado y social (Merleau-Ponty). Lo que Descartes en verdad estudia es la materia del cuerpo, su constitución analítica. Pero el cuerpo propio es la situación originaria del hombre uno y total: es la corporalización del espíritu humano. Toda la realidad de ser del cuerpo es realidad propia del alma, la cual, en su autorrealización sustancial, se actualiza necesariamente en el medio real-potencial de la materia, y se expresa en ésta de modo sustancial. Bien mirado, el cuerpo propio no es la materia, sino la materia informada por el alma y, así, expresión del alma" (CRUZ CRUZ, J., *Cuerpo humano*, en *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid, 1991, tomo VI, p. 847).

⁴⁸ Resultan interesantes al respecto las siguientes palabras de GARCÍA GONZÁLEZ: "El cuerpo puede ser objeto de nuestro conocimiento, y objeto de él en sus distintos niveles. Cabe una percepción sensible y consciente del cuerpo como cuando lo miramos, directamente o en un espejo, o cuando lo tocamos. Cabe también una teoría del cuerpo humano como las que elaboran la biología, la anatomía o la medicina. Y cabe también una estética del cuerpo, una filosofía o teología del cuerpo, etc. Pero en todos estos casos el cuerpo humano se objetiva, se toma como objeto de nuestra consideración cognoscitiva; y objetivar el cuerpo significa en cierto modo prescindir del propio cuerpo; porque el cuerpo objetivado lo es para cualquier observador, y en tanto que objetivado mi cuerpo podría ser intercambiado por el de cualquier otro" (GARCÍA GONZÁLEZ, J. A., *Teoría del...* cit., pp. 32-33).

⁴⁹ El cuerpo humano lo es en cuanto tiene vida.

Es ilustrativo, al respecto, el siguiente párrafo: "(...) sólo existen cuerpos animados, sólo hay un cuerpo si está ya formalizado por el alma. Esto es un asunto difícil, porque es más conceptual que imaginativo. Intentaremos exponerlo con un ejemplo. Recuérdese el problema de la unidad de las piedras: no existe una piedra, o una tiza. Si las parto siguen siendo piedra o tiza. Sin embargo, sí existe un perro, mas sólo en cuanto que está vivo, en cuanto que tiene alma, está animado. El cadáver de un perro no es un cuerpo de perro, porque ya no hay perro. El cadáver de un perro fue el cuerpo de un perro, mas ahora es un agregado de substancias en descomposición. Ahí sólo hablamos de cuerpo porque se parece al cuerpo de un perro. Basta dejar pasar una semana para convencerse que esa masa de piel, huesos y podredumbre no es en absoluto un cuerpo, sino un montón de despojos. En el hombre ocurre lo mismo: sólo existe cuerpo humano en cuanto que está animado por el alma humana. El cuerpo del hombre, hemos señalado, es incomprendible sin la realidad de la inteligencia. El cuerpo del hombre (aunque la expresión resulte equívoca) es un cuerpo espiritualizado, del mismo modo que el espíritu humano es en el cuerpo. Para entender esto tenemos que hablar algo acerca de qué es el alma. (...)" (YEPES STORK, R. y ARANGUREN ECHEVARRÍA, J., *Fundamentos de...* cit., pp. 28-29).

Es oportuno aquí señalar que en la crítica que el autor hace al pensamiento de Villey⁵⁰ hay un error que radica, precisamente, en este punto de la unidad sustancial del ser humano: concretamente, en la crítica, se interpreta que si se acepta, con Villey, un orden natural de las cosas —que es precisamente lo que el autor niega— habría que aceptar la idea del hombre, únicamente, como cuerpo que hospeda un alma⁵¹. Al respecto me parece que ha quedado suficientemente claro que se puede aceptar un orden natural de las cosas sin hacer propia la noción de hombre como cuerpo que hospeda un alma.

4. A modo de conclusión

Otras cuestiones, sobre las que ya no me voy a alargar, pero que resulta conveniente apuntar con brevedad, son las relativas al modo de presentar algunas partes de la doctrina cristiana o la posición del cristianismo —entiéndase, preferentemente, el catolicismo— sobre determinados temas. Me refiero, por ejemplo, la posición de la Iglesia respecto al aborto⁵², la sexualidad⁵³, la guerra⁵⁴, la esclavitud⁵⁵, etc, que me parece que son tratadas con ligereza y de modo sesgado, incurriendo en lugares comunes, superados ya ampliamente.

Sí me voy a detener brevemente —por lo curiosa que resulta— en la interpretación que se hace en el libro de la doctrina católica sobre las reliquias de los santos. Me parece que una cosa es la existencia de abusos y de malas interpretaciones en la veneración a las reliquias por parte fieles cristianos con una deficiente formación religiosa, y otra el pretender interpretarlas como un paso intermedio, por ejemplo, entre el canibalismo primitivo y las actuales transfusiones de sangre, o en la pretensión de fundamentarlo en la supuesta creencia cristiana de que los seres humanos forman una sola masa corpórea⁵⁶.

⁵⁰ Cfr. BAUD, J.-P., *Il caso...* cit., pp. 67-69.

No entro, por exceder a las pretensiones de un trabajo como éste, en la crítica global que se le hace a M. VILLEY, fundamentalmente referida al concepto de derecho subjetivo.

⁵¹ Dice concretamente el autor: "*Il maggior difetto della teoria de Michel Villey è di assimilare la nozione di persona a quella di individuo e di non vedere che si tratta di una costruzione astratta in margine a un ordine naturale delle cose che vorrebbe, tra l'altro, che l'individuo si percepisca solo come un corpo che ospita l'anima. Invece l'operazione intellettuale che permise di concepire la persona fu realmente un'opera d'astrazione, da intendersi nel senso etimologico di ciò che è tirato fuori dalla realtà sensibile, vale a dire l'uomo identificato dal suo corpo*" (*Ibidem*, p. 68).

⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 118.

⁵³ Cfr. *Ibidem*, pp. 124-125.

⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 118-119.

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 240.

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 39.

Puede clarificar el tema de las reliquias recordar las condiciones bajo las cuales es lícito en la Iglesia católica su culto: 1. Asegurar su autenticidad hasta donde sea razonable y posible, retirando las dudosas. 2. Ceñirse al culto de dulcía relativo: no a los restos sino al personaje al que se venera.

Al respecto me parece que no se puede interpretar, con un intento de seriedad, la teología católica sobre el Cuerpo Místico de Cristo y sobre la comunión de los santos, desde una visión intrascendente del hombre, porque se llegan a afirmar cosas que poco tienen que ver con las creencias de los católicos.

Otra cuestión parecida sería, por ejemplo, la de presentar un supuesto fundamento común entre la doctrina de las indulgencias y las transfusiones de sangre⁵⁷; también llama poderosamente la atención la afirmación —previa interpretación de las palabras del Génesis— de que el homicidio no era originariamente considerado un acto moralmente reprehensible⁵⁸; la presentación que se hace del concepto canónico de matrimonio⁵⁹, etc.

Para finalizar me parece que habría que tener en cuenta que la consideración que el derecho haya de tener en un tema como el cuerpo humano, debe partir de una sólido conocimiento de su función respecto a las realidades metapositivas —como ya se ha dicho suficientemente— y en relación con el bien común. Por otra parte, un derecho que pretenda medir la realidad conforme a criterios de justicia⁶⁰ debe ser lo suficientemente flexible para saber ser un buen instrumento ante nuevas situaciones y circunstancias humanas, me refiero a las cuestiones de biotecnología —que son las que justifican, en la monografía, el giro que, según el autor, debe darse al tema de la juridicidad del cuerpo⁶¹—, pero también a otras importantes cuestiones que abren campos inexplorados en la historia jurídica de la humanidad, como son la informática, el cariz que toma un terrorismo de masas, la ecología, etc. Y esto implica también que una clasificación, como la romana entre cosas y personas, puede ser más o menos útil, y, en la medida en que lo sea, podrá ser adoptada o no, teniendo en cuenta especialmente el contexto donde pretende ser usada y, desde luego, considerando que las circunstancias en las que los avances en biotecnología nos sitúan en la actualidad es imposible que fuesen previstos por los geniales creadores romanos de dicha clasificación. También habría que ver qué y en qué sentido se puede entender el derecho de propiedad para su posible aplicación al cuerpo humano —si es que ése fuera su estatuto jurídico más adecuado—.

3. Evitar todo sabor idolátrico o supersticioso en el que fácilmente pueden caer gentes con poca formación cristiana, sin esperar lo que sólo Dios puede otorgar. 4. Evitar en la exhibición de las reliquias cualquier lucro o apariencia de él, así como cualquier manifestación necrófila. Cfr. FERRANDO ROIG, J., *Reliquias*, en *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid, 1991, tomo XX, pp. 32-33, y bibliografía ahí citada.

⁵⁷ Cfr. BAUD, J.-P., *Il caso...* cit., pp. 160-162.

⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 122.

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 116-118.

⁶⁰ Lo cual ciertamente supone un concepto concreto de derecho.

⁶¹ Cfr. BAUD, J.-P., *Il caso...* cit., p. 19.

Me parece, por último, un tanto artificiosa la pretensión de resolver el caso de jurisprudencia-ficción con el que el autor introduce el argumento del libro dando únicamente tres posibilidades: condena del ladrón de la mano por amputación, por robo o la absolucón: quiero decir que, en el caso de que el ordenamiento jurídico —el francés, en este supuesto ficticio— no tuviese otras posibilidades para resolver con justicia un caso concreto —y puede ser que el ordenamiento francés en este supuesto concreto sí pudiese dar más de sí, pero me parece que, en cualquier caso, el dato es irrelevante—, si se tratase de materia penal habría que respetar la no aplicación retroactiva de la ley penal, pero nada impediría que se plantease para el futuro una reforma con realismo y justicia, sin que se presente como ineluctable la necesidad del rompimiento de los fundamentos del sistema jurídico. Cierto es que buscar esas vías, posibles y modestas, en la ciencia del derecho —que, sin duda, tiene tantos aspectos mejorables— es menos llamativo que postular su demolición, pero también es más propio del discurso científico.