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.

stica di tale problematica, che forse può offrire spunti di riflessione anche per il giurista odierno, pur nella diversità del contesto sociale e valoriale in cui egli si trova ad operare.

ABSTRACT: This essay takes into consideration the theme of the dispositions of the human body, trying to reconstruct the perspective by which the authors of the *Roman Canon Law* have looked at it. Starting from the rule contained in the Digest, according to which *Nemo est dominus membrorum suorum* and after having carried out a precise terminological investigation of the term *membrum*, they have come to declare the invalidity of such dispositions. The result is a person-centered vision of this problem, which may perhaps offer suggestions of think even for today's jurists, despite the diversity of the social and value context in which he finds himself operating.

PALABRAS CLAVE: Cuerpo humano, miembros, propiedad, libertad individual, derecho común.

PAROLE CHIAVE: Corpo umano, membra, proprietà, libertà individuale, diritto comune.

KEY WORDS: Human body, limbs, ownership, individual freedom, *ius commune*.

I. DOS PERSPECTIVAS PARA EL MISMO FENÓMENO

Con el artículo 5 del Código Civil italiano de 1942, por primera vez el legislador se ocupó de los actos de disposición del cuerpo humano, dándoles una regulación básica,² en la que, se viene a conectar inseparablemente “al instituto de la propiedad privada”. En efecto,

² El texto es: “Art. 5. *Atti di disposizione del proprio corpo - Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (Actos de disposición del propio cuerpo - Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o bien cuando de cualquier manera sean contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres)*”.

en este artículo mediante una especie de hibridación, se combina la figura del «sujeto-persona» y del «objeto-cuerpo», de modo que el agente dispone de su propio cuerpo como si de alguna manera fuera una cosa y por lo tanto, un verdadero objeto jurídico.³

Para enfrentarse con la problemática de los actos de disposición del propio cuerpo en la experiencia jurídica del Derecho Común, se necesita abandonar una visión de tal tipo que es fruto de un modelo antropológico dominado por la ideología del “individualismo posesivo”⁴ y considerar en cambio, los valores específicos de aquella experiencia, que se presuponen en las soluciones ofrecidas por una ciencia del derecho (*scientia iuris*) que fue intérprete fiel de ellos.

Antes que nada, debemos recordar que en la sociedad medieval, caracterizada por la coincidencia entre ciudadano (*civis*) y fieles de la Iglesia (*fidelis*)⁵ el hombre se consideraba como una creatura de Dios que en cuanto Creador, tenía todo el poder sobre él: solo a Dios le correspondía el derecho de disponer de la vida de cada individuo y consecuentemente, de su cuerpo, que no era

³ Sobre tal argumento son fundamentales las precisiones de U. BRECCIA-A. PIZZORUSSO, “*Atti di disposizione del proprio corpo*”, edición a cargo de R. Romboli, Pisa, Plus, 2007, incluidas en la presentación de la obra (pp. 13-15) de donde derivan las expresiones entre comillas. Además cabe observar como la *Relazione al Codice* (n. 37) —el Comentario oficial al Código Civil del Secretario de Justicia— se limita a parafrasear el artículo al afirmar su inspiración «ad imprescindibili esigenze di carattere morale e sociale (exigencias esenciales de carácter moral y social)».

⁴ BRECCIA-PIZZORUSSO, “*Atti di disposizione...*”, op. cit., p. 12. Y oportunamente, nótese solo *en passant*, la norma del art. 5 del Código Civil fue sujeta a una interpretación por parte de la Corte Constitucional italiana, que ha cambiado profundamente su carácter jurídico a la luz de los principios de la salud, integridad de la persona humana, autodeterminación, etc.

⁵ P. GROSSI, “*Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*”, ahora reproducido en *Id.*, “*Scritti canonistici*”, edición a cargo de C. Fantappiè, Milano, Giuffrè, 2013, p. 133.

más que el instrumento confiado a él para llegar a la salvación de su alma.⁶

Además es necesario observar que las soluciones a esta problemática ofrecidas por la doctrina, fueron el fruto de la “*interpretatio iuris*” (interpretación del derecho) es decir, de aquella función de formación del Derecho (“*nomopoiética*”) llevada a cabo por los juristas, que determinó la elaboración de preceptos jurídicos partiendo de la relectura de los textos justinianos, que habían vuelto a circular en el bajo medievo gracias a Irnerio y a la Escuela de Bolonia.⁷ La formación de la regla: *Nemo est dominus membrorum suorum*” (Nadie es dueño de sus miembros) fue realizada conscientemente mediante una lectura creadora, que los juristas hicieron de un texto de Ulpiano incluido en el Digesto (la *l. Liber homo ff. Ad legem Aquiliam* [D.9.2.13.pr.])⁸ en donde el jurisconsulto

⁶ Como se pronuncia, entre tantos autores, el inquisidor del siglo XVI D. DE SIMANCAS, “*De catholicis institutionibus ad praecavendas et extirpandas haereses*”, en “*Tractatus Universi Iuris*”, XI/2, Venetiis, 1584, fo. 142ra, tit. 18, n. 23: “*El hombre no es dueño de la vida, sino es solo Dios que la concede*” (*Homo non est vitae dominus, sed solus Deus vitae largitor*) basándose en muchos textos de la Escritura y de la Patrística; véase también A. LANDI, *Iste actus non est virtus. “Il suicidio fra scelta consentita e illecito penale nell’esperienza del Diritto comune, en Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica, I, La prospettiva storica*”, edición a cargo de A. Landi e A. Petrucci, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 155-174. En el ámbito teológico, recuérdese la clara conclusión de Francisco de Vitoria: “*En efecto solo Dios es dueño de la vida y la muerte y al respecto el hombre es específicamente siervo de Dios*”. (*Est enim solus Deus dominus vitae, et mortis, et quantum ad hoc homo peculiariter est servus Dei*)» (en F. DE VITORIA, “*Relectio de homicidio*”, en Id., “*Relectiones theologiae*”, Matriti, Ex la Oficina de Manuel Martín, 1765, p. 413, n. 23).

⁷ Sobre este tema cf. S. CAPRIOLI, v. “*Interpretazione nel diritto medievale e moderno*”, en “*Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*”, X, Torino, Utet, 1993, pp. 13-25.

⁸ «ULPIANUS lib. XVIII ad edictum: “*El hombre libre en su nombre, tiene la acción útil de la ley Aquilia, no pudiendo tener la acción directa porque nadie se considera dueño de sus miembros*” (*Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem. Directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*).

como enseñan los romanistas,⁹ estaba comentando el ámbito más limitado de la evaluación de los daños no patrimoniales, y de la posibilidad de utilizar la acción con base en la Ley Aquilia (*actio ex lege Aquilia*) de manera que la constatación de la ausencia del dominio (*dominium*) de un hombre libre sobre sus miembros era una simple afirmación incidental para reforzar la conclusión de Ulpiano al respecto. En cambio, la ciencia jurídica bajo medieval al leer este texto, extrajo la afirmación incidental y la construyó como una regla jurídica (*regula iuris*) autónoma.¹⁰

Para demostrar esta conciencia en la creación de la regla, bastaría notar cómo las glosas relativas al fragmento ulpiano y los distintos casos (*casus*) del aparato glosatorio se centran todos en la temática del “*resarcimiento*”, lo que prueba que los glosadores habían entendido bien el pasaje del jurista romano y su problemática —mientras que en el inicio de la edad moderna— es decir, cuando el sistema del Derecho Común ya se había formado y la doctrina de los Comentadores ya había llevado a cabo su productiva actividad interpretativa de los textos romanos —un descendiente de Bartolo, en un repertorio difundido entre los prácticos, pudo señalar el sentido que tiene para los ojos de un jurista de Derecho Común, la ley *Liber homo*, individualizándola en la disciplina de los actos de disposición del cuerpo humano y

⁹ Véanse los artículos de Juan Cortiñas Barajas y Alessandro Cassarino en este mismo libro.

¹⁰ Según un modo de proceder, que ya tratamos de ilustrar en otra investigación: cf. A. LANDI, *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. “Spigolature tra dottrina e prassi sull’elaborazione di regole e principi nel tardo Diritto comune*”, en “*Principios y reglas*”. Investigación conjunta realizada entre la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pisa y la Escuela Libre de Derecho. 2009-2010, México, Escuela Libre de Derecho, 2010, pp. 449-492, incluido ahora en Id., “*Storia giuridica per futuri giuristi. Temi e questioni*”, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 45-75.

presentando así una serie de alegaciones doctrinales todas dedicadas a esta temática.¹¹

Entonces veremos a continuación cómo se desarrolló esta actividad de la ciencia del derecho (*scientia iuris*) en dicho contexto de valores y cómo se logró utilizar la regla que habían creado, para construir una disciplina de los actos de disposición del cuerpo humano. De esta manera, empecemos con un texto literario.

II. LA LITERATURA COMO ESPEJO DEL DERECHO

En su comedia erudita "L'uccellatoio" (así nombrada por el lugar en donde se cazaban los pájaros) Giovan Battista Sogliani, un autor del siglo XVII, que también fue abogado y un buen conocedor de cuestiones jurídicas, comentó lo siguiente:

"Scrive il Giovio negli elogi degli huomini di lettere, che Filelfo celebre umanista della sua età, attaccò una gran disputa con Timoteo Greco per conto d'una sillaba e che la cosa venne a tale, che'l Filelfo scommesse certa quantità di danari con Timotèò; il quale ritrovandosi in povero stato, s'obbligò a dar la sua barba in eventum succumbentiae. e finalmente gli fu vinta. onde Filelfo vittorioso, volle con ogni rigore trionfar di quella, e non furono bastanti ne parenti, ne amici a far sì, che questo veramente barbaro Antioco piu crudel'assai di Simpulo gigante: non ta-

¹¹ Se hace referencia a B. ALFANI, *Ad mille insigniora loca I. C. ex variis tam antiquorum auctorum monumentis (...)*, Venetiis, Apud Franciscum Zilettum, 1570, n. 627, fo. 170v-171r. En el mismo sentido también D. TOSCHI, "Practicae conclusiones iuris in omni foro frequentiores", IV, Lugduni, Ex Officina Ioannis Pillehotte, 1634, litt. H, Concl. 153: "Homo liber non est dominus membrorum suorum". Para la información bio-bibliográfica sobre Bernardino Alfani (1534-1590) v. G. MAZZUCHELLI, "Gli scrittori d'Italia cioè Notizie storiche e critiche intorno alle vite, e agli scritti dei letterati italiani", I/1, Brescia, Presso a Giambattista Rossini, 1753, pp. 467-468, mientras sobre el más celebre cardenal Toschi (1535-1620), cf. LANDI, "Non ex regula", cit., p. 460 (p. 53), nt. 25.

gliasse la barba al povero Timotèò. Ma s'e'l poverello fosse stato difeso, se ne sarebbe liberato. dicendo Baldo nella l. 3 num. 5. C. de Accus. che se Alicui amputetur barba, dicitur membrum amputatum: et licet barba non sit membrum instrumentale ad operandum aliquid per se ad aliquam operationem: tamen est membrum formale in corpore nostro, et ideo continetur appellatione membri, quia est pars formalis. Imperò ne segue, che Timotèò non la potesse scommettere. essendo vulgata regola che Nemo est dominus membrorum suorum. E se alcun'opponesse, che la dottrina di Baldo non è ricevuta da' barbieri, si sarebbe potuto rispondere in oltre, che quella scommessa era contr'a'buoni costumi. essendo nel vero cosa indegna, e ingiusta, e senza decoro, che un barbato maestro, per la'ngordigia d'una sillaba asciutta, abbia miserabilmente a perdere, il suo primogenito barbone sottilmente filato a rocca, e senza niuna utilità dello scortese vincitore. Celso giureconsulto nella l. in fundo §. constituimus ff. de rei vindicatione, risponde in simil proposito. Neque enim mali-tijs hominum indulgendum est: si tectorium puta quod induxeris: picturasque corradere velis: nihil laturus nisi ut officias".¹²

(Traducción: "Giovio escribe en sus elogios de las personas de letras, que Filelfo, célebre humanista de su época, tuvo una gran discusión con Timoteo Greco por causa

¹² G.B. SOGLIANI, *L'Uccellatoio. Commedia di Giovambatista Sogliani coll'annotazioni del medesimo*, Venetia, Appresso Giovanni Guerigli, 1627, *Annotazioni della licenza*, pp. 253-254, n. 13. Sobre Giovan Battista Sogliani, v. la información biográfica en *Notizie letterarie, ed istoriche intorno agli uomini illustri dell'Accademia fiorentina*, I, Firenze, Per Piero Matini, 1700, pp. 308-309, mientras para la comedia mencionada, cf. B. CORRIGAN, *An annotated Commedia Erudita: Giovan Battista Sogliani's L'Uccellatoio*, en «*Italica*», 26, n. 3 (Sep. 1949), pp. 188-197, según la cual «the annotations, with all their wealth of classical learning and curious information, are more interesting than the play they illustrate» (p. 197). Recuerda con una composición poética, el episodio mencionado en el texto P. GIOVIO, *Elogia doctorum virorum ab avorum memoria publicatis ingenii monumentis illustrium*, Antverpiae, Apud Ioan. Bellerum sub insigni Falconis, 1557, p. 40. Sobre Filelfo y para más indicaciones bibliográficas es suficiente renviar a M. MONTORZI, *Fides in rem publicam. Ambiguità e tecniche del Diritto comune*, Napoli, Jovene, 1984, pp. 485-494, que lo define como «umanista grintoso e capace».

de una sílaba y que para solucionarla, apostaron una cierta cantidad de dinero. Como Timoteo se encontraba en una condición de pobreza, se obligó a dar su barba en caso de pérdida del litigio, lo que efectivamente ocurrió. Por ende Fileflo en cuanto ganador, quiso con todo rigor, conseguir la barba de Timoteo y ni familiares ni amigos pudieron persuadirlo para evitar que se la cortara. Pero si el pobrecito se hubiere defendido, se habría liberado de su obligación al mencionar Baldo que en la ley 3 num. 5. C. de Accus., así dice: “*si a alguien se le amputa su barba, se reputa amputado un miembro y aunque la barba no sea un miembro instrumental para realizar algo, sin embargo siempre es un miembro formal de nuestro cuerpo y por lo tanto se incluye en la denominación de miembro*”. Consecuentemente Timoteo no habría podido apostar su barba por causa de la regla de que nadie es dueño de sus miembros (*nemo est dominus membrorum suorum*). Si se hubiera opuesto que la doctrina de Baldo no es aceptada por los barberos, se habría contestado que aquella apuesta era en contra de las buenas costumbres, puesto que era una cosa indigna, injusta y desvergonzada que un maestro barbudo de una forma tan miserable, haya perdido su bonita barba y tan cuidada por causa de una sílaba sencilla y sin ninguna utilidad para el ganador. Al respecto responde el jurista romano Celso en la ley *in fundo* §. *constituimus ff. de rei vindicatione*: no se debe perdonar la malicia de los hombres, como cuando por ejemplo, quieres realizar un enlucido para borrar las pinturas en una pared con la única finalidad de suprimirlas”.

Nos detuvimos en esta larga cita, no tanto para dar una aura literaria a nuestro trabajo, sino para mostrar cómo también en una obra teatral de la edad moderna, aunque de modesto nivel,¹³ se percibe la dinámica con-

¹³ Es el juicio expresado al respecto también por CORRIGAN, *An annotated Commedia Erudita*, cit., p. 197, a cuyo parecer «L'Uccellatoio is not a good

creta de la regla: “*nemo est dominus membrorum suorum*” (nadie es dueño de sus miembros). En efecto, de este pasaje se desprende cómo la problemática de los actos de disposición del propio cuerpo era tratada y resuelta por los juristas del Derecho Común: en primer lugar, con la individualización de cuáles partes del cuerpo se podrían calificar como “miembros”, y luego con la evaluación de la validez o no de la obligación que los tenía por objeto y que era reputada contraria a las buenas costumbres, o de todos modos, desprovista (como en el caso expuesto en la comedia) de la relevancia económico-social para justificar su existencia y legitimar su cumplimiento por parte del deudor (según lo que aún hoy es el art. 1322, ap. 2, del Código Civil italiano prevé para las obligaciones que nacen de los contratos atípicos).¹⁴

III. ONTOLOGÍA DEL “NOMEN”

En efecto, el de la correcta definición de lo que se debía entender como “miembro” (*membrum*) fue uno de los primeros problemas con lo que se enfrentó la ciencia del derecho (*scientia iuris*) en la interpretación de la regla ulpiana.

Baldo degli Ubaldi en el texto indicado arriba,¹⁵ exactamente se pregunta lo que es un miembro y contesta que: «en breve se dice miembro todo lo que tiene en

comedy, though it contains some lively and amusing scenes»; eso porque muchas veces las emociones de los personajes parecen artificiales y poco espontáneas para resultar verdaderas y divertir el público.

¹⁴ Una evaluación que parece requerirse con base en la cita del § *Constituimus* (D.6.1.38[39]) en que el jurisconsulto Celso recomendaba no perdonar las malicias para impedir todo acto que tuviera como única finalidad la de perjudicar a otros, sin ventajas para quien lo realiza.

¹⁵ BALDO DEGLI UBALDI, *In l. Reos ff. De accusationibus et inscriptionibus* (C.9.2.3), en *Id.*, *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis [L.A. Giunti], 1577, fo. 207va, n. 5.

nuestro cuerpo su propia y determinada función (*breviter omne id, quod habet in corpore nostro propriam, et determinatam operationem, istud dicitur membrum*); así, lo es un ojo, porque sirve para ver; la nariz que es para oler; la lengua para gustar; una mano para tocar, etc.; estos miembros son «extremamente útiles (*valde utilia*)», y juntos a ellos, se encuentran también los que son «nobles (*nobilia*)», que aunque no llevan a cabo una operación propia y distinta, sin embargo se consideran «miembros con los cuales se salva la especie (*membra per quae salvatur species*)» con una evidente alusión a aquellos del aparato genital. Una vez hecha esta aclaración terminológica, el jurista perusino observa cómo quien actúe en contra de ellos, debe ser castigado en cuanto «enemigo de la naturaleza, al mismo modo que si matara a alguien (*inimicus naturae, eodem modo quo si occideret*)». ¹⁶

Según Baldo, también la barba puede considerarse un miembro del cuerpo, pero para afirmarlo, necesita introducir otra distinción entre miembros, aquellos que son *instrumentales* para una cierta operación y los que solo son *formales*, sin los cuales nuestro cuerpo sería deforme: la barba se incluiría en este segundo tipo.

El Diccionario de Derecho (*Dictionarium iuris*) de Alberico da Rosciate registra la definición de «miembro (*membrum*)» al observar que se debe entender como tal: «el que tiene por sí mismo su propia función separada (*quod per se habet officium aliquod separatum*)» como la tienen un ojo, un pie y una mano, conforme a una intuición que Alberico directamente reconduce a Bártolo da Sassoferrato. ¹⁷

¹⁶ A propósito del término «matarse (*se interficere*)», en el siglo XVI, el jurista Simancas apunta: «—podríamos decir: de una manera aristotélica— como se realiza un comportamiento «en contra de la inclinación natural (*contra naturalem inclinationem*)» (SIMANCAS, *De catholicis institutionibus*, cit., fo. 142ra, n. 26).

¹⁷ ALBERICO DA ROSCIATE, *Dictionarium Iuris tam Civilis, quam Canonici*, Venetiis, Apud Guerreos fratres, et socios, 1572, sub v. *Membrum* (sin numeración de las páginas).

Y efectivamente Bártolo había precisado que es un miembro cada parte del cuerpo que se relaciona a un «*officium, seu ministerium*» es decir, a una específica tarea y función, de modo que son miembros los pies («para caminar, *ad ambulandum*») las orejas («para oír, *ad audiendum*») y los ojos («para ver, *ad videndum*») mientras que no se podían considerar miembros los dedos de la mano, porque son «funciones de un miembro y no un miembro (*officium membri, non membrum*)» o para decirlo mejor, son una de aquellas cosas «que ayudan la función de un miembro (*quae coadiuvant officium membri*)»; ¹⁸ la misma evaluación que se propone al razonar de las consecuencias que derivan del parto de un hijo monstruoso, o de la condición de alguien que solo haya sufrido una alteración de la funcionalidad de sus miembros existentes. ¹⁹

En efecto, Bártolo había puesto la cuestión si se debiese aplicar la disposición de un estatuto (de una comunidad municipal) por la que se punía a quien hubiese amputado un miembro a otro, a el que había amputado un dedo, y su respuesta había sido negativa, al considerar que «un dedo no es un miembro, sino la función de un miembro (*digitus non est membrum, sed officium membri*)», ²⁰ aunque la disposición estatutaria mencionada

¹⁸ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In l. Publicorum ff. De publicis iudiciis* (D.48.1.2), en ID., *Commentaria in Secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis [L.A. Giuntii], 1590, fo. 139rb, n. 13.

¹⁹ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In l. Non sunt liberi ff. De statu hominum* (D.1.5.14), en ID., *Prima in Digestum Vetus [pars]*, Lugduni, Excudebat Blasius Guido, 1555, fo. 27va-vb. El texto del fragmento es: «PAULUS libro quarto sententiarum. No son hijos, los que, fuera de los acostumbrados, son procreados de forma contraria a las del género humano, como si una mujer hubiere dado a luz alguna cosa monstruosa o prodigiosa. Mas el parto que amplió los oficios de los miembros humanos, hasta cierto punto parece perfecto; y así, se contará entre los hijos (*Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur*)».

²⁰ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *en l. Non sunt liberi*, cit., fo. 27vb, in fine.

podiese interpretarse de una forma menos restrictiva. En cambio, Baldo degli Ubaldi al retomar el hilo de este razonamiento, llegará a una solución opuesta a la de su maestro, con referencia a la aplicación de la mencionada disposición estatutaria; no obstante mantenga la evaluación que un dedo es «la función de un miembro (*officium membri*)» Baldo subraya la diferencia de *ratio* entre el contenido de tal disposición estatutaria y la ley romana en D. 9.2.13.pr., pues en esta última, se presupone la relación entre miembro (*membrum*) y su función (*officium*) mientras que dicha relación no se toma en ninguna consideración en el estatuto, cuya finalidad era la de evaluar (y eventualmente punir) el hecho, que determinó la mutilación bajo el perfil exclusivo de su atrocidad.²¹

Y es Baldo quien definitivamente ancla la definición de miembro como parte del cuerpo, a una específica operación funcional del propio cuerpo, de modo que si la función no existe, no se puede ni hablar de miembro. Para el jurista perusino, no hay duda que son miembros todos los órganos «que en nuestro cuerpo, por sí mismo principalmente nos permiten actuar, como las manos, los pies, los ojos, las orejas y la nariz (*quae in corpore nostro per se principaliter actum habent, veluti manus, et pedes, oculi, aures, nasus*)» por lo tanto, siempre se necesita considerar cada órgano como relacionado a una función específica, con la consecuencia de que si «los pechos de una mujer son miembros (*mammillae mulierum sunt membra*)» pues son destinadas a amamantar a los hijos y por ende a una función específica, no se puede decir lo mismo para los «pechos de los varones (*mammillae hominum*)» que no tienen esta función. Por las mismas razones, Baldo también puede afirmar que «los genitales de

²¹ BALDO DEGLI UBALDI, *In l. Non sunt liberi ff. De statu hominum* (D.1.5.14), *Id.*, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1616, fo. 31va.

los varones son miembros (*genitalia hominis sunt membra*)» y si con referencia a la barba o los labios, invita al lector a meditar sin proponer una solución, excluye una vez más, que sean miembros los dedos.²²

Estas precisiones sobre el sentido del término miembro (*membrum*) fueron formuladas por Baldo al interpretar una ley «en torno a la amputación de un miembro (*de amputatione membri*)» y en dicha ocasión, había podido concluir que la amputación de un dedo constituía una simple debilitación de la mano y no la mutilación de un miembro («*debilitat membrum digiti mutilatio*»).

En el campo del Derecho Canónico, la reflexión de los canonistas encuentra un apoyo en las Sagradas Escrituras —en particular en la Carta del apóstol San Pablo a los Efesios—²³ y en toda la elaboración teológica de la Iglesia como *corpo místico*. Referencias a estas elaboraciones se ven en los comentarios al *Decretum Gratiani* del cardenal Giovanni Antonio da San Giorgio, el *Praepositus mediolanensis*, que recuerda la similitud entre el cuerpo natural y el cuerpo místico, con la presencia en ambos de miembros divisibles e indivisibles, según sean compuestos o no de partes distintas, señalando como ejemplos del primer tipo la mano o el pie, que se pueden subdividir en dedos y articulaciones.²⁴ Y el mismo autor demuestra conocer bien las interpretaciones de los juristas

²² BALDO DEGLI UBALDI, *In l. Data opera C. De iis, qui accusare non possunt* (C.9.1.11), en *Id.*, *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros Commentaria*, cit., fo. 204va, n. 50.

²³ *Ad Ephesios*, 4,4-7 e 15-16.

²⁴ GIOVANNI ANTONIO DI SAN GIORGIO, *In Primam Decretorum Partem Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1579, *distinctio XV*, fo. 48rb, n. 9. Sobre este canonista (1439 ca.-1509) siguen siendo útiles las notas de J.F. SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts*, II, *Von Papst Gregor IX. bis zum Concil von Trient*, Graz, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1956, pp. 338-341, que considera sus escritos «Meisterwerke im Geiste der Zeit, die nur auf Autoritäten sah»; véase también L. SINISI, v. *Sangiorgi Giovanni Antonio*, en *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, edición a cargo de I.

de Derecho Civil en torno al término miembro (*membrum*), cuando destaca en otra su texto, la relación entre él y una específica función, según la enseñanza de Bártolo.²⁵

Ya no mucho tiempo antes, Niccolò de' Tudeschi (el Abad panormitano) abrió esta vía interpretativa, en el momento en que había delineado la diferencia entre debilitación (*debilitatio*) y mutilación (*mutilatio*) de un miembro, al comentar una decretal del libro *Extra*, en donde se mencionaba un sujeto que una falsa acusación había debilitado y se prevenían los remedios en contra del acusador. En efecto el Abad panormitano (*Abbas panormitanus*) antes de relevar que la mutilación significaba una especie de «truncamiento (*detruncatio*)» del propio miembro, mucho más grave de la debilitación que era «sin el desacoplamiento de un miembro (*sine abscissione membri*)», había precisado que esta última ocurría cada vez que por cualquier causa (por ejemplo, «por un golpe/ *propter percussionem*») un miembro no podía «cumplir libremente (*libere exercere*)» con su propia función (*officium*).²⁶

En suma, por lo menos con referencia al sentido del término miembro (*membrum*) los juristas del Derecho Civil así como del Derecho Canónico, llegaron a una identidad de opiniones; lo que no era un resultado pequeño en una sociedad, como la de la época bajo medieval, en

Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013 (desde ahora indicado como: DBGI), pp. 1788-1789.

²⁵ GIOVANNI ANTONIO DI SAN GIORGIO, *In c. De diacono X. Qui clerici vel voventes matrimonium contrahere possunt* (X.4.6.1) en *Id.*, *In Quartum Librum Decretalium Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1578, fo. 53ra, n. 3: «se llama propiamente miembro, lo que por sí mismo, tiene su función separada, como por ejemplo, un ojo, un pie, una mano (*membrum proprie dicitur, quod per se habet officium aliquid separatum, puta oculus, pes, manus*)».

²⁶ NICCOLÒ DE' TUDESCHI, *In c. Accusasti X. De accusationibus, inquisitionibus et denunciationibus* (X.5.1.8) en *Id.*, *Commentaria in Quartum et Quintum Decretalium Librum*, Venetiis, Apud Ioannem de Gara, 1571, fo. 69ra, n. 3.

donde los nombres (*nomina*) eran como se sabe, la consecuencia de la realidad de las cosas (*consequentia rerum*).²⁷

IV. LA RELEVANCIA DE LA VOLUNTAD EN EL ACTO DE DISPOSICIÓN

Después de haber precisado el sentido del término miembro (*membrum*) es necesario evaluar ahora el contenido y la eficacia de la voluntad del individuo respecto de los actos, con los que decidía disponer de partes de su cuerpo.

La elaboración de la ciencia del derecho (*scientia iuris*) llega a negar la validez de la obligación con la que un sujeto se hubiese comprometido a llevar a cabo un acto de tal tipo.

En la primera mitad del siglo XIV, es aún Bártolo quien ofrece la clave de lectura a los intérpretes posteriores, proclamando la nulidad del pacto dispositivo conforme a la regla ulpiana. El jurista llega a esta conclusión cuando analiza el caso concreto de un «bandido y condenado (*bannitus et condemnatus*)» que había resultado muerto por un enemigo suyo, que en cambio, anteriormente se había reconciliado con él, obligándose a no causarle ofensa «so pena del estatuto municipal (*sub poena statuti*)» prevista para quienes rompían la paz (*pacem rumpentes*) con la añadida de una ulterior sanción pecuniaria. Dado que el estatuto también establecía que el bandido pudiese matarse impunemente, Bártolo se preguntaba si el asesino tenía que sufrir la pena pactada y después de haber examinado una larga serie de argumentaciones en *pro* y *contra*, había respondido que no, ya que «nadie por medio de un pacto, se obliga a una

²⁷ De tal que el jurista medieval consideraba los nombres del derecho (*nomina iuris*) «come la conseguenza immediata e diretta della loro consistenza ontologica» (así: MONTORZI, *Fide in rem publicam*, cit., p. 24).

pena corporal (*nullus per pactum obligatur ad poenam corporalem*)», indicando la Ley *Liber homo* como fundamento de su solución.²⁸

Y en el siglo sucesivo, se seguirá una impostación similar en una *decisio* de Gui Pape († 1477),²⁹ en la que, al contestar a la pregunta si un hombre pudiera obligarse a la amputación de una mano en caso de que no hubiese dicho la verdad sobre un hecho determinado, negaba tal facultad, en consideración no solo de varias leyes romanas (antes todas la ya dicha Ley *Liber homo*) sino también del hecho de que «tal obligación se reputaba en contra de las buenas costumbres (*talis obligatio videtur esse contra bonos mores*)».³⁰

El consentimiento del sujeto, sobre cuya integridad física se quería incidir, por ende no es idóneo para la asunción de la obligación y esta incapacidad no se puede integrar ni por el fallo de un juez en función supletoria. Tendrá la ocasión de notar el Panormitano³¹ que en el caso de que se haya pronunciado un fallo nulo que impone una pena corporal, el condenado no puede obligarse a renunciar a la apelación, bien sea por razones propias del ordenamiento jurídico, dado que «el consentimiento de los particulares no puede hacer de modo que sea válida una sentencia nula por una disposición

²⁸ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Consilia, Quaestiones et Tractatus*, Augustae Taurinorum, Apud Haeredes Nicolai Bevilacqua, 1577, Quaestio I, *Lucanae civitatis*, fo. 78rb, n. 13.

²⁹ En cuanto miembro autorizado del *Conseil delphinal* de Grénoble (Francia), Gui Pape, con su recopilación de decisiones, gozó de una fortuna editorial increíble; además de las ediciones manuscritas, hubo 42 impresiones contadas por G. GIORDANENGO, v. *Pape (Papa ou Pape) Gui*, en *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, sous la direction de P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, Paris, Press Universitaires de France, 2007, pp. 606-607.

³⁰ G. PAPE, *Decisiones gratianopolitanae*, Lugduni, Apud haeredes Iacobi Iuntae, 1554, quaestio 278, p. 370; la cita *ibidem*, en la gl. *Credo quod non*.

³¹ NICCOLO DE' TUDESCHI, *Consilia, Tractatus, Quaestiones, et Practica*, Venetiis, Apud Ioannem de Chara, 1571, pars I, cons. 92, fo. 72ra, n. 2.

de derecho, porque no puede disponer de un derecho fundamentado en la utilidad pública (*consensus privatorum non potest facere, ut sententia nulla ex iuris dispositione teneat, cum non possit super ius disponere fundatum super utilitate publica*)»,³² así como porque no es dueño (*dominus*) de sus miembros y su renuncia se configuraría como un acto (prohibido) de disposición.

Lo mismo vale también para lo que se refiere a la función integradora, que tenía la costumbre respecto de la voluntad condescendiente del sujeto, de modo que tal costumbre unida con el consentimiento, hiciese lícito lo que era prohibido al solo consentimiento, como en el caso de un inocente que se obligue a sufrir una pena corporal para un crimen cometido por otros.

La cuestión fue solucionada por una autoridad del calibre de Diego Covarrubias y Leyva, según la cual, esta función integradora de la costumbre que parecía haber sido apoyada también por la Glosa, no podía aceptarse, pues «el propio consentimiento mucho menos puede hacer tal cosa, y no puede existir alguna justa causa, por la que un inocente sea castigado con una pena corporal por el crimen de otros (*consensus proprius multo minus potest id efficere; nec ulla potest justa causa dari, ex qua poena corporis innocens pro alterius crimine puniatur*)».³³

V. EL CARÁCTER PRECEPTIVO DE LA REGLA

La problemática del acto de disposición y de la voluntad necesaria para llevarlo a cabo —que como acaba-

³² NICCOLÒ DE' TUDESCHI, *Ibidem*; y además observa que la sentencia una vez pronunciada, no puede ser modificada ni por un juez, mediante una retractación total o parcial, puesto que este poder se reconoce solo al príncipe (fo. 72rb, n. 3).

³³ D. COVARRUBIAS Y LEYVA, *Variae ex iure Pontificio, Regio et Caesareo resolutiones*, L. 2, cap. 8, n. 8, en *Id.*, *Opera*, II, Coloniae Allobrogum, Sumpt. Cramer, Perachon et Cramer Filii, 1723, p. 194.

mos de ver, nunca fue idónea para su validez, con la consecuencia de que cada pacto al respecto era nulo— a veces se entrelaza en las elaboraciones de la ciencia del derecho, con la del *status* del sujeto que realiza un tal acto.

En particular, en la reflexión sobre una decretal del libro *Extra*, que conminaba la excomunión para quien hubiera golpeado a un clérigo, los juristas de Derecho Canónico desde los primeros, habían precisado que el clérigo no podría consentir válidamente a los golpes y si lo hubiera hecho, sería excomulgado, ya que este privilegio había sido establecido no en su beneficio, sino a favor del orden sagrado. Al respecto un caso (*casus*) de Bernardo da Parma en la primera mitad del siglo XIII, notaba que «nadie puede renunciar al derecho público (*iuri publico nemo potest renuntiare*)» y que eso valía en dicha situación, en donde la ofensa que afectaba al clérigo individual, iba a afectar a todo el orden clerical al que pertenecía, de tal forma que el glosador podía concluir «se comete injuria en contra de quien lo quiera y lo sepa y lo tolere, si al menoscabar a él, se menoscaba el derecho de otros (*volenti et scienti ac patienti fit iniuria, si in eo laedatur ius alterius*)».³⁴

En el tardío siglo XV, Felino Sandei había retomado y precisado la imposibilidad del clérigo de sujetarse voluntariamente a los golpes y por lo tanto, más en general, de obligarse a sufrir una pena corporal propia, con base en la regla *ulpianea*, al recordar también que el privilegio había sido establecido «a favor del orden clerical (*favore ordinis clericalis*)»³⁵ lo que iba a coartar la libre

³⁴ *Casus* en c. *Contingit X. De sententia excommunicationis* (X.5.39.36).

³⁵ FELINO SANDEI, *In c. Contingit X. De sententia excommunicationis* (X.5.39.36), en *Id.*, *Commentaria in Decretalium libros V, III, Venetiis*, Apud Iacobum Picaiam, 1570, cc. 1099-1102. Un comentario que poco tiempo después, permitirá a Ippolito Marsili, considerarlo «una verdadera lumbre del Derecho (*verus iuris illuminator*)» y un ejemplo a seguir con amor «a causa de su

elección del individuo, que no podría ni golpearse a sí mismo, puesto que si lo hubiere hecho, sería punible penalmente.³⁶

De otra parte, en los inicios del siglo XVI, ya se presentan como formadas numerosas opiniones comunes (*communes opiniones*) sobre la problemática de los actos dispositivos del cuerpo humano, con la finalidad de evidenciar su indisponibilidad por parte del sujeto.

Giovanni Francesco Sannazari della Ripa,³⁷ al registrarlas en su ponderoso comentario al Digesto, observa que así como ocurre para los bienes fuera del comercio, también el hombre libre no puede darse en prenda, ni el hombre libre puede arrendarse a sí mismo, pues ningún contratante (*stipulator*) puede tener «un derecho real (*ius in re*)» sobre él; al final, el hombre libre no podrá obligarse a prestar su trabajo perpetuamente, ni entregarse como rehén al acreedor, porque así perdería su libertad.³⁸

Si eso era verdad para cualquier hombre libre, aún más verdadero lo era para un clérigo: así en la reflexión de otro jurista coevo, el jurista de Siena Bartolomeo Sozzini, quien recuerda que la regla, según la cual «el

eminētissima ciencia y doctrina e integridad (*propter eminentissimam scientiam et doctrinam integritatemque*)» (cfr. I. MARSILI, *Singulare 189 Tu audivisti*, in G. SARAYNA, *Singularia omnium clarissimorum doctorum*, Lugduni, Apud haeredes Iacobi Iuntae, 1560, p. 683). Sobre los dos autores, el primero maestro del segundo en Ferrara, cf., respectivamente, las voces del Diccionario Biográfico de M. Montorzi y M. Cavina en DBGI, pp. 1781-1783, 1286-1287.

³⁶ Como nota un famoso comentador del mismo periodo, al afirmar «que quien hiere y golpea a sí mismo delinque como si lo hierese otro (*quod vulnerans et percutiens seipsum delinquit sicut si alius vulneraret*)» (GIASONE DEL MAINO, *In l. Servum fugitivum C. De servis fugitivis* [C.6.1.1], in *Id.*, *Secunda super Codice*, s.d.e., 1542, fo. 2va, n. 5).

³⁷ Sobre este jurista de Pavia cf. M. ASCHERI, *Un maestro del 'mos italicus': Gianfrancesco Sannazari della Ripa (1480 c.-1535)*, Milano, Giuffrè, 1970 y ahora su voz en DBGI, pp. 1789-1790.

³⁸ G.F. SANNAZARI DELLA RIPA, *In l. Obligatione ff. De pignoribus et hypothecis* (D.20.1.6), en *Id.*, *In Secundam ff. Veteris partem Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1569, fo. 134vb-135rb, nn. 8-12.

hombre libre no se puede dar como rehén (*homo liber ob-sidem dari non potest*)» valía de un modo aún más acentuado para clérigos y monjes, sufriendo dos solas excepciones representadas por la «*publica causa*» (por razones de paz, por ejemplo) o bien cuando el sujeto no se obliga a darse como un verdadero rehén, sino simplemente a no abandonar un cierto lugar para poderse encontrar allá, limitando de tal manera su libertad, sin renunciar a ella totalmente.³⁹

Sin embargo, la indisponibilidad de su cuerpo de parte del individuo no implica que no se pueda disponer de él por parte del poder público. Siempre en los albores de la edad moderna, la compleja relación entre la voluntad del individuo y la del Estado emerge en algunas observaciones de Filippo Decio en su función de jurista de Derecho Canónico, según el cual si es verdad que nadie es propietario de sus miembros, también es verdad que un dominio de ellos debe reconocerse al Estado. Así, cuando al condenado se le infringe una pena con motivo de una sentencia y hay una alternativa entre pena corporal y pena pecuniaria, conforme a lo que establece una disposición de un estatuto municipal, la autoridad pública válidamente puede elegir entre las dos, porque al final, no es el condenado el que puede realizar esta elección, sino el estatuto o bien la sentencia.⁴⁰

³⁹ B. SOZZINI, *Regulae et fallentiae juris*, Coloniae Agrippinae, Apud Ioannem Busaeum sub signo Monocerotis, 1663, reg. 218 e reg. 325, resp. pp. 300-301 e 445.

⁴⁰ F. DECIO, *In c. Inter caeteras X. De rescriptis* (X.1.3.4), en ID., *In Decretalium Volumen perspicua Commentaria*, Venetiis [L.A. Giunti], 1576, fo. 56vb-57ra, nn. 37-38: «el condenado en tal caso, no dispone, si no lo hace el estatuto municipal o la sentencia (*ipse tali casu non disponit, sed statutum, vel sententia illud facit*)» (fo. 57ra). Más la cuestión seguía siendo controvertida; cf. en sentido contrario, I. MARSILI, *Singulare 651 Puto te scire*, en SARAYNA, *Singularia*, cit., p. 784, según el cual «si el que debe pagar una pena pecuniaria o bien ser

Y es propio en el ámbito del Derecho Penal que se subsiguen interpretaciones, que llevan a la ciencia del derecho a reflexionar sobre la conocida eximente que se resume en la regla «no hay injuria en contra del que lo quiere (*volenti non fit iniuria*)»,⁴¹ o sea el consentimiento del que sufre un crimen en contra de él, deja cesar su carácter antijurídico.

Siempre partiendo del supuesto fijado en la regla *ul-pianea*, Gerolamo Cagnolo (1491-1551) autor de un exitoso comentario al título final del Digesto,⁴² llega a preguntarse si un sujeto puede obligarse a sufrir una tortura —con todas las lesiones que ocasiona en el físico de quien la sufre— y a pesar del parecer de algunos que lo admitían, reputa que no es lícito para los jueces, poner a alguien bajo tortura con base en un simple acuerdo con el imputado o una permisión del mismo, fundamentando las razones de esta imposibilidad en la ley *Liber homo*.⁴³

azotado por haber cometido un delito, sea solvente y prefiera ser azotado que pagar, el juez no lo debe escuchar, sino debe constreñirlo a pagar y vender sus bienes (*si ille qui debet solvere poenam pecuniariam, vel fustigari ex delicto per eum commissio est solvendo, et vult potius fustigari quam solvere, iudex non debet ipsum audire, sed debet cogere eum ad solvendum et bona sua vendere*)», conforme a la ley *Liber homo*, que impide al imputado esta elección.

⁴¹ Recogida en las *Regulae iuris* de Dino del Mugello, en apéndice al *Liber Sextus* (*Regula 27*: «*Scienti et consentienti non fit iniuria, neque dolus*») sus orígenes romanos fueron evidenciados por E. CALORE, *Volenti non fit iniuria: una regula romana?*, en «*Revue internationale des droits de l'antiquité*», 62 (2015), pp. 223-250.

⁴² Indicaciones sobre este autor y su obra en A. MAZZACANE, *v. Cagnolo Gerolamo*, en DBGI, pp. 372-373, y más extensamente en su voz en «*Dizionario Biografico degli Italiani*», XVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1973, pp. 334-335.

⁴³ G. CAGNOLO, *Commentarii in titulum ff. De regulis iuris*, Lugduni, Apud Haeredes Iacobi Iuntae, 1559, fo. 289rv, nn. 5-6. Casi en el inicio de la edad contemporánea, se sentirá la necesidad también de parte de los prácticos, de precisar esta absoluta invalidez del consentimiento; para todos en la doctrina, véase F. MIROGLI, *Istruzioni teorico-pratiche criminali*, II, In Modena, Nella Stamperia di Giovanni Montanari, 1769, cap. 8, §§ 171-173, pp. 108-109, según

Y la extensión de dicha ley, es tal que prevalece sobre eventuales costumbres contrarias, así como las longobardas y romanas, que constreñían al ofensor de ponerse «en manos del ofendido (*in manibus offensi*)» para ser golpeado a voluntad. Una decisión del Senado de Burdeos, recojida por Nicolas Bohier (1469-1539), presidente (*praeses*) de aquella Corte,⁴⁴ tendrá la oportunidad de observar que tales costumbres son reprobables en cuanto contrarias al Derecho Común (*ius commune*) por no considerar la regla ulpiana mencionada antes,⁴⁵ que al final parece expresar el Derecho Natural, más que el Derecho Común, en sentido estricto.

VI. PARA TERMINAR

También si queremos transformar el aforismo: “*nadie es dueño de sus miembros*”/ *nemo est dominus membrorum suorum*, de regla negativa a positiva —en el sentido de que cada uno es dueño (*dominus*) de su cuerpo, exceptuándose los actos explícitamente prohibidos por el Derecho Divino y la ley humana,⁴⁶ el resultado de esta operación, a nuestro parecer, exclusivamente teórica, sería

el cual la confesión de un imputado aunque fuera suficiente para individualizar la pena que se le debe aplicar, no puede ser suficiente por sí sola, para su condena, porque debe ser averiguada con otras pruebas y referencias, sobre todo por causa de tres motivos: «1. Nemo est Dominus membrorum suorum; 2. Ex sola sua Confessione nemo potest haberi pro delinquire; 3. Confessio non potest facere Delictum, ubi non est». Sobre la figura de este magistrado, cf. L. GARLATI, v. *Mirogli Filippo*, in DBGI, pp. 1355-1356.

⁴⁴ Sobre el cual cf. G.D. GUYON, v. *Bohier* (*Boyer, Boerius*) *Nicolas*, en *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, cit., pp. 95-97.

⁴⁵ N. BOHIER, *Decisiones Supremi Senatus Burdegalensis*, Francofurti, Sump-tibus Ioannis Baptistae Schonwetteri, 1665, decisio 262, p. 527, n. 4.

⁴⁶ Retomando el noto fragmento de D.1.5.4.pr., en que el jurista romano Florentino precisaba que «la libertad es la facultad natural para cada uno, de hacer lo que quiera, a menos que algo no sea prohibido por violencia o por

análogo a aquél consecuente a la aplicación de la regla originaria.

En efecto en los inicios del siglo XVII, el magistrado español Balthasar Gómez de Amescua, en su *Tractatus de potestate in se ipsum*, al manifestar su insatisfacción para la regla ulpiana, preferió transformarla en los términos positivos que acabamos de mencionar y llegó a la misma conclusión de dicha regla, dado que la señoría reconocida al individuo sobre su cuerpo, no podía incluir la elección de morir, ni a la de vulnerarlo o mutilarlo;⁴⁷ tal opinión también se fundamentaba en las fecundas reflexiones de los teólogos de la Segunda Escolástica, que al retomar algunas referencia de Santo Tomás de Aquino, habían reconocido al hombre como consecuencia de su libre arbitrio, un «uso del cuerpo y las acciones, pero no de la vida ni de sus miembros (*usus sui corporis et actionum suarum, non autem vitae, et membrorum suorum*)».⁴⁸

Ya nos encontramos en plena edad moderna.

Derecho (*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*).

⁴⁷ B. GÓMEZ DE AMESCUA, *Tractatus de potestate in se ipsum*, Panhormi, Apud Erasmum Simeonem, 1604, L. II, cap. 14, fo. 150va, n. 36: «Válidamente confirmó según lo que probamos en todo el tratado, que cada uno tiene la potestad de disponer de su propio cuerpo, con la excepción de lo que se refiere a la muerte, al herirlo o mutilarlo de un miembro (*Valide confirmo ex his, quae in toto tractatu probamus, unumquemque habere in corpus suum potestatem de eo disponendi, praeterquam, quoad mortem, aut vulnus, aut membri mutilationem*)»; este pasaje es puesto de relieve también por M.S. TESTUZZA, «Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi». Il *Tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescua*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 142, nt. 61, a la que remitimos también para la información biográfica del autor y de su obra.

⁴⁸ GÓMEZ DE AMESCUA, *Tractatus de potestate in se ipsum*, cit., L. I, cap. 4, fo. 15rb, in fine. Un análisis de las obras de los teólogos utilizadas por el autor, se encuentra en J. DE AZCÁRRAGA, *Balthasar Gómez de Amescua «Tractatus de potestate in se ipsum»*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Incontro di studio Firenze 16-19 ottobre 1972, Atti a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 441-446.

Y la edad moderna como se sabe, verá la progresiva aparición y afirmación de nuevas teorías filosóficas de la libertad del hombre, con su capacidad de ser sujeto de derechos; así, como el resultado de este itinerario, también la problemática de la disponibilidad del cuerpo, no se sustraerá «al patrón del derecho real ni aquél de las obligaciones»;⁴⁹ los cuales como comentamos en la parte inicial, están en la base del contenido del art. 5 del Código Civil italiano⁵⁰ y por lo tanto, completamente extraños a la elaboración de la ciencia del derecho intermedia (*scientia iuris*).

Entonces podríamos terminar diciendo, *prima facie*, que tal elaboración hoy pertenece a la historia en la manera como se enfrentó al problema y por sus postulados ideológicos. Sin embargo, si lo ponderamos mejor (*melius re perpensa*) la experiencia del Derecho Común cuando nos transmite una visión *personalística* del problema de los «actos de disposición del cuerpo humano» aunque parta de supuestos de una moral cristiana, que difícilmente se encuentran en la sociedad moderna, a mi parecer puede ofrecer aún hoy, al legislador y al intérprete jurídico útiles elementos de reflexiones, sobre todo en la perspectiva de que todo el Derecho también el más rudo y atormentado, siempre y de veras debe estar «en el interés de los hombres (*hominum causa*)».⁵¹

⁴⁹ Como oportunamente subraya TESTUZZA, «Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi», cit., p. 142.

⁵⁰ Para dicha visión general que sin embargo resulta envejecida en ciertos aspectos cf. M. PESANTE, v. *Corpo umano (atti di disposizione)*, en *Enciclopedia del Diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 653-664.

⁵¹ Según la frecuente admonición de los Doctores medievales, con base en lo que ya afirmaba el jurista romano Hermogeniano en el III siglo d.C. y que se puede leer en la apertura de D.1.5.2 («Siendo todo el derecho constituido en el interés de los hombres/ *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*): de lo que se desprende la «sustanza umanissima», objeto del pensa-

BIBLIOGRAFÍA SELECTA

- AZCÁRRAGA, J. de, *Balthasar Gómez de Amescua «Tractatus de potestate in se ipsum»*, en *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Incontro di studio Firenze 16-19 ottobre 1972, en la edición a cargo de P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1973.
- BRECCIA, U., PIZZORUSSO, A., *Atti di disposizione del proprio corpo*, edición a cargo de R. Romboli, Pisa, Plus, 2007.
- CALASSO, F., *Introduzione al Diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1970.
- CALORE, E., *Volenti non fit iniuria: una regula romana?*, en «*Revue internationale des droits de l'antiquité*», 62 (2015).
- CAPRIOLI, S., v. *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, X, Torino, Utet, 1993.
- GROSSI, P., *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, ora en ID., *Scritti canonistici*, edición a cargo de C. Fantappiè, Milano, Giuffrè, 2013.
- LANDI, A., *Iste actus non est virtus. Il suicidio fra scelta consentita e illecito penale nell'esperienza del Diritto comune*, in *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, I, *La prospettiva storica*, edición a cargo de A. Landi y A. Petrucci, Torino, Giappichelli, 2016.
- LANDI, A., *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Spigolature tra dottrina e prassi sull'elaborazione di regole e principî nel tardo Diritto comune*, en *Principios y reglas*. México, Escuela Libre de Derecho, 2010, actualmente en ID., *Storia giuridica per*

miento jurídico (cf. F. CALASSO, *Introduzione al Diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1970, rist. inalt., p. 190).

futuri giuristi. Temi e questioni, Torino, Giappichelli, 2015.

MONTORZI, M., *Fides in rem publicam. Ambiguità e tecniche del Diritto comune*, Napoli, Jovene, 1984.

PESANTE, M., v. *Corpo umano (atti di disposizione)*, en *Enciclopedia del Diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962.

TESTUZZA, M. S., «*Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi*». *Il Tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescúa*, Milano, Giuffrè, 2016.