

DISPOSICIONES SOBRE LA DISPOSICIÓN
DEL CUERPO EN INTERPRETACIÓN
DE LA JURISPRUDENCIA ROMANA
Y SUS ALCANCES EN EL CONCEPTO
DE LA OBLIGACIÓN

JUAN CORTIÑAS BARAJAS
Escuela Libre de Derecho

RESUMEN: La disponibilidad sobre los órganos del cuerpo humano es un tema de importante debate en la actualidad. Dentro de los diversos puntos de vista, la perspectiva romanista presenta sorprendentemente particulares y relevantes similitudes. Aunque pareciera extraño, la cosmogonía jurídica romana, con instituciones como la esclavitud permiten contrastar y resaltar ciertos postulados al respecto. Pareciera extraño que pudiendo disponerse de una persona en estado de esclavitud, no pudiera disponerse de sus miembros. Pudiera esto extrapolarse a la posibilidad de disposición de los órganos o miembros de cualquier persona con base en criterios de interpretación e integración. Sin embargo, las características del derecho romano, de la esclavitud, de la propiedad y de la responsabilidad contractual parecen llevarnos por derroteros totalmente distintos. En estas líneas presentamos el análisis respectivo de cierto texto del Digesto y su interpretación en esas líneas conclusivas.

RIASSUNTO: La disponibilità degli organi del corpo umano é tema di un importante dibattito attuale. All'interno dei diversi punti di vista, la prospettiva romanistica presenta sorprendentemente particolari e rilevanti similitudini. Benché sembri strano, la cosmogonia giuridica romana, con istituzioni

come la schiavitù, permette di contrastare e porre in risalto certi postulati al riguardo. Sembrerebbe strano che, potendo disporsi di una persona in stato di schiavitù, non si potesse disporre delle sue membra, ciò potrebbe estrapolarsi dalla possibilità di disposizione degli organi o delle membra di qualunque persona in base a criteri di interpretazione e integrazione. Tuttavia, le caratteristiche del diritto romano, della schiavitù, della proprietà e della responsabilità contrattuale sembrano portarci lungo sentieri totalmente distinti. In queste righe presentiamo l'analisi relativa ad un certo testo del Digesto e la sua interpretazione nelle righe conclusive.

ABSTRACT: Now days, there is a lot of debate regarding the availability of the organs of the human body. Within the various points of view, the Romanist perspective presents strikingly particular and relevant similarities. Although it seems strange, the Roman legal cosmogony, with institutions such as slavery, allow us to contrast and highlight certain postulates in this subject. It seems strange that being able to dispose of a person in a state of slavery, its members and organs could not be disposed of. This could be decontextualize to the possibility of disposition of the organs or members of any person based on criteria of interpretation and integration. However, the characteristics of Roman law, slavery, property and contractual responsibility seem to lead us in totally different directions. In these lines we present the respective analysis of a certain text of the Digest and its interpretation in those conclusive lines.

PALABRAS CLAVE: Propiedad, esclavitud, contrato, autonomía de la voluntad.

PAROLE CHIAVE: Proprietà, schiavitù, contratto, autonomia della volontà.

KEY WORDS: Property, slavery, contract, autonomy of the will.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis del texto de Ulpiano (18 *ad ed.*) in D. 9.2.13 por el que se concede una acción útil con base en la Ley

Aquila (*Liber homo suo nomine utile Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*) - " ... al hombre libre le compete en su nombre la acción útil de la ley Aquilia; pero no le corresponde la directa porque ninguno es señor de sus miembros: también la tiene el señor en nombre del siervo fugitivo ..." (el "Texto") desdobra diversas líneas interesantes de análisis e interpretación.

Es sin embargo objetivo primario de este estudio exponer y demostrar que el derecho romano no reconoce la posibilidad de disposición sobre miembros del cuerpo. Toda ponderación al respecto nos parece *prima facie* inaplicable e inaceptable. Sin embargo, para efectos expositivos construiremos en las líneas siguientes nuestra argumentación conceptual y contextual al respecto, con el propósito de redondear con ello ciertos postulados fundamentales del derecho romano clásico.

Partiendo (i) de la premisa de la propiedad sobre el esclavo desdoblaremos (ii) el análisis sobre la carencia de propiedad de sus miembros para concluir que sobre los miembros del cuerpo humano —tanto del hombre libre como del esclavo— no es aceptable, (ni jurídicamente posible, ni válida), la disposición transaccional voluntaria respecto de éstos.

Nuestro análisis busca en última instancia concluir sobre (i) las diversas perspectivas respecto de **la naturaleza jurídica del cuerpo humano y de la persona**. El análisis no puede sin embargo soslayar el análisis, para dichos efectos, de ciertas perspectivas respecto (ii) de **la naturaleza jurídica del esclavo**, amén toda consideración respecto del poder de disposición que sobre él pesa, considerando al respecto (iii) la naturaleza de la propiedad y (iv) ciertos postulados básicos en materia transaccional sobre la autonomía de la voluntad y la exigibilidad de las obligaciones en Roma.

El contenido del Texto y sus derivaciones requieren ciertamente el análisis de **la naturaleza de la obligación y su carácter exigible *ex naturam* y *ab origine***, así como el análisis de ciertas particularidades del **derecho de propiedad expresado en las formas de transmisión reconocidas**. Por último y sin ánimo de agotarlas todas, la referencia ulpiana del Texto requiere y permite considerar como una derivación natural de análisis **el ámbito de actuación de la autonomía de la libertad**, tan defendido en ciertas etapas histórico-culturales de occidente y tal vilipendiado en otras.

Podemos considerar que todas las variables anteriores están relacionadas *ab origine* y que este fragmento de Ulpiano permite referirlas a todas y llegar a conclusiones interesantes al respecto. Consideramos indispensable correlacionar las conclusiones en cualquiera de las líneas, según el siguiente orden expositivo.

II. LA PROPIEDAD

Para efectos de orden consideraremos en este análisis que el punto de partida radica en la naturaleza de la propiedad. El Texto no es ciertamente susceptible de un análisis serio en el contexto romano, si no partimos, *prima facie* de un análisis de la propiedad en Roma.

Hablar de conceptos en Roma, implica una mezcla de perspectivas que es necesario aclarar. Ciertamente, en el Derecho Romano —*específicamente en la época clásica alta*— puede difícilmente acreditarse la existencia de conceptos, en la acepción moderna de éstos. La capacidad de abstracción de la sociedad romana es ciertamente limitada en esta época y el estudio científico se basa esencialmente en precedentes. Los precedentes versan por antonomasia sobre casos concretos en los cuales, la abstracción conceptual es muy reducida, si es que llega a existir.

En este tenor, la perspectiva romana de las instituciones tendrá por consecuencia un sesgo esencialmente procesal y adjetivo, no así de índole substantiva. Hablar de propiedad en Roma —*así como en general en materia de derechos reales*— debe abordarse esencialmente a través de un análisis adjetivo. El tratamiento de las acciones reales que corresponderían a los titulares de los mismos, es el mecanismo y acceso natural y contextualmente idóneo para ello. De hecho, incluso hablar de derechos reales *vis a vis* personales resulta de una elipsis en la interpretación secular originada en la edad media. En Roma, la distinción se basará en las acciones reales *versus* las personales, trayendo esto como consecuencia las múltiples confusiones no resueltas en la doctrina moderna respecto de la diferencia entre ambas especies, cuando la realidad de la diferencia estriba en la materia adjetiva y no así en la substantiva. En razón de lo anterior, es que podríamos reducir el análisis de un derecho de propiedad al análisis de las particularidades que las acciones reales confieren al propietario en su caso. El derecho del propietario según detallan los manuales modernos de derecho romano se da como aquella facultad para utilizar disfrutar y disponer de un bien.

Esta facultad se entiende, absoluta, absorbente, con confines santos, ilimitada e irrestricta. Al respecto, sin embargo cabe claramente visualizar que la misma se distingue de lo que hoy calificamos en la dogmática jurídica contemporánea de derechos reales de menor jerarquía —*derechos reales sobre bien ajeno *verbigratia usufructo, uso, habitación**— en virtud de la posibilidad de disponer —*abutendi*— del bien materia del derecho en comento. En todos los casos sin embargo, el análisis y el acercamiento deben darse de forma procesal y adjetiva y no así desde una perspectiva substantiva.

Esta facultad, se identifica en Roma con la posibilidad de reivindicar el derecho para recuperar ese bien

del cual se aduce y alega ser propietario. De ahí se desprenden las características “connaturales” al derecho real en la dogmática civil moderna, soslayándose el hecho de que las mismas corresponden a la naturaleza y visión procesal, mas que a la substantiva.

Por otro lado, resulta relevante subrayar que la acción reivindicatoria, natural para esos propósitos, no puede ser ejercitada más que por el *pater familias* —*sujeto de derecho que goza de la suma de todas las facultades reconocidas por el derecho romano para el hombre que amén de ser libre, es ciudadano y no está sujeto a potestad alguna*—. No es casualidad que esa suma de potestades que recaen en ese *pater familias*, sean las únicas que le permiten en el contexto del derecho clásico, enajenar ese bien mediante un acto traslativo, restringido al propio *pater familias*, tales como son la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Más allá de esas formas, el bien *mancipi* no puede salir de la propiedad del titular en cuestión, ni siquiera en virtud de un acto jurídico voluntario.

Lo anterior está íntimamente vinculado con una visión funcionalista que desarrolla a su vez la estructura del derecho sucesorio romano con derroteros que llegan a nuestros días, decantados sin embargo, por el paso lento, pero persistente de los siglos.

En base a lo anterior, la propiedad que hoy conceptualizaríamos, no es apreciable en la Roma Clásica Alta fuera de la posibilidad de reivindicarla mediante una acción real —*rei vindicatio*— que corresponde al propietario quirritario y que consecuentemente solo permite su transferibilidad mediante un acto jurídico voluntario y solemne —*mancipatio* o *in iure cessio*—. Estos están reservados a dicho *pater familias* y por lo mismo corresponden respectivamente en los hechos, (i) a un acto jurídico (no acorde necesariamente a la visión conceptualista contemporánea) con un testigo social por el que se reconoce la renuncia del *pater familias* —“propietario” del

bien— a seguir ejerciendo facultades reivindicatorias respecto del mismo o (ii) a la representación de un proceso reivindicatorio. Este último, ante el previo acuerdo, omite la controversia derivada del reclamo del adquirente y se allana al planteamiento de la acción en comento.

El consecuente carácter restrictivo de la transferibilidad de la propiedad, hace sentido en la Roma Clásica Alta, cuando se entiende que la misma solo es aplicable respecto de aquellos bienes que por la estructura socio-familiar y económica de la Roma Clásica Alta e incluso la Arcaica, **eran necesarios para el desempeño de la pequeña unidad económico productiva**. Esto se reduce por ende a los *rei Mancipi* (vbgr. los animales de tiro, el fundo y **los esclavos...**). Todos estos **destinados a lo mismo**: La estabilidad de la familia *comune iure*, la *autarchia* alimentaria y la base de la *gens* como estructura fundacional de las tribus que se desenvolverán ulteriormente, con el paso del tiempo, en curias, centurias y estructuras políticas de la República. Hablar de propiedad fuera del contexto anterior se antoja como una mala asociación de perspectivas modernas y contemporáneas a un escenario de no lo permite en su estructura mental que algunos calificarían de apolínea.

La determinación de esta protección procesal nos parece que puede subsumirse a una pre-conceptualización de la propiedad de naturaleza funcional, en paradójica anticipación a las ponderaciones de León Duguít, en sus “*Grandes Transformaciones del Derecho*” en los albores del siglo XX.

Así los bienes que se encontrasen fuera de la categoría *mancipi*, (i) no requerían de un acto solemne para su enajenación pero también y sobre todo más relevante en el contexto romano clásico, (ii) difícilmente serían materia del planteamiento procesal de una acción reivindicatoria. Con lo anterior, —*si bien se encontraban en el patri-*

monio—, su tutela sería más claramente conferida a una acción personal y extrapolando el concepto de forma cerrada, podríamos incluso considerar que no eran materia de propiedad.

Todo lo anterior bajo la premisa de que los conceptos abstractos no son propios a esa civilización y que nos encontramos en una visión casuística, basada en un estatuto personal —*que no territorial*— y en un acercamiento carente de abstracciones como el que la pandectística alemana y la dogmática jurídica contemporánea desarrollarán a partir del siglo XIX y en un acercamiento de naturaleza procesal tal y como se apuntó líneas arriba.

En ese contexto, podemos *prima facie* concluir que sobre los miembros del cuerpo, no versa acción reivindicatoria, pues no entrarían en la categoría de *res Mancipi*, por lo mismo, los mismos no serían susceptibles de transacción traslativa solemne. Los mismos no serían *per se*, en esa línea de pensamiento, materia de propiedad. Los bienes *nec Mancipi* serían siempre materia de una acción personal, pero ésta daría lugar no a una preconceptualización de dominio, propiedad o disposición real, sino en su caso solo a una compensación por equivalente.

Esa realidad funcional de la propiedad, parece evidenciar la semilla fundacional de la materia transaccional de naturaleza contractual respecto de todo aquello excluido *ex iure*, de la propiedad quiritaria y que sería por ende materia de transacción convencional que concluiría con una *traditio post pacto* y que sería definido y tratado procesalmente a través de acciones personales.

Para colegir de ahí, que los miembros de cuerpo pudieran ser materia de transacción —*aún no siendo traslativa de dominio*— a través de acciones personales sería necesario recorrer un largo trecho con escollos que parecen sin embargo insalvables tanto conceptualmente como desde una perspectiva práctica.

III. LA ESCLAVITUD Y LA PROPIEDAD SOBRE UN ESCLAVO

En segunda instancia, el análisis de variables básicas respecto del concepto de la esclavitud y del esclavo constituye un tópico fundamental en el análisis del Texto.

Considerando las mismas variables pre conceptuales referidas en la sección anterior, la esclavitud tanto como la personalidad son instituciones respecto de la cual solo es comprensible un acercamiento casuístico y pre conceptual.

La esclavitud como la personalidad, pueden solamente entenderse solamente como listados de sumas de facultades y restricciones particulares respecto de un ser humano. No existe al efecto **un concepto abstracto** propio de la perspectiva moderna del derecho y producto de una pléyade de influencias dogmáticas, sociales y filosóficas de origen y naturaleza moderna.

Toda conclusión contraria, basada en una perspectiva conceptual abordada para el esclavo y la esclavitud, se segregaría de forma importante del tratamiento que se daba a ambos, en la Roma Clásica Alta. Si partimos de la ausencia de un concepto de persona, jurídicamente hablando, así como de las categorías abstractas, personalidad jurídica, capacidad de goce y capacidad de ejercicio, es imposible hablar de persona, como se habla en la dogmática jurídica actual.

Lo mismo sucede *verbigratia*, respecto de la esclavitud y del esclavo. Contextualmente, debe de entenderse por esclavo al ser humano destinado a servir a otro. Este entendimiento, solo es apreciable a través de facultades expresas que son puestas fuera de su alcance para situaciones concretas, así como respecto de facultades concretas que lo ponen al alcance y a la disposición de otro, “como” una *res Mancipi* susceptible de reivindicación —acción real— y de disposición mediante actos ju-

rídicos solemnes —*mancipatio e in iure cessio*— que están por el otro lado vedadas tanto al esclavo como como al *alieni iuris*. No es apreciable lo anterior, a través de un concepto abstracto ya que estos por lo general, no existen en la Roma Clásica Alta de acuerdo con lo que antes se ha expuesto. La ponderación como *res Mancipi* susceptible de este tratamiento al esclavo, bajo ese contexto histórico evolutivo, nos parece que debe efectuarse de igual forma, en atención a su naturaleza funcional.

Derivado de lo anterior, resulta especial y adicionalmente interesante para el análisis del Texto, la discusión de si el esclavo es un bien —*res*— o solo debe considerarse “una persona con tratamiento de cosa”.

La cuestión anterior ha sido por demás debatida por la doctrina a lo largo de las distintas épocas del derecho romano. Ciertamente la posibilidad de disponer del esclavo en tanto *res Mancipi*, (bien susceptible de propiedad quiritaria stricto sensu), bien podría *prima facie* hacer pensar en la posibilidad de disponer de partes —*miembros*— del mismo bajo la premisa de que “todo aquel que puede lo más, puede también, en consecuencia, lo menos”.

Para ello la consideración del esclavo como una cosa —*res*— parece una petición de principio. Consideramos sin embargo, que esta conclusión extrapola la circunstancia casuística original, para tratar de inferir conclusiones conceptuales bajo parámetros modernos, cuestión que no nos parece aceptable, igualmente, según lo antes expuesto.

Ciertamente, considerando entre otros los siguientes criterios, las conclusiones parecen orientarse en una dirección contraria. Aunque parece ser predominante la consideración del esclavo como una cosa, —*cuestión que nos parece prima facie controversial y discutible*— es ciertamente evidente el tratamiento jurídico en la Roma Clásica Alta, de ciertas facultades, mismas que nos parecen,

solo son comprensibles entendiendo que se trata de una persona y no así de una cosa. Por un lado la posibilidad de entablar relaciones de pareja estable con *animus —ius contubernium*— así como la posibilidad y el reconocimiento jurídico de sostener un credo religioso y seguir el mismo con fines *prima facie* sepulcrales, no parecen asimilables en forma alguna a los bienes, sino solo a las personas, mas allá de cualquier restricción a sus demás facultades jurídicas específicas. Por otro lado, es igualmente ilustrativo traer a colación que la esclavitud, tiene una tardía inclusión en Roma —*al no ser propia de la estructura original romana arcaica donde la clientela proveía los servicios a la familia en la gens*— donde la estructura socio-económica-familiar de autoabastecimiento y reducido contacto comercial con el exterior la hacía prácticamente inexistente.

La esclavitud se desarrolla de forma importante a partir de la expansión romana, a partir del siglo II antes de Jesucristo. Entendida en todo caso como una negación de facultades otorgada al ser humano libre —*por antonomasia al ciudadano romano*— la esclavitud bajo un parámetro de estatuto personal se explica en una autoexclusión de facultades del sujeto esclavo versus el libre y del libre respecto del esclavo destinado a servirle. Ningún ciudadano romano puede ser al mismo tiempo esclavo en los linderos de Roma y el *civis romanorum* que cae en esclavitud fuera de Roma es considerado un *servum injustum*, respecto del cual la jurisprudencia desarrollará rápidamente una pléyade de instituciones para protegerle a él así como a su familia.

En las fases primitivas de la ciudad, la esclavitud se practica entiendo y utiliza muy poco. Es así como la evolución casuística redundará en la creación de “zonas limítrofes”, como las situaciones afines a la esclavitud, o el tratamiento de los ciudadanos romanos materia de “esclavitud injusta” de las que pueden derivarse concu-

siones conceptuales respecto de la naturaleza real del esclavo.

En este contexto histórico y conceptual resulta asimismo relevante añadir ciertos elementos respecto del tratamiento de los esclavos. Si bien es factible considerar que el esclavo en Roma —*está destinado a servir a otros que pueden por ende disponer de él*— el esclavo no debe ser materia de tratamientos inhumanos mismos que acarrear consecuencias para el *dominus* respectivo. Al mismo tiempo cabe traer a colación la naturaleza funcional *per se* de la propiedad referida anteriormente, más allá de la posibilidad de ésta de versar sobre un esclavo.

En ese contexto, **puede disponerse del esclavo en su integridad, al estar sujeto a la potestad de otro, al que está destinado servir en su caso** —*en virtud de esa naturaleza funcional de la propiedad, evidente en el caso del esclavo como en el caso del fundo o de los animales de tiro*—. Parece anormal y antijurídico que el dueño pudiera disponer de éste como si se tratase de un ser inanimado. No parece luego entonces en forma alguna aceptable, que el *dominus* pueda transigir respecto de sus miembros u órganos. No nos parece una opción sustentable ni social, ni cultural, ni jurídicamente, la disposición de los órganos del mismo.

Ciertamente, **la disposición y propiedad del esclavo** —*que lo clasificaría como res mancipi*— se dan en función del servicio y tienen razón de ser, para los trabajos agrícolas o comerciales, no para la transacción comercial respecto de su cuerpo que no tiene *per se* valor social, cultural, ni parece tener tampoco tutela jurídica, al carecer de la funcionalidad de sustento económica para la *domus* romana ni para la *hausgemeinschaft* de que nos habla Wiacker y Margarita Fuenteseca.

El Texto nos parece, debe ser interpretado armónicamente con todo lo anterior, al excluir explícitamente de misma forma la utilización de acciones ficticias —*actio*

aquiliae— que serían negadas sobre los miembros del esclavo. Así, cabría adicionalmente referir que si Ulpiano pondera y concluye que no es aceptable el otorgamiento de una acción ficticia para la disposición de los órganos del esclavo, por mayoría de razón, cabría concluir que no es aceptable considerar una acción civil quiritaria respecto de dichos órganos del esclavo y que igualmente, por mayoría de razón, que es aún menos aceptable el otorgamiento de acciones ni útiles ni civiles respecto de los órganos del hombre libre.

Siguiendo dicho silogismo, la conclusión respecto de la imposibilidad jurídica y la ilicitud en la pretendida disposición de los órganos de un hombre libre nos parece innegable e insoslayable.

Los derroteros de este apartado son indisociables con el concepto de propiedad respecto del esclavo mismo y por ende constituyen (a) con la propiedad sobre el esclavo, (b) con la disponibilidad del mismo y en consecuencia (c) respecto la disponibilidad de los miembros del cuerpo humano, un factor conclusivo para la interpretación del Texto de mérito.

Lo anterior parece llevar a concluir que la disposición del esclavo “*en tanto cosa*” materia de propiedad es circunstancial y solo ponderable de forma procesal en razón a su funcionalidad en una muy paradójica anticipación a la argumentación de León Duguit en los albores del siglo XX.

El texto parece especialmente enfático al respecto ya que cuando Ulpiano menciona que “*quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*” la cualidad de propietario respecto del esclavo queda segregada respecto del mismo en su integridad ya que los órganos no pueden pertenecer a nadie, en la traducción castellana “...ninguno es señor de sus miembros...” ya que en éstos parece que la naturaleza funcionalista de la propiedad queda eliminada *ex-conceptu*. Al respecto no solo no es aplicable una acción civil sino ni siquiera una acción pretoria o ficticia.

IV. LA PROPIEDAD SOBRE LOS ÓRGANOS DE UN SER LIBRE

En abundamiento a lo anterior, si las premisas de esclavitud y ciudadanía son auto-excluyentes en un régimen de estatuto personal y casuístico, la disposición a guisa de propiedad quiritaria o de materia transaccional no reivindicable (sustentable solo por medio de acciones personales —*vid sección anterior*—) de los órganos del hombre libre parece aún menos aceptable, de lo que pudieran hipotéticamente haber sido considerados los órganos de un esclavo.

Lo anterior sería aplicable, aun considerando que el esclavo pudiera ser englobado dentro de la categoría de *res*, y no como una persona con tratamiento de cosa, según expuesto líneas arriba.

Ciertamente, como anticipado líneas arriba, la conceptualización de la propiedad en Roma se da de forma refleja al ejercicio procesal de las acciones correspondientes —*actio in rem*—, de naturaleza civil o quiritaria. Sin embargo, estas acciones están restringidas a los bienes que añaden ese valor de naturaleza económica a la *hausgemeinschaft* en que se compone la familia romana *comune iure* antes referida.

Las acciones reales nos parecen derivadas de un contexto funcional de los bienes *mancipi* para efectos del mantenimiento trans-generacional del patrimonio del *civis romanorum*. De lo anterior se colige la vinculación natural en el sistema de derecho privado romano, de la propiedad, la sucesión los medios de defensa de la misma y el patriarcado romano, todo ello dentro de la naturaleza procesal y el estatuto personal de este sistema.

Claramente los órganos, no tienen esa funcionalidad, respecto del ser ciudadano, ni del peregrino, como tampoco del hombre libre, ni respecto del esclavo.

Por el otro lado, para pensar que dichos miembros y órganos del esclavo pudiesen ser, en un ámbito transac-

cional —*no real ni traslativo de dominio/propiiedad*—, materia jurídicamente sustentable y válida, sería igualmente necesaria y/o útil, el análisis y la consideración de su estatus real versus personal.

La ponderación anterior, basada en las premisas ya mencionadas llevaría a concluir en su caso que su ámbito transaccional se reduciría al protegido por las acciones personales. Los órganos carecerían ciertamente de esa naturaleza funcionalista mencionada.

La protección mediante acciones personales podría en su caso, asumiendo sin conceder, su factibilidad jurídica, es solo analizada en el ámbito del libre pacto y la autonomía de la libertad.

Al respecto proponemos las siguientes líneas de reflexión que ciertamente requerirán ser materia de un estudio *per se*.

V. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Las premisas arrojadas por los apartados anteriores conducen a una reflexión respecto de la génesis del contrato y el paroxístico principio rector del mismo al momento de su auge. Lo anterior para verificar si la disponibilidad de los órganos de un ser vivo (o muerto) pudieran como tal ser considerados materia transaccional, desde sus orígenes en el Derecho Romano.

Al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, se ha pretendido reconocer en el sujeto de derecho la más amplia capacidad para crear obligaciones y para transmitir derechos respecto de cualquier bien.

Sin embargo, los límites a dicha autonomía de la voluntad resultan para el Texto de mérito, el punto de inflexión y reflexión respecto de la validez de una transacción respecto de los órganos tanto del esclavo como respecto de los del ser humano y su libérrima disponibi-

lidad transaccional. La aplicabilidad de estas reglas respecto del esclavo y posteriormente como consecuencia respecto de los órganos del esclavo son la meta del presente análisis, pero su premisa necesaria es la concepción jurídica creadora de obligaciones y los potenciales límites de la misma.

Así, apalancados en la naturaleza del derecho de propiedad y su función, la naturaleza jurídica del esclavo, la disponibilidad y la potencialidad del pacto contractual respecto del mismo y de parte del mismo se anticipan como la conclusión evidente a la posibilidad de su consideración como materia de pacto jurídicamente válido y lícito.

En la ponderación casuística y personalista del Derecho Romano y considerando sus pretensiones y características basadas en el análisis procesal preconceptual, el tópico de referencia no puede sino centrarse en el caso del incumplimiento.

Por lo anterior, resulta inexorable el análisis, breve pero puntual de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho Romano. Sin extendernos a detalles fuera del contexto del propósito de estas líneas y del análisis Texto, nos parece que algunas remembranzas al respecto pueden aportar luz y conclusiones adicionales a lo antes expuesto.

VI. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN Y SU CARÁCTER EXIGIBLE

El auge de la autonomía de la voluntad conduce inexorablemente hacia los linderos de la obligación que surge por el pacto. En la perspectiva romana, la obligación resultará indisociable de la exigibilidad. Así, el análisis de la exigibilidad de la obligación, orientada hacia las consideraciones derivadas de su incumplimiento,

permitirán deducir las consecuencias jurídicas respecto de la disponibilidad de los esclavos y en consecuencia de partes del cuerpo humano —*derivadas o no de esclavo*—, en connivencia con las premisas abordadas en los apartados anteriores.

Ciertamente, ya en la Época Clásica, una vez asimiladas las consecuencias de la *Lex Poetelia Papiria* y el abandono forense de las *Legis Actionis*, queda claro que en Roma (como en el occidente causahabiente imbuido de Derecho Romano) el incumplimiento de la obligación solo conduce al pago de los daños y perjuicios resultantes del mismos.

Por influencia cruzada de la *Lex Aquilia de Damno Dato*, es evidente que para el Derecho Romano (como para su causahabiente directo la civilización jurídica de tradición civil), los daños y perjuicios resultantes solo pueden ser reclamados en tanto sean efectivamente sustentables como consecuencia directa e inmediata del hecho ilícito contractual como extracontractual.

Lo anterior como único derrotero válido pero sobre todo, efectivo ante el caso de incumplimiento, al haberse rebasado la reparación *in personam-in corpore* prevista originalmente en las *Legis Actiones* bajo el supuesto de la *Legis Actio per Manus Iniunctionem*.

Dicho lo anterior, el incumplimiento de pacto solo puede dar lugar al pago de daños y perjuicios, como reparación indirecta cuando el cumplimiento forzoso no es factible. Éstos resultan en una indemnización por equivalente que debe demostrarse en tanto consecuencia directa e inmediata del ilícito contractual.

Sin embargo en relación con la transacción respecto de un órgano, la pregunta sería ¿cómo cuantificar dicho daño y perjuicio? ¿Cabría hacerlo como respecto de parte de un esclavo? Como un simple pedazo de carne sin vida (cuando es evidente que científicamente el mismo difícilmente o nunca podría hacer las veces ni servir para un

trasplante) ¿Cómo cuantificar ese daño? Partiendo de esa premisa, solo cabría una indemnización compensatoria de índole punitiva indirecta o consecuencial, mismas que no tienen cabida en el universo jurídico romano.

De si en el incumplimiento, la transacción respecto de órganos humanos dejaría de ser relevante al resultar fútil o inexistente el remedio contractual, de donde se colige que la referencia del texto niega la posibilidad de otorgar siquiera acciones ficticias a ese respecto, al *dominus* respecto de cuyo esclavo se pretendiesen transigir los órganos.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ARANGIO RUIZ, VICENZO, *Instituciones de derecho romano*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1952, 682 pp.
- BERMAN HAROLD, J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, 586 pp.
- Digesto de Justiniano.
- D'ORS, ALVARO, *Derecho privado romano*, EUNSA, Pamplona 1989, 635 pp.
- FUENTESECA DEGENEFEE, MARGARITA, *La formación romana del concepto de propiedad*, Dykinson, Madrid, 2004, 221 pp.
- IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 1998, 662 pp.
- KUNKEL, WOLFGANG, *Historia del derecho romano*, EUNSA, Ariel, Barcelona, 248 pp.
- VILLEY, MICHEL, *La formation de la pensée juridique moderne*, Presses Universitaires de France, París, 2003, 618 pp.
- WIEAECCKER, FRANZ, *A history of private law in Europe*, Oxford University Press, New York, 2003, 488 pp.

NADIE ES DUEÑO DE SUS MIEMBROS:
 "NEMO EST DOMINUS MEMBRORUM SUORUM".
 UNA REGULA IURIS PARA LOS ACTOS
 DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO¹

ANDREA LANDI

Departamento de Derecho-Universidad de Pisa

RESUMEN: El presente ensayo toma en consideración el tema de las disposiciones del cuerpo humano, tratando de reconstruir la perspectiva con la que los autores del "Derecho Común" lo han considerado. A partir de la regla contenida en el Digesto según la cual: *Nemo est dominus membrorum suorum*: "Nadie es dueño de sus miembros" y después de haber llevado a cabo una investigación terminológica precisa del término "membrum", los autores llegaron a declarar la invalidez de tales disposiciones. El resultado es una visión personalista de este problema, que tal vez ofrezca algunas reflexiones para el jurista de hoy, a pesar de la diversidad del contexto social y de los valores en los que se encuentra obligado a operar.

RIASSUNTO: Il saggio prende in considerazione la tematica degli atti di disposizione del corpo umano, tentando di ricostruire la prospettiva con la quale gli autori del Diritto comune hanno guardato ad essa. Partendo dalla regola contenuta nel Digesto, secondo la quale *Nemo est dominus membrorum suorum* e dopo aver compiuto una puntuale indagine terminologica sulla parola *membrum*, essi sono giunti a dichiarare l'invalidità di siffatti atti di disposizione. Ne esce una visione personali-

¹ Traducción al español de Aldo Petrucci.