

GLOBALIZACION/MARGINACION: ¿IMPLOSION DEMOGRAFICA?

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

1. Vivimos los días de un cambio de *era de la historia*, impuesto en gran medida por la ampliación de las posibilidades técnicas surgidas del desarrollo del capitalismo¹. En nuestro tiempo se está produciendo la mayor *revolución* que haya sucedido jamás. Aunque la expresión «revolución» es altamente multívoca, la empleamos para referirnos al cambio de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto, incluyendo la variación de los protagonistas de las decisiones más importantes, autoritarias y autónomas, y de los criterios que emplean². En la revolución se modifican la organización jurídica, moral y cultural general de la sociedad. Aunque frecuentemente es violenta, no consideramos a la violencia como característica principal.

En el despliegue de esa revolución hoy vivimos un «desconcertante» cambio de los valores, en mucho afirmado por la disminución notoria de las posibilidades del *Estado* de cuño moderno que los consolidaba, e incluso una *violencia* individual difundida y esporádicos procesos bélicos, aunque parece que el capitalismo está más cerca de su sueño de cambiar sin guerras³.

(*). Profesor titular y director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

1. Pueden v. nuestros "Estudios de Historia del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
2. Respecto de la noción de revolución es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., 1987, págs. 109 y ss.
3. Puede c. por ej. nuestro estudio "Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)", en "Investigación y Docencia", N° 26, págs. 20 y ss.

2. Si el curso de la modernidad estuvo signado por las «grandes revoluciones» producidas en los Estados o generadoras de nuevos Estados, a veces proyectadas fuera de sus fronteras (revoluciones inglesas, norteamericana y francesa), culminó con dos grandes *revoluciones planetarias*, denominadas «Guerras Mundiales», o tal vez mejor, en la Guerra Mundial en dos etapas que presenció el siglo XX que ahora concluye. Hoy, esa amplitud del proceso de cambio planetarizado sucede en la *globalización/marginación*⁴. Parece culminar el proceso de «mundialización» iniciado con los grandes viajes modernos, cuyo exponente más notorio es la hazaña de Magallanes-Elcano. Tal vez se esté formando una nueva estatalidad, de alcance planetario, que quizás algún día llegue a la liberalización y la democratización, como sucedió con los Estados de molde moderno.

El capitalismo *incluye*, casi sin fronteras, personas, materias y espacios que necesita, *excluyendo* a todo lo demás. Por eso, en especial en cuanto se refiere a las personas, puede decirse que en realidad el proceso es de «globalización/marginación». Si bien parece característico de la vida la inclusión y la exclusión, esto sucede en nuestros días con la fuerza especial que posee el capitalismo desarrollado, cuyas técnicas ocupan por el momento al menos todo el ámbito del Planeta. De aquí, por ejemplo, que Occidente vive su generalizado proceso de *desocupación* y de limitación y reencauzamiento de la *reproducción humana*, tal vez en contraste con la *prolongación temporal* y la *proyección virtual* de la vida, que se van mostrando cada vez más posibles⁵.

4. Respecto de la globalización/marginación pueden v. por ej. nuestros estudios “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación...” cit., N° 27, págs. 9 y ss.; “Una perspectiva bioética: vida y globalización”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 1, págs. 43 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación...” cit., N° 25, págs. 25 y ss. Asimismo es posible c. v. gr. McLUHAN, Marshall (con la colaboración de Quentin FIORE y Jerome ANGEL), “Guerra y paz en la aldea global”, trad. José Méndez Herrera, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985; ORSI, Vittorio, “Las Claves de Davos 97”, Bs. As., ABRA, 1997; URRIOLOA, Rafael (coord.), “La globalización de los desajustes”, Venezuela, Nueva Sociedad, 1996; TOMLINSON, John, “Globalization and Culture”, The University of Chicago Press, 1999; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, “La aldea global”, Txalaparta, Tafalla, 1997.
5. En relación con la idea hecha célebre por Jeremy Rifkin acerca del fin del trabajo (“The End of Work”, Tarcher-Putman, 1995), puede c. v. gr. el artículo de Gladys ADAMSON “Postmodernidad y la lógica cultural del capitalismo tardío” (<http://fuentes.csh.udg.mx/CUCSH/Sincronia/Adamson.htm>).

Cabe v. por ej. nuestro estudio “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación...” cit., N° 20, págs. 35 y ss.; BURKS, Arthur W., “Computer theory”, en AUDI, Robert, (ed.), “The Cambridge Dictionary of Philosophy”, 3ª. reimp., Cambridge University Press, 1997, págs. 143 y ss.

En cuanto a la crisis de la propiedad individual es posible v. el reciente libro de Jeremy Rifkin “The Age of Access” (Putnam, 2000).

Vale reconocer que, según lo indica el nombre, el «*capitalismo*» no es un «*humanismo*», ni un «*laboral-ismo*», ni un «*naturalismo*», ni un «*vitalismo*». Según ~~el~~, la marcha de la vida está en gran medida determinada por las necesidades ~~y las~~ imposiciones del capital. Quizás no sólo haya que hablar de la división del trabajo social, sino de la creciente «exclusión del trabajo»⁶. Tal vez no sea sin motivo que se habla del siglo de la «bio-tecnología» y se discute la propia noción de vida⁷.

3. Recién a principios del siglo XIX se estuvo en condiciones de brindar las primeras estimaciones de la población humana, pero parece que al menos en los últimos tiempos ésta ha crecido y crece de manera *constante*, aunque *diferenciada*. En 1685 la población era de 500 millones de personas, en 1800 ya éramos 1.000 millones, en 1890 se trataba de 1350 millones, en 1910 había 1665 millones y ya en 1939 se consideraban 2.125 millones⁸. En 1999 se calculaban 6.000 millones de seres humanos⁹.

Europa fue durante cierta época el continente con la mayor densidad de población, pero hoy es afectado por procesos de despoblación. El desarrollo de la población europea, que llegó a configurar una verdadera «explosión», se produjo con particular intensidad en la modernidad, en correlación con las posibilidades e incluso con los reclamos del capitalismo¹⁰. Aunque se temió ante fenómenos innegables de desocupación, durante la modernidad el capitalismo requirió y pudo mantener crecientes cantidades de personas, que de alguna manera le eran «necesarias», al menos para un consumo que hoy va pasando de un carácter masivo a otro en el que avanza más la sofisticación.

Pudo decirse que el desarrollo industrial de los diversos países, unido a la mecanización creciente de las labores agrícolas, hacía necesario el incremento del concurso de brazos, mas esto es lo que ha entrado en crisis, culminando con el ya presente fenómeno de la «robotización»¹¹.

6. Cabe recordar DURKHEIM, Emile, "La división del trabajo social", trad. Carlos G. Posada, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985. No obstante, v. por ej. respecto del fin del trabajo RIFKIN, "The End ..." cit.
7. Pueden v. por ej. el libro de Jeremy Rifkin "The Biotech Century" (Putnam, 1998) y las discusiones contra lo que a veces se llama su concepción "*bioapocalíptica*".
8. C. por ej. LERNER, Icael, "Geografía Económica General", Bs. As., de Ciencias Económicas, 1957, pág. 21.
9. Para 2050 se estiman entre 7.300 y 10.700 millones de personas (United Nations Population Fund, "Estado de la Población Mundial 1999" - <http://www.unfpa.org/swp/1999/spanish/grafica1.htm>).
10. LERNER, op. cit., págs. 23/4.
11. Íd., pág. 26. V. BURKS, op. cit.

La *tensión demográfica* ya era evidente desde hace tiempo, en cuanto el campo tenía una tasa de natalidad muy alta pero ésta se compensaba con las migraciones a las grandes ciudades. También se producían traslaciones externas, que hicieron a Europa un área fuerte de emigración. Hoy, sin embargo, estos movimientos tienen un sentido inverso a las que marcaron la expansión del «Viejo Continente». La Europa occidental es una zona de inmigración. A su vez, países como la Argentina, que fueron áreas de inmigración, constituyen regiones de emigración¹². Es más: a través del perfeccionamiento de las posibilidades técnicas de *reproducción y no reproducción* e incluso de *prolongación* de la vida, el sistema selecciona con más agudeza lo que «necesita». El sistema capitalista se ha ingeniado siempre para obtener lo que necesita y rechazar lo que le estorba. Todo esto sucede con la vida de muchas personas en todo el Planeta, aunque las técnicas de obtención y rechazo tienen particular despliegue en el mundo «desarrollado».

Existe una gran tensión entre *economía* y *democracia*, entre la utilidad y la «humanidad», pero parece evidente que ésta no posee la fuerza para reorientar a la economía en decisiones profundas, en gran medida porque la psicología de las poblaciones está orientada en sentido económico. Es cierto que en algunos casos, como en la gran influencia de los factores agrícolas en la política económica comunitaria europea, la democracia ha tenido ciertos triunfos, pero al menos en las áreas periféricas esto no suele suceder. Si hay que consumir los productos sofisticados del capitalismo, es necesario cumplir sus reglas, sean cuales fueren. La gente se manifiesta contra el mercado, incluso con violencia, pero ganan las elecciones los modelos de mercado.

La cultura occidental penetra y *desestabiliza* las culturas, mas luego se niega a recibir los resultados de esa desestabilización. Las reuniones y las medidas para atender a la problemática demográfica mundial no sólo han evidenciado discrepancias profundas, han dado resultados sólo muy parciales.

Parece que la cuña entre producción y consumo abierta por la revolución industrial, de la que tanto esperó Marx, hoy se va cerrando nuevamente, pero en un sen-

12. Para países demográficamente "aluvionales" como la Argentina, la reducción de las posibilidades de desarrollo económico y el desempleo tienen especiales fuerzas promotoras de la emigración. Desde 1820 a 1930 los Estados Unidos de América recibieron 37.700.000 inmigrantes y Argentina desde 1857 a 1939 obtuvo 7.400.000, pero las capacidades de incorporación (si no de asimilación) permanente han sido diferentes. Pese a las tendencias que predominaron hasta no hace mucho tiempo, la Argentina parece estar viviendo el desarraigo de la inmigración.

tido de exclusión tecnológica de quienes no participan de los mismos, diverso de los alcances humanistas indicados por Toffler¹³

4. Uno de los mayores interrogantes planetarios de nuestros días, que más afectan a la *Macrobioética* y al *Macrobioderecho*, es el del porvenir de los crecientes millones de marginales del sistema capitalista¹⁴. Tal vez, por medios más «pacíficos» o «bélicos», esté por producirse un enorme proceso de «implosión» demográfica, acorde con las nuevas circunstancias del capitalismo, no sólo en las áreas «centrales». ¿Se trata de una «implosión» correlacionada con una «explosión»? ¿Hasta dónde y con qué límites los países «desarrollados» están dispuestos a limitar la presión demográfica que reciben? La explosión tecnológica nos hace pensar que los peligros que señalaba Malthus son hoy, de modo creciente, más ideológicos que reales; no se trata tanto de que no haya con qué mantener nuevas bocas, sino de que el sistema no está dispuesto a hacerlo, tal vez, mejor, dispuesto para hacerlo¹⁵. La exigencia de reducción de la población no se refiere a los medios de subsistencia, sino a sus necesidades para el sistema. La *concentración del capital*, que es cada día más evidente, significa en otros términos la «concentración de la vida».

Quizás la implosión en la generación de vida esté acompañada de una «explosión» *selectiva* en la duración e incluso en la virtualidad. ¿Qué papel jugará la enorme cantidad de personas que pueden llegar a tener los niveles de edad que hoy estimamos como de alta ancianidad? ¿Cómo será la vida de los hombres que podrán considerarnos, tal vez, los últimos de «vida corta»? ¿Cuál será la continuidad del gigantesco proceso de adaptación del hombre, por las aptitudes que le «sobran» o le «faltan» en su participación en el sistema capitalista? ¿Cómo se resolverán las tensiones entre la vida real «sobrante» y la expansión de la «vida virtual»?

13. V. por ej. MARX, Karl, "Trabajo asalariado y capital", en rec. con otros trabajos, trad. Ediciones Progreso, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985; MARX, Karl (y ENGELS, Federico), "El Manifiesto Comunista", en "El Manifiesto Comunista y otros ensayos", trad. Ediciones Progreso, Madrid, Sarpe, 1985, págs. 27 y ss. (la edición incluye también el cit. "Trabajo asalariado y capital"); TOFFLER, Alvin, "La tercera ola", trad. Adolfo Martín, Orbis, t. I, 1985, págs. 25 y ss. y 51 y ss. La desocupación, que Marx no había desconocido, asume hoy caracteres tan intensos que excluyen la fuerza conflictiva del proletariado. La contradicción sistemática por la existencia del proletariado ha disminuido de manera impresionante.

14. Puede v. nuestro estudio cit. "Una perspectiva bioética: vida y globalización".

15. Es posible recordar, v. gr., MALTHUS, Robert, "Primer ensayo sobre la población", trad. Patricio de Azeárate Díz, Madrid, Sarpe, 1983.

5. Estos son algunos de los mayores desafíos que han de considerar y ayudar a solucionar en sus perspectivas macroscópicas la Bioética y el Bioderecho¹⁶. En definitiva, también en estos sentidos cabe preguntarse cuál será el porvenir de nuestra especie en la era que se inicia.

No podemos ni queremos prescindir de los grandes beneficios que aporta el desarrollo económico y tecnológico, pero creemos que urge, al fin, una *Filosofía de la Economía y de la Técnica*¹⁷.

16. Un importante enfoque en relación con las posibilidades de superar estos grandes desafíos puede v. por ej. en KAUL, Inge - GRUNBERG, Isabelle - STERN, Marc A. (ed.), "Global Public Goods - International Cooperation in the 21st Century", Nueva York, The United Nations Development Programme, 1999.

17. Es posible c. nuestras "Notas de Filosofía de la Tecnología", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 20, págs. 95 y ss.

LAS BASES DE LA CULTURA OCCIDENTAL Y LA BIOETICA EN UNA NUEVA ERA HISTORICA *

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI **

1. Aunque la Bioética y el Bioderecho reciben atención en muy diversos lugares del Planeta, en lo profundo se trata de cuestiones originadas por la cultura de *Occidente*¹. Una y otra perspectiva, moral y jurídica, pueden ser planteadas desde puntos de vista más generales o particulares, de modo que es factible diferenciar la “*Microbioética*” y el “*Microbioderecho*” de la “*Macrobioética*” y el “*Macrobioderecho*”². Respondiendo siempre a las grandes raíces de la cultura occidental, en los enfoques más “limitados” de la Microbioética y el Microbioderecho es más reconocible la tensión entre los grandes principios de “autonomía”, “beneficencia”, “intimidad” y “no discriminación”, en tanto en los más amplios de la Macrobioética y el Macrobioderecho se aprecia mejor el tenso desenvolvimiento de la relación globalización/marginación, de inclusión y exclusión de los despliegues vitales y las perso-

*. Notas básicas de la exposición que efectuara el autor en las Ias. Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho en la Facultad de Derecho de la UBA el 23 de agosto de 2000.

**. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR.

1. Es posible v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

2. Cabe tener en cuenta, v. gr., nuestro estudio “Una perspectiva bioética: vida y globalización”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 1, págs. 43 y ss.

nas según sean o no útiles al sistema que -no sin razón- es denominado “*capitalista*”, no laborista, ni naturalista, menos todavía humanista³.

En las perspectivas “macro” se advierte la tensa vinculación entre el *mercado* y la economía, con sus tendencias plutocráticas y tecnocráticas, y la *democracia* y los derechos humanos, con sus aspiraciones de mayor “autonomía”. En términos de valores, puede decirse que hay una gran tensión entre el abrumadoramente predominante valor utilidad con otros valores, por ejemplo, la salud, la justicia, la verdad y la propia “humanidad” (como deber ser cabal de nuestro ser). Uno de los grandes interrogantes de nuestros días se refiere al porvenir de los que “sobran” e incluso de las partes de nosotros mismos que resultan “sobrantes”. Todo esto genera una gran violencia, más o menos física, desde dentro y fuera del sistema. Vivimos en una *nueva era*, impuesta por la cultura occidental, signada por las enormes posibilidades tecnológicas y los sorprendentes desarrollos de las comunicaciones, la información y la biotecnología.

Estamos lejos de ignorar las *maravillas* logradas por Occidente, entre las que cabe destacar la prolongación y el mejoramiento de muchas de las condiciones de vida, al punto que quizás los de mi generación seamos los últimos “hombres de vida corta”, pero también hay realidades *negativas*, como el predominio de la tristeza, con debilitamiento del sentido de la “fiesta” y el imperio del espectáculo, y la reducción del sentido de la piedad, y otras manifestaciones que hoy son de *difícil evaluación*, como la modificación de roles inmemoriales de “padre”, “madre”, “varón”, “mujer”, etc., sobre los que en gran medida se construyó nuestra vida psíquica⁴.

3. Respecto de la globalización/marginación pueden v. por ej. nuestros estudios “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación y Docencia”, N° 27, págs. 9 y ss.; “Una perspectiva bioética: vida y globalización”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 1, págs. 43 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., N° 25, págs. 25 y ss.; “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs. 41 y ss. Asimismo es posible c. v. gr. McLUHAN, Marshall (con la colaboración de Quentin FIORE y Jerome ANGEL), “Guerra y paz en la aldea global”, trad. José Méndez Herrera, Barcelona, Planeta De Agostini, 1985; ORSI, Vittorio, “Las Claves de Davos 97”, Bs. As., ABRA, 1997; URRIOLA, Rafael (coord.), “La globalización de los desajustes”, Venezuela, Nueva Sociedad, 1996; TOMLINSON, John, “Globalization and Culture”, The University of Chicago Press, 1999; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, “La aldea global”, Tlalaparta, Tafalla, 1997.
4. Cabe c. nuestro artículo “Derecho y espectáculo en la postmodernidad”, en “Revista”, Colegio de Abogados de Rosario, agosto de 1999, págs. 22 y ss.

Todo esto es resultado de la cultura occidental, y sólo comprendiéndola nos es posible reconocer el curso histórico en el que estamos inmersos. La enormidad de enfoques exige una selección de temas e interpretaciones que pueden o no compartirse, pero nuestro propósito es promover la “reflexión” respecto de la comprensión temporal de la Bioética y el Bioderecho.

2. Como señalaba Hegel, Occidente es una cultura apoyada en el equilibrio de los despliegues *marítimos y terrestres* de la vida. El hombre marítimo tiene el coraje de abandonar el piso “natural” y hacerlo con su propia destreza. Occidente es hijo del Mediterráneo y luego proyectó su desarrollo hacia el Atlántico. Tal vez si no hubiese existido el mar “navegable” que penetra en la tierra, en un fenómeno único en el Planeta, nuestra cultura no hubiese existido. El hombre que navegó el Mediterráneo luego voló y llegó a la Luna.

La cultura marítima de Occidente se caracteriza por el gran desenvolvimiento de una cultura “*contra*” la naturaleza, futuriza y protagonizada por individuos, con un excepcional *despliegue económico*.

3. Aunque suelen señalarse influencias iránicas no del todo desdeñables, creemos que el primer gran aporte para la existencia de Occidente proviene de Grecia. A la cultura griega le debemos el significado de la creencia en *Prometeo*, es decir, en el pecado eficaz, en el pecado triunfante; en *Atenea*, nacida de la cabeza de Zeus, y la tensión entre *Apolo*, dios del orden, y *Dionisos*, dios de la explosión vital. Es el hombre prometeico el que hoy procura para sí el poder sin límites de la biotecnología, que le hará capaz de “inventar” nuevos seres y de ordenar a su parecer el desborde dionisiaco de la vida.

A Grecia le debemos también la sed de saber sin límites de la *Filosofía*, que Sócrates pudo mostrar como un “saber que no se sabe” y los consecuentes desarrollos de la *ciencia* e incluso su aprisionamiento en la *técnica*, que hoy predomina sobre lo filosófico y lo científico. Es notorio que no sería posible la problemática actual sin la sed infinita de saber y de cierto modo de saber para el hacer que nos legó el mundo griego.

En la herencia de Grecia están el arte antropocéntrico y la ilusión de *Pigmalión*, que nos llevan a venerar las dimensiones humanas e incluso la búsqueda de la creación. Además está en el legado griego el enorme significado de la breve pero inolvidable capacidad de autogobierno en la *democracia*. Aunque tal vez dominada por el mercado, la democracia es un rasgo de la cultura occidental actual.

4. Occidente es hijo también de *Roma*, a quien debemos el desenvolvimiento del *Derecho Privado patrimonial* de la propiedad privada y la libertad de contratación, ante las cuales el propio “césar” encontraba limitaciones. Tal vez no sería concebible la autonomía bioética sin los sentidos fuertes del contrato y la propiedad romanos.

Pese al autoritarismo imperial, de modelo oriental, Roma evidenció una capacidad asombrosa de *administrar* un enorme imperio, ordenando medios a fines prácticos, que es predecesora de la actual sociedad “sansimoniana” de la administración de las cosas, aunque entre ellas también estemos de cierto modo nosotros mismos.

5. Otro de los mayores pilares de Occidente es el *judeocristianismo*, que es al menos la columna vertebral de nuestra cultura. No desconocemos que en el judeocristianismo se halla el nada prometeico modelo de Adán, quien luego de pecar se humilla, pero también está el paradigma del *Dios persona* diferenciado del mundo, *omnisciente, omnipotente, omnipresente, irrepresentable* e incluso de cierto modo innombrable, que se *encarnó* en un hombre y *resucitó*.

El hombre occidental actual, del dominio de la energía nuclear, de la informática y la genética, viene a realizar la milenaria aspiración judeocristiana de la omnisciencia, la omnipotencia y la omnipresencia a través de una descollante capacidad de abstracción, por la que tanto hizo la irrepresentabilidad básica de la divinidad. Tal vez en la encarnación cristiana, en la carne de María pero por obra y gracia del Espíritu Santo, se manifieste la sed del presente de que la cultura encauce de modo radical las posibilidades vitales de la materia. Las ansias de resurrección, comunes con otros pueblos de la época pero aquí convertidas en fundamento de la religión, son una de las claves para comprender nuestra negación de la muerte.

La diferenciación cristiana entre el *mundo divino* y el mundo terrenal humano es una de las sendas para la diferenciación entre el Derecho, la Religión y la Moral, que acabó por ser uno de los pilares de la cultura occidental, aunque esto puede sufrir al menos modificaciones por algún período, si se acentúan los temores ante las enormes posibilidades actuales.

Frente al sentido de la alegría que a veces alcanzó el mundo grecorromano, por ejemplo en el epicureísmo, se destaca el clima de relativa “tristeza” del judeocristianismo, luego dominado por las influencias estoicas. Tal vez la tristeza e incluso el relativo resurgimiento de las religiones y las sectas en la actualidad tengan relación con la decadencia del espíritu festivo que, por ejemplo, tuvo el Renacimiento.

6. Occidente es también hijo del legado de los germanos, que nos brindaron la

posibilidad de individualidades integradas en fuertes sentidos de comunidad tan presentes (aunque con diversos grados) en las culturas alemana e inglesa:

Con la presencia del elemento germánico comienza la “medievalidad” y en ella, luego de un período llamado de la “noche de la historia” donde el judeocristianismo fue el puente entre dos mundos, comenzó a desenvolverse de nuevo la economía “capitalista”, con su creciente predominio de las cosas y la técnica.

Si bien una de las primeras respuestas cristianas ante el capitalismo fue la negación franciscana, en seguida encontramos el intento de integración que a través de la razón y la fe hizo Santo Tomás de Aquino, con su filosofía de fuertes raíces metafísicas. No obstante, ese intento “continental” fue a su vez pronto cuestionado por la anglosajona reacción de Occam, quien escindió el sistema tomista diciendo que a Dios se lo conoce por la fe y al mundo por la experiencia. Así se abrían senderos el empirismo y el pragmatismo anglosajones y la actual separación entre la ciencia y la técnica y la ética.

En la vertiente anglosajona de Occidente encontramos también el especial desenvolvimiento del calvinismo, sujeción del cristianismo al capitalismo que cree que el éxito en los negocios es una manifestación de la elección divina. Es interesante ver cómo la religión del Maestro que enseñó la bienaventuranza de los pobres y los que lloran terminó proclamando el alto valor del éxito en los negocios.

Es en el mundo anglosajón donde se desarrollaron el sentido de la protección del propietario de las ideas de Locke y la vocación de liberación de la economía respecto de la “moral”, tal vez la específica moral capitalista, que surge de la obra de Adam Smith.

7. En la vertiente occidental “continental” cabe destacar el afianzamiento de la distinción entre el Derecho y la Moral, que tanto debe a la obra filosófica alemana, y las quizás mortales descargas que contra la metafísica tradicional dirigió Kant, generando mucho más allá de sus aspiraciones, la “cultura flotante” de la actualidad.

Los desafíos técnicos de nuestros días son también hijos de la Revolución Industrial con su empleo de nuevas fuerzas de producción, que irían recorriendo el camino del carbón, el petróleo, la electricidad y el átomo.

8. En la etapa contemporánea del gran ciclo de la modernidad Goethe nos mostró el mejor “Fausto”, el personaje tan típicamente occidental capaz de vender su alma, la cultura consagrada, al diablo, una nueva cultura, con el anhelo de vivir. El mismo literato filósofo humanista nos advirtió, sin embargo, sobre lo que sucede al aprendiz de brujo, que es capaz de poner en marcha mecanismos que luego no sabe

controlar, como podría suceder con las posibilidades biotecnológicas actuales, aunque vale recordar que en el relato del gran pensador hay un final feliz.

No sería posible comprender a Occidente sin entender también la ambición del Superhombre de Nietzsche, para cuya realización hay al fin que ir más allá del bien y del mal y “matar a Dios”. Para muchos, sobre todo para quienes no acepten el papel “cocreador” del hombre por el que tanto hizo Teilhard de Chardin, sólo la culminación prometeica de la muerte de Dios permitiría la aparición de las nuevas especies que quizás ahora vaya siendo posible generar.

9. Cuando el 6 de agosto de 1945 estallaba la primera bomba atómica en Hiroshima, simbólicamente estallaba un mundo. Tal vez antes había explotado la confianza moral en Auschwitz. Desde entonces vendría configurándose la actual postmodernidad, con el estallido de la información y del secreto de nuestro patrimonio genético⁵. Desde entonces vivimos la crisis del espacio, el tiempo y la materia.

10. Las características del mundo actual son el resultado de las raíces de Occidente, pero en realidad deben vivirlas hombres de culturas muy diversas, que a me-

5. Acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestro artículo “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 19, págs. 9 y ss.; asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, “Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 21, págs. 67 y ss. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean François, “La condición postmoderna”, trad. Mariano Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I. 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Postmodernidad y Derecho”, Bogotá, Temis, 1993; VATTIMO, Gianni, “El fin de la modernidad”, trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, “Critique de la modernité”, Fayard, 1992; CALLINICOS, Alex, “Contra el Postmodernismo”, trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven - KELLNER, Douglas, “Postmodern Theory - Critical Interrogations”, Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., “Technology Time and the Conversations of Modernity”, Nueva York - Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, “Postmodernism and Popular Culture - A Cultural History”, Cambridge, University Press, 1994; AUDI, Robert (ed.), “The Cambridge Dictionary of Philosophy, Cambridge, University Press, 2ª. reimp., 1997, “Postmodern”, págs. 634/5. Asimismo es posible c., v. gr., HABEL, Marc, “Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis”, en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, Vol. 83, 2. págs. 217 y ss. V. por ej. además ROJAS, Enrique, “El hombre light”, 11ª. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respecto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPOVETSKY, Gilles, “La era del vacío”, trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendanx, 8ª. ed., Barcelona, Anagrama, 1995. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. ADORNO, Theodor W., “Minima moralia - Reflexiones desde la vida dañada”, trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea - Taurus - Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., MARCUSE, Herbert, “El hombre unidimensional”, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968.

nudo no tienen ninguno de los legados constitutivos que acabamos de referir, con todas las dificultades de participación que esto les trae aparejadas.

Respecto de las grandes posibilidades abiertas por el desenvolvimiento occidental y tal vez expresando las propias raíces antes señaladas, en lo personal somos moderadamente optimistas. Cada uno deberá encarar las posibilidades extraordinarias, con frecuencia positivas pero también negativas, del mundo actual, desde su particular punto de vista. En nuestro caso, como profesor de Filosofía del Derecho profundamente amante de la cultura griega, lo hacemos desde la búsqueda del delfico conocimiento de nosotros mismos⁶. Quizás le quepa a Occidente y a cada uno de los occidentales, como una posibilidad de nuestra propia historia, el gran esfuerzo por conocernos a nosotros mismos. Tal vez, conocernos sea una manera de dominarnos.

6. Puede v. por ej. HIPERVÍNCULO <http://www.lector.net/phydic98/delfos.htm>; <http://www.lector.net/phydic98/delfos.htm>; también v. gr. <http://www.prometheus-ist.com/oruga.htm>

UN TEMA PARA DEBATIR: LA SELECCIÓN DE LA ESPECIE HUMANA EN UNA NUEVA ERA HISTÓRICA (*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (**)

1. Aunque múltiples desvíos que han conmovido la conciencia ética de la humanidad hacen que el tema hoy sea casi prohibido, sin entrar a consideraciones axiológicas podemos reconocer el *hecho* de que, a semejanza de otras especies, la humanidad parece estar sometida a un proceso de *selección*, en el cual tienen cierta participación las acciones conscientes de los propios hombres¹.

(*). Documento para una reunión del Area de Bioética y Bioderecho del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

(**). Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR.

1. En relación con el gran debate acerca de la evolución cabe recordar la obra clásica de DARWIN, Charles, "El origen de las especies", trad. José P. Marco, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985. Respecto de la importancia de la inteligencia en la evolución, v. por ej. BERGSON, Henri, "La evolución creadora", trad. María Luisa Pérez Torres, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985. En general, c. v. gr. FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5ª. ed., Bs. As., Sudamericana, t. I, 1965, págs. 603 y ss. ("Evolución"). En 1893 Thomas Henry Huxley ("Evolution and Ethics") decía que el progreso moral de la sociedad no se alcanza ni imitando el proceso cósmico ni guareciéndose al abrigo de sus consecuencias, sino combatiendo este proceso. Es posible c. por ej. <http://cerezo.pntic.mec.es/~jarsuaga/>; <http://www.el-mundo.es/diario/1998/03/25/sociedad/25N0068.html>; <http://www.archimadrid.es/salfayome/menu/pasados/revistas/99/jul99/num173/enport/enport01.htm>. Puede suceder cada vez más con los hombres la *modificación voluntaria* que Darwin rechazó en general como causa de la evolución de las especies, v. por ej. op. cit. t. I, pág. 11.

Cada tipo de cultura practica las acciones de selección humana con un estilo especial, que a veces se ha referido a la disponibilidad de la fuerza física, en otros casos ha apuntado a la preferencia de los más dotados intelectualmente, etc.². En nuestros días la cultura occidental impulsa al mundo a *nueva era*, caracterizada por una enorme revolución tecnológica referida a las comunicaciones, la información, la genética, etc., por un gigantesco proceso de globalización/marginación y al fin por el abrumador predominio de la economía³. En esa nueva era, las posibilidades de selección de la especie humana parecen acercarse a una vía antes casi unimaginable: la de la *modificación genética* por el obrar humano⁴.

2. Entre las grandes discusiones que se han podido librar en el terreno axiológico, siempre ha sido posible debatir si se ha de tener a cada *individuo* o a la *especie* como un fin en sí⁵. El discurso de la cultura occidental, sobre todo desde el judeocristianismo y su relativa afirmación laica en las ideas de Kant, ha sostenido de modo predominante que cada hombre, hecho a imagen y semejanza de Dios, es un fin en sí⁶. Sin embargo, esa afirmación no ha impedido que, aunque fuera “moderado”, el proceso de selección continuara desarrollándose. Hoy, cuando las posibilidades abiertas por la biotecnología son enormes, parece que las sendas de selección *por la conducta humana* serán sorprendentes.

2. También puede interpretarse que la selección está en relación con las fuerzas de producción.
3. Es posible v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
4. Mucho tendrá que ver el Proyecto Genoma Humano, sobre cuyos alcances éticos y jurídicos hay varias discusiones. Entre los diversos pronunciamientos cabe c., por ej., la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO de 1997 (<http://www.unesco.org/opi/29gencon/212e.htm>) y el del HUGO Ethics Committee (9 April 2000) integrado por los profesores Kare Berg, Jose Maria Cantu, Ruth F. Chadwick, Abdallah S. Daar, Eve-Marie Engels, Bartha Maria Knoppers, Darryl R.J. Macer, Renzong Qiu, Hikaru Takebe, Ishwar C. Verma, Dorothy C. Wertz, el Hon. Justice Michael Kirby y el Dr. Thomas H. Murray (<http://www.biol.tsukuba.ac.jp/~macer/benshare.html>). También es factible c. por ej. <http://www.congresso.cl/biblioteca/estudios/genoeti.htm>; <http://www.chasque.apc.org/damaso/ecosur/society.htm>; <http://www.diariomedico.com/ultimas/not010300c.html>.
- Queda en el margen la enorme posibilidad humana actual de modificar otras especies.
5. Posiciones intermedias pueden decir, por ejemplo, que el individuo es un fin en sí para el avance de la especie.
6. Cabe c. por ej. KANT, “Cimentación para la metafísica de las costumbres”, trad. Carlos Martín Ramírez, 2º. ed. en B.I.F., 1964, págs. 127/8.

3. Ante esas posibilidades, vale interrogarse, como respecto de todo “reparto” de lo que favorece al ser y la vida, en qué medida habrá conducción o juego de “distribuciones” por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar⁷. Entre las cuestiones más importantes en estos días, se halla la que se refiere al “papel” que respecto de nuestra especie tendrán las decisiones de los individuos particulares interesados, las familias, los gobernantes, los científicos y los técnicos y al rol del juego de las fuerzas económicas.

Cabe pensar en una tensión entre tales decisiones y sucesos producidos por los hombres y la marcha de la especie, podría decirse que los hombres nos apartaremos de los “dictados” de la especie; mas también es factible pensar que en realidad se trata de una “astucia” de ésta, que se vale de sus hombres para cumplir su proceso de selección.

La enorme grandeza de las posibilidades que se abren ante nosotros nos llevan a preguntarnos, como ya lo hiciera Goethe, sobre los riesgos de la actitud del “*aprendiz de brujo*”. No nos es dado saber con certeza si la modificación de las condiciones de la especie significará una contribución al afianzamiento de la vida individual o colectiva o a su destrucción.

4. Es conjeturable que ante las grandes posibilidades nuevas de la selección el tema se plantee con más fuerza o que, por el contrario, la magnitud de los cambios que lleguen a hacerse factibles origine, al menos temporariamente, la detención en la consideración de las cuestiones e incluso esfuerzos para frenar los avances en el dominio genético.

La comprensión del proceso de selección, cuando éste adquiere posibilidades tan extraordinarias, abre más vías para lo que, real o imaginariamente, consideremos nuestras decisiones valiosas.

La profundización de la tensión “individuo - especie” es uno de los rasgos de la nueva era.

7. V. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 47 y ss.

BIOÉTICA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: RUMO À CONSTRUÇÃO DO BIODIREITO¹

JUDITH MARTINS-COSTA(*)

*“Combien durera ce manque de l’homme mourant au centre de la création
parce que la création l’a congédié?”*

(RENÉ CHAR, A LA SANTÉ DU SERPENT, VIII, COMMUNE PRESENCE)

Sumário

- I) O Direito como construção de “modelos de respostas”.
 - A) O modelo da incomunicabilidade;
 - B) O modelo da interconexão.
- II) A dignidade da pessoa humana como princípio comum ao Direito e à Bioética.
 - A) A reconstrução do conceito de pessoa.
 - B) Os limites do conceito. Conclusão.

(*). Doutora em Direito (Universidade de São Paulo) Professora Adjunta na Faculdade de Direito da Universidade Federal do RGS e Membro do Comitê de Bioética do Hospital de Clínicas de Porto Alegre.

1. Este texto é, com adições, o apresentado em 2.07.2000 ao III Congresso Brasileiro de Bioética e I Congresso de Bioética do Conesul, PUCRS, Porto Alegre no painel “Interrelações entre a Bioética e o Direito”, constituindo estudo preliminar acerca do tema, tal como vem sendo desenvolvido em Grupo de Estudos coordenado pela autora no âmbito da Faculdade de Direito (Graduação e Pós-Graduação) da UFRGS como líder do Grupo de Pesquisa “A construção do biodireito: a normatividade jurídica da bioética”, do CNPq.

O anúncio pela comunidade científica internacional, do “mais importante mapa feito pela humanidade”, como disse o Presidente Clinton ao aludir ao sequenciamento do código genético, faz sair a reflexão bioética das salas das universidades para situá-la como um tema de interesse do homem comum, do leitor dos grandes jornais - este mesmo leitor que, em 1997, restou perplexo, quando noticiados os resultados das experiências realizadas pelo Doutor Ian Willmullt que resultaram na criação da célebre ovelha Dolly.

A estupefação do leitor de jornais reflete, em larga medida, a perplexidade do jurista: ela não é devida, contudo, como a do leigo, apenas aos inacreditáveis fatos científicos, mas é acrescida por uma dúvida crucial: como compatibilizar a reflexão ética propiciada pelos novos paradigmas científicos com a racionalidade “utilitarista” comumente atribuída ao regramento jurídico? A razão prática está na preocupação do jurista na medida em que o Direito não apenas “é” a produção de normas, ele também “serve” à produção de normas destinadas a resolver casos mediante decisões, para alcançar escolhas e ações de relevância social², no seu fulcro residindo, portanto, uma aporia fundamental - saber o que é justo, aqui e agora, pois a cada problema social concreto uma resposta, também concreta e imediata, **deve** ser dada pelos Tribunais.

À questão de saber como compatibilizar a reflexão ética propiciada pelos novos paradigmas científicos com a racionalidade prática do regramento jurídico - que traduz, afinal, a complexidade das interfaces entre a Bioética e o Direito - subjazem outros problemas igualmente complexos. Respondê-la implica questionar: Para que serve o Direito? Como ele é feito? Como ele é aplicado? Implica desmentir certas concepções que vêem o Direito como o produto de um legislador demiúrgico e autoritário; implica fundamentalmente falar do Direito como “regulamentação coordenada dos comportamentos sociais”, regulamentação, contudo, que não se desvincula da experiência social concreta, e que constitui a síntese de uma tríade - segundo a concepção de Miguel Reale - entre fato, valor e norma, isto é, o fato social, o valor ético que lhe é atribuído por cada sociedade, em cada momento da sua história, e, finalmente, a recolha deste fato, valorado eticamente, por uma norma dotada de poder de coerção, como o é a norma jurídica³.

2. F. Viola e G. Zaccaria, “Diritto e Interpretazione- Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto”, Ed. Laterza, Roma, 1999, p. 402.

3. Sobre o tridimensionalismo veja-se em especial, “Teoria Tridimensional do Direito”, Ed. Saraiva, 5ª edição, 1994, “Verdade e Conjetura”, Ed. Nova Fronteira, 1983, “Fundamentos do Direito”, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1998, e “Fontes e Modelos do Direito - para um novo paradigma hermenêutico”, Ed. Saraiva, 1994.

Responder àquela questão implica, por igual, situar o escopo da Bioética e o seu estatuto epistemológico, matéria ainda não consensual entre os estudiosos e aventar a possibilidade da construção de um Biodireito, tema ainda menos consensual na doutrina.

Na arriscada tentativa de alinhar algumas respostas a estas questões, proponho o exame do tema a partir da compreensão dos modelos de construção das respostas jurídicas (I). Posteriormente, examino se há princípios comuns que possam atuar como ponte entre a reflexão bioética e a construção de soluções jurídicas (II).

I) O Direito como construção de modelos de respostas

Foi o racionalismo iluminista que pensou o fenômeno jurídico como um sistema de regras, dividindo a experiência social em dois distintos planetas - o planeta do Direito e o planeta do não-Direito. Foi a assunção pelo Estado, na Revolução francesa, da tarefa de criar as regras jurídicas e arrumá-las em conjuntos de leis - os códigos - que fez o ordenamento jurídico aparecer como um sistema fechado de regras, postas por ato de autoridade estatal, regras que traduziriam a totalidade dos comportamentos sociais merecedores de tutela jurídica, sendo, por isto, excludentes de outras fontes de normatividade. E foi, enfim, o cientificismo oitocentista - prolongado, em larga escala, no século XX - que tentou perspectivar o Direito numa ciência “pura”, isto é, livre da “contaminação” de outros setores vitais da experiência humana, como a Ética, a História, a Economia⁴.

A concepção derivada dessas idéias vigorantes nos últimos 200 anos, foi conhecida como *legalismo*, termo que indica a pretensão de reduzir o fenômeno jurídico a uma de suas manifestações - a lei de origem parlamentar - fazendo crer à sociedade que, a cada novo problema, seria necessária a intervenção autoritária do legislador para fazer com que a nova realidade, saindo do obscuro campo do “não-Direito” fosse, assim, jurisdicizada.

Esta concepção foi, contudo, posta em crise no século XX, principalmente na sua segunda metade⁵. Diferentemente do que ocorria no passado, hoje o Direito não é visto tão só como ciência, mas, fundamentalmente, como prudência, como arte

4. Sobre o tema o meu “A Boa Fé no Direito Privado”, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, em especial Parte I.
5. Para este exame, veja-se, entre tantos, K. Larenz, “Metodologia da Ciência do Direito”, trad. de José Lamego, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997, Parte Histórico-Crítica.

prudencial que está interrelacionada, fundamentalmente, com as demais instâncias componentes do todo social, notadamente a Ética. A sociologia aponta ao fenômeno das leis que “não pegam”, isto é, que não têm verdadeira eficácia social, porque divorciadas da realidade do seu tempo, dos suportes éticos que as tornariam consensualmente aceitáveis.

Por isto o acerto da concepção pela qual as normas jurídicas que resultam das fontes constituem, por certo, expressão de modelos prescritivos, sendo porém dotados de um essencial **sentido prospectivo**⁶, consistindo a positivação das normas um verdadeiro **processo de positivação**. Superado o dogma da estaticidade da produção normativa - como se o positivar de regra jurídica consistisse num único e isolado ato, o de “pôr” o Estado a regra, por um ato de autoridade chamado “promulgação” - foi possível perceber o caráter dinâmico da positivação, a qual é como composta por dois complexos momentos: um, estático, fixo e atomístico, qual seja, a promulgação, por ato de autoridade, em regra a autoridade legislativa; e outro dinâmico, processual e “total”.

Diz-se que este segundo momento é dinâmico e processual porquanto é progressivamente estabelecido pelos destinatários do ato político estatal, a comunidade, sejam os que têm por função interpretar e aplicar as regras legais (juizes e funcionários administrativos)⁷, sejam os cidadãos, membros da comunidade juridicamente organizada. Por esta razão compreende-se que o “dever-ser” ínsito à norma jurídica não é um mero enunciado lógico mas, como afirmou Miguel Reale, “um dever-ser que se concretiza na experiência social, correlacionando-se com conjunturas factuais e exigências axiológicas”⁸.

Da alteração da concepção de fonte chegou-se, por igual, à alteração do modelo pelo qual se expressa a normatividade mesmo na fonte legal: ao lado dos modelos cerrados, nos quais o fato da vida, ou comportamento social devido, vem perfeitamente caracterizado e conectado a uma determinada consequência - isto é, o chamado modelo da tipicidade, na qual há uma espécie de pré-figuração, pelo legislador, do comportamento típico - passa-se a utilizar em certas disciplinas, como o Direito Civil e o Constitucional, também modelos abertos. Nestes o legislador não de-

6. Miguel Reale, “Fontes e Modelos”, cit., p. 30.

7. Ver G. Zaccaria, “Sul Concetto di Positività del Diritto”, in “Diritto Positivo e Positività del Diritto”, org. G. Zaccaria, Ed. Giappichelli, Milão, 1989, pág. 329, e ainda: “*La positività giuridica non costituisce e non può essere concepita come l'espressione pressochè esclusiva di un'autorità che pone, quanto piuttosto come l'esito di un procedimento e di una prassi articolata di soggetti, che continuamente si fanno*”.

8. Miguel Reale, op. cit., p. 31.

senha o comportamento típico, ao contrário, utiliza uma linguagem intencionalmente vaga, aberta, fluída, caracterizada pela ampla extensão do seu campo semântico⁹.

Estes modelos abertos, vazados em linguagem “vaga”, são apropriados para canalizar, juridicamente, as exigências axiológicas fundamentais da comunidade, tanto na Bioética quanto no Direito. Por isto afirma-se que estas vêm expressas preferencialmente em **princípios**. Compreendem hoje os juristas que o ordenamento é composto por princípios e por regras, ambos espécies integrantes de um mesmo gênero, o das normas jurídicas¹⁰.

O ordenamento jurídico apresenta-se, assim, não como um sistema fechado de regras que têm a pretensão da plenitude legislativa e da completude lógica, mas como um sistema aberto de princípios e regras, constituindo a sua positivação um processo no qual intervém o legislador, o juiz e a comunidade.

O que são princípios jurídicos? Inúmeras respostas têm sido dadas a esta questão, e entre elas a resposta de Alexy, segundo o qual princípios são o mesmo que **valores**. Porém, como o Direito trata do que deve ser, **do que é devido**, há entre ambos os conceitos uma diferença a ser notada. Utilizando a classificação de von Wright¹¹ entre conceitos deontológicos (v.g., mandato, dever-ser, ordem, proibição, permissão, direito a), axiológicos (v.g., bom, mau, belo, corajoso, seguro) e antropológicos (v.g., vontade, interesse, necessidade, decisão) Alexy assenta a distinção: “Princípios e valores são o mesmo, contemplado em um caso sob um aspecto **deontológico** e sob um aspecto **axiológico**”¹².

Como nos princípios é ainda mais nítida a processualidade e dinamicidade da positivação - pois deve haver uma espécie de adesão moral da comunidade que permita a sua concreção mediante determinados significado e alcance - observa-se a ra-

9. Ao invés de descrever a factualidade, emprestando-lhe determinada consequência jurídica, o legislador reconhece que é impotente para apreender, previamente, a totalidade das situações de vida merecedoras de tutela jurídica. Por isto, em determinadas situações, notadamente aquelas em que os padrões sociais não estão firmemente assentados, ou não podem ser assentados senão de forma provisória, como ocorre com os padrões técnicos e científicos, limita-se o legislador a conferir, mediante o modelo aberto, uma espécie de “mandado” para que o juiz possa, progressivamente, e à vista da alteração nos paradigmas sociais, culturais, científicos, éticos, etc., regular os casos concretos, criando, complementando ou desenvolvendo aquelas normas postas como “programas”, isto é, indicações de fins a perseguir ou de valores a garantir (Acerca da linguagem das cláusulas gerais escrevi em “A Boa Fé no Direito Privado”, cit., pp.273 a 380).

10. Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, trad. esp. de Ernesto Garzón Valdés, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 e ss.

11. In “The Logic of Preference”, *apud* Alexy, op. cit., p. 139 e 140.

12. Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, op. cit., p. 147.

ção pela qual, por intermédio dos princípios o Direito reaproxima-se da dimensão ética, afastada que fora pelo formalismo legalista, apresentando-se como um sistema axiologicamente orientado¹³. Ao modelo da incomunicabilidade entre o Direito e as demais instâncias do todo social, notadamente a Ética, substitui-se o modelo da conexão, comunicabilidade e complementaridade.

Ilustrativa deste novo modelo é a Constituição Federal. Diferentemente do que ocorria no passado, quando às Constituições era emprestada a missão de tão somente definir as normas de organização e competência do Estado, hoje em dia tem-se a “Constituição principiológica”, que transforma em direito positivo, direito legal, certos princípios que tradicionalmente eram tidos como pré-positivos, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, entre nós expressamente reconhecido como princípio estruturante ou fundante do Estado Democrático de Direito¹⁴.

Inscritos comumente em cláusulas gerais, caracterizando o que se convencionou chamar de “conceitos jurídicos indeterminados”, os princípios ensejam uma nova maneira de aplicar o Direito: ao juiz hoje é reconhecida a competência de não apenas subsumir certos fatos às regras que os descrevem, mas, igualmente, o poder de concretizar - isto é - tornar concretos, atuantes e operativos - os princípios que traduzem valores.

Estas transformações metodológicas possibilitam a crítica e a reconstrução de certos conceitos fundamentais do Direito, abrindo espaço, por igual, à construção do Biodireito, termo que indica a disciplina, ainda nascente, que visa determinar os limites de licitude do progresso científico, notadamente da biomedicina¹⁵, não do ponto de vista das “exigências máximas” da fundação e da aplicação dos valores morais na praxis biomédica - isto é, a busca do que se “deve” fazer para atuar o “bem” - mas do ponto de vista da exigência ética “mínima” de estabelecer normas para a convivência social¹⁶. Assim é que, muito embora recebendo contestações - porque importaria na “jurisdicizarização” indevida da biomedicina - mesmo assim tem crescido o endosso à formação do Biodireito como disciplina jurídica da bioética¹⁷.

13. Claus-Wilhelm Canaris, “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, trad. ^a Menezes Cordeiro, Ed. Fundação Gulbenkian, 1989, p. 66 e ss.

14. CF, art. 1º, inciso III.

15. Laura Palazanni, “Il concetto di persona tra bioetica e diritto”, Ed. Giappichelli, Turim, 1996, p. 9.

16. Idem, p.p. 9 e 10.

17. Anota Patrick Fraisseix: “*la question de la nécessité comme de l’opportunité d’une “judiciarisation” de la biomédecine mérite d’être aujourd’hui dépassée gâce aux prodiges parfois inquiétants réalisés par la science*”. (La protection de la dignité de la personne et de l’espèce humaines dans le domaine de la biomédecine: l’exemple de la Convention d’Oviedo”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, avril-juin 2000, p. 374

O Direito desenvolve-se na História, e, por isto, um de seus papéis é o de mediar a dialética que por vezes resta estabelecida entre a tradição e a ruptura, entre os processos de continuidade e os de descontinuidade social. Seu papel não é, pois, o de cercear o desenvolvimento científico mas, justamente o de traçar aquelas exigências mínimas que assegurem a compatibilização entre os avanços biomédicos que importam na ruptura de certos paradigmas e a continuidade do reconhecimento da Humanidade enquanto tal, e, como tal, portadora de um quadro de valores que devem ser assegurados e respeitados.

Para o estabelecimento destas “exigências mínimas” interessará basicamente o conceito de **pessoa humana**, hoje em plena reelaboração teórica.

II) A Dignidade da Pessoa Humana como princípio comum ao Direito e à Bioética.

Sob o seu estatuto epistemológico particular, o Direito também se ocupa da vida - do nascer e do morrer, de quem é pessoa, de sua filiação, de seus valores existenciais e de suas relações patrimoniais, de seus direitos (isto é, dos direitos que concernem à pessoa) e de seus deveres e responsabilidades. Portanto, falar em Direito é falar fundamentalmente em **pessoa** e em **relação** - o modo como se estabelecem as relações entre as pessoas (individual ou coletivamente consideradas), e as relações das pessoas com as coisas, bens materiais e imateriais.

Se em nosso horizonte axiológico o mais relevante for a relação entre a pessoa e os bens, economicamente avaliáveis, cresce em importância a idéia de pessoa como **sujeito titular de um patrimônio**. Essa idéia foi a modulada pela Era Codificatória, assim entendida a que se seguiu às grandes codificações oitocentistas correspondentes à ascensão do individualismo burguês e do capitalismo. Aí foi desenhada a idéia de pessoa como “sujeito” e como “indivíduo”.

O discurso jurídico é sempre um discurso conotado¹⁸ e, por recorrências lexicais diversas, seu dicionário é de certa forma, autônomo¹⁹. Pessoa, Sujeito, Personalidade são palavras que têm diversas conotações no tempo e no espaço²⁰. No dis-

18. A expressão é de A. J. Greimas, em “Semiótica e Ciências Sociais”, tradução de Alvaro Lorencini e Sandra Nitrini, Ed. Cultrix, São Paulo, 1981, 75 ss.

19. A. J. Greimas, “Semiótica e Ciências Sociais”, cit., 76.

20. Como sintetiza com precisão Maren Taborda, com base na lição de Riccardo Orestano (in II “Problema delle persone giuridiche” in “Diritto Romano”. Turim: Giappichelli, 1968), “no Direito Romano antigo, a palavra ‘pessoa’ tinha o significado normal de ‘homem’, sem qualquer alusão à sua capacidade. Embora largamente empregado, o termo *persona* não tinha um valor técnico, e tanto era ‘pessoa’ o homem livre quanto o escravo - *persona servi* -, ainda que este não fosse conside-

curso pandectista do século XIX, a palavra “sujeito” depreendeu-se das subjetividades que mais tarde a psicanálise viria revelar e conotou-se a uma idéia externa, objetivada, por assim dizer, a idéia de um “sujeito” que é visto tão só como “termo” ou “elemento” da relação jurídica, como aquele que pode (é capaz de) ser titular de direitos, atuando na ordem jurídica. Sujeito que é privilegiadamente o “indivíduo”, porque não mais definido pela pertença a um grupo, casta, classe, família, *status*, porque apartado (dividido) de um todo, de uma comunidade que o ultrapassa²¹: significações reveladoras da “lógica proprietária”²² que revestiu a própria idéia de pessoa humana.

Submergida a idéia de “pessoa” na de “indivíduo” (ao senso “egoísta” do termo) e não-visualizada a de “personalidade” pela preeminência do conceito técnico de “capacidade”, traçaram-se as tramas semânticas que acabaram por fundir o “ser pessoa” com o “ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações”. Em outras palavras, **instrumentalizou-se a personalidade humana**, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da idéia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do Direito²³, ponto que

rado sujeito de direito. Para o ser sujeito de direito, além da condição ‘ser homem’, concorriam mais três, a saber: ser livre, cidadão e senhor de si mesmo - *sui iuris*. Só nos textos pós-clássicos é que emerge um emprego diverso do termo, para exprimir uma noção que se avizinha ao que os modernos entendem por ‘capacidade jurídica’. A mesma indistinção entre o “ser humano” e o “ser pessoa” continuou na compilação justinianéia e - recorro ainda a Maren Taborda - “os glosadores civilistas bolonheses continuaram a não lhe atribuir, em referência ao homem, qualquer particular significação jurídica, sendo apenas na canonística, mais precisamente na obra de Sinibaldo de Fieschi (futuro papa Inocêncio IV), que se passou a aplicar correntemente o termo *persona* para designar entidades coletivas com uma configuração unitária e abstrata distinta de seus membros particulares”. (“A Publicização da noção de pessoa jurídica como fator de construção da dogmática do “Estado de Direito”, inédito).

21. Da literatura, mais do que dos tratados jurídicos, vem esta compreensão. Lembro, a propósito, de “Au plaisir de Dieu”, o romance de Jean D’Ormesson (Gallimard, Paris, 1974).
22. A expressão é de Davide Messinetti, “Personalità” (Diritti della), verbete, in Enciclopedia Giuridica Giuffrè, Milão, 1984, p. 356
23. Veja-se as observações de Hans Hattenhauer, “Conceptos Fundamentales del Derecho Civil”, tradução espanhola de Pablo Salvador Coderch, demonstrando as razões pelas quais desde Kant ter assentado na “Metafísica dos Costumes” que “*pessoa é o sujeito cujos atos podem ser a si próprio imputados*” operou-se a transmutação da idéia de “pessoa” para a de “sujeito”, abrindo caminho para a consideração da pessoa como “mero material para a construção de relações jurídicas”, reduzindo-se a idéia de personalidade à noção de “capacidade de direito”. Na doutrina brasileira veja-se Alexandre dos Santos Cunha, “Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental do Direito Civil”, ensaio integrante de “A reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado”, org. Judith Martins-Costa, no prelo.

foi percebido com especial nitidez pela civilista argentina Aida Kamenmajer de Carlucci segundo a qual, sob a ótica codificatória oitocentista o dano (*“el mal hecho”*) à pessoa se justificava *“en la supuesta existencia de un verdadero derecho del sujeto sobre el próprio cuerpo, concebido a imagen y semejanza del derecho de Propiedad”*²⁴. A frase “eu sou dono de meu corpo” expressa lapidariamente esta lógica. O corpo humano, reificado, é visto como **objeto de um direito de propriedade**, integrante de um patrimônio individual, e, como os demais bens patrimoniais, pode ser objeto de mercancia²⁵.

Mas se, ao invés da relação entre a pessoa e os bens em primeira plana estiver a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser “humana” - isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular - passa o Direito a construir princípios e regras que visam tutelar essa dimensão existencial²⁶, não-patrimonial, mas ligada fundamentalmente à proteção da pessoa e da personalidade humana e daquilo que é o seu atributo específico, a qualidade de “ser humano”.

A valorização desta dimensão tem origem, paradoxalmente, na barbárie do século XX - o totalitarismo estatal²⁷, econômico ou científico²⁸ - o qual teve como contrapartida a afirmação do valor da pessoa como titular da sua própria esfera de personalidade que, antes de ser vista como mero suposto do conceito técnico de capacidade, fundamenta-se no reconhecimento da dignidade própria à pessoa humana.

24. “Codigo Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, dirigido por Belluscio y zannoni, Astra, Buenos Aires, 1984, p. 34, comentário ao art. 68, *apud* J. Moisset Iturraspe, “El daño fundado en la dimensión del hombre”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1, 1995, p. 34.
25. Veja-se o instigante texto de Marie-Angèle Hermite, “Le corps hors du commerce, hors du marché”, Archives de Philosophie du Droit, T. 33, p. 323 e ss., na qual propõe a categorização das “coisas de origem humana” como escapatória à lógica do mercado para a apreciação daquilo que, no corpo, pode ser objeto de relação jurídica (sangue, órgãos, etc).
26. Por esta razão, e, aliás, como tudo no Direito, o conceito de pessoa não é “dado”, mas um “construído Expressou com rara felicidade esta idéia François Mitterrand, em mensagem dirigida em 1985 aos participantes de colóquio sobre genética, procriação e direito, ao afirmar: “a história dos direitos do homem é a história da própria noção de pessoa humana, da sua dignidade, da sua inviolabilidade”. (“Atas do Colóquio Génétique, Procréation et Droit, Actes Sud, P.U.F, 1985, p. 14, cit., por Mario Raposo, “Procriação Assistida - Aspectos Éticos e Jurídicos”, p. 91).
27. Acerca dos vários totalitarismos, notadamente o político, veja-se Celso Lafer, “A Reconstrução dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt”, São Paulo, Ed. Companhia das Letras, 1991.
28. Acerca especialmente do totalitarismo da ciência veja-se Bernard Edelman, “Sujet de droit et technoscience”, in La personne en danger, Paris, Ed. PUF, 1999, p. 397.

Esta é a “novidade” que tem, para o Direito, o princípio da dignidade da pessoa. Como explica Bernard Edelman²⁹, embora a palavra “dignidade” fosse há muito conhecida, e a idéia de uma dignidade própria ao homem remonte à filosofia de Kant, a idéia da existência de uma proteção jurídica que é devida em razão da dignidade liga-se fundamentalmente a um duplo fenômeno, a barbárie nazista (que fez alcançar a idéia de crimes contra a humanidade, no Tribunal de Nuremberg) e à biomedicina, que coloca em xeque a própria identidade da humanidade como espécie.

Por este caminho não isento de paradoxos e de *décalages* opera-se um câmbio semântico específico, verificase a passagem de um grau de significação a outro: a dignidade da pessoa, como princípio jurídico, vai designar não apenas o “ser da pessoa”, mas a “humanidade da pessoa”³⁰. Esta é vista de uma perspectiva que não a confunde conceitualmente com o “sujeito capaz juridicamente”, nem com o indivíduo atomisticamente considerado, significando, diversamente, “a reunião simbólica de todos os homens naquilo que eles têm em comum, a saber, a sua qualidade de seres humanos. Em outras palavras, é ela que permite o reconhecimento de uma pertença (*appartenance*) a um mesmo “gênero”: o gênero humano”³¹. A mudança de grau no significado está em que a dignidade é o atributo ou qualidade desta pertença: “se todos os seres humanos compõem a humanidade é porque todos eles têm esta mesma qualidade de dignidade no “plano” da humanidade; dizemos que eles são todos humanos e dignos de o ser”³².

Por isto é que, mais do que uma “vazia expressão”, como poderiam pensar os que estão ainda aferrados à concepção legalista estrita do ordenamento jurídico, a afirmação do princípio, que nos mais diferentes países tem sido visto como um princípio estruturante da ordem constitucional³³ - apontando-se-lhe inclusive um valor “refundante” da inteira disciplina privada³⁴ - significa que a personalidade humana

29. “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau”, in *La personne en danger*, Ed. PUF, 1999, p. 505.

30. Idem, p. 507.

31. Idem, p. 509, traduzi.

32. Idem, ibidem, traduzi.

33. Acolhem a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional, entre outros países, a Itália (art. 3º da Constituição de 1947), a Alemanha (art. 1º, alínea I da Lei Fundamental de Bonn), a Grécia (art. 7º da Constituição de 1975), Portugal 9 art.1, 13, parágrafo 1º e 26, parágrafo 2º da Constituição de 1976), a Espanha (art. 10, parágrafo 1º da Constituição de 1978).

34. Na literatura italiana, Pietro Perlingiere, “Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale” e na literatura brasileira, o artigo pioneiro de Maria Celina Bodin de Moraes, “A caminho de um Direito Civil Constitucional” e a monografia de Teresa Negreiros, “Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé”, Ed. Renovar, 1998.

não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente na medida em que a pessoa, considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui o “valor fonte” que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico.

É o que assinala o civilista argentino Jorge Mosset Iturraspe em termos cãndentes ao aludir à construção da categoria dos danos à pessoa : *“Afirmamos desde ya que se trata de un cambio revolucionario. De una modificación que dice del humanismo del enfoque actual y de la deshumanización del Derecho anterior”*³⁵. É, por igual, a perspectiva adotada pelo peruano Carlos Fernandez Sessarego, pioneiro na América Latina no destacar a proteção jurídica à pessoa humana: *“Referirse a la protección de la persona humana supone, como cuestión previa, determinar que tipo de ente es ella, considerada en si misma, per se. Es decir, indagar por la naturaleza misma del ser sometido a protección jurídica”, pois é “la necesaria aproximación a la calidad ontológica del bien a tutelar (que) nos permitirá precisar tanto los criterios como la técnica jurídica susceptibles de utilizar para lograr este primordial objetivo”*³⁶. Ou como entre nós afirmou recentemente Josaphat Marinho ao aludir à disciplina dos direitos da personalidade, “o homem, por suas qualidades essenciais, e não propriamente o dado econômico, torna-se o centro da ordem jurídica”³⁷.

A compreensão da dimensão e da operatividade deste princípio permite o enfrentamento jurídico de alguns aspectos que têm sido apontados pela Bioética como suas questões centrais. Por exemplo, em matéria de reprodução humana assistida, principalmente aquelas relativas à fecundação *in vitro*, é a tutela jurídica da pessoa que tem provocado verdadeira revolução no domínio da responsabilidade extrapatrimonial, por forma a permitir a solução de questões ligadas a falhas na segurança do material genético doado, seja devido à transmissão de defeitos genéticos, de doenças infecciosas, seja à guarda do material doado (possibilidade de furto, de destruição não intencional, de manipulação criminosa, de troca, por negligência, do material de um doador por outro, etc).

Também as tormentosas questões relativas à relação entre médico e paciente, seja na ponderação entre o princípio (bioético e jurídico) da autonomia, de um la-

35. “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”, in “Daños a la persona”, Revista de Derecho Privado y Comunitário, T. 1, Ed. Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 1995, p. 11.

36. “Protección a la persona humana”, in Revista Ajuris nº 56, Porto Alegre, 1992, pp. 87 e 88.

37. “Os Direitos de Personalidade no Projeto do Novo Código Civil Brasileiro”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, col. Studia Iuridica, 40, in Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra, 2000.

do, e o dever médico de beneficência, de outro, podem ser melhor equacionadas pela concreção do princípio da dignidade da pessoa³⁸. Este desdobra-se, além do mais, em outros princípios constitucionais, como o da tutela à vida privada e à intimidade³⁹, o que tem ensejado aos Tribunais reequacionar casos de responsabilidade médica, por exemplo, pela indevida divulgação de dados relativos ao paciente, ou pela ausência de cuidados relativos ao bom resguardo do sigilo médico⁴⁰.

Será o princípio infringido - devendo a sua violação, ou a ameaça de violação receber resguardo jurídico, seja através de tutelas preventivas, seja mediante consequências indenizatórias, seja por cominações de nulidade - nos casos de mercantilização de sêmen e embriões e do próprio ser humano (“mães de aluguel”), ou, ainda em matéria de RHA, diante da possibilidade de eugenia, que também infringe o princípio constitucional da igualdade⁴¹, o qual proíbe qualquer discriminação, por raça, sexo ou gênero.

A concreção do princípio da dignidade da pessoa pode solucionar, ainda, algumas questões ligadas ao direito de família, resultantes, por exemplo, da exigência de consentimento do marido ou companheiro e à irrevocabilidade deste consentimento. Assim como ninguém pode ser compelido a ser doador de sêmen, ou a aceitar a paternidade de criança que é biologicamente descendente de outra pessoa, pois a autonomia é consequência do reconhecimento da dignidade, assim também o é a auto-responsabilidade. Por isto, nos casos em que houve inseminação heteróloga, com o consentimento do companheiro, gerado o novo ser este tem a sua dignidade reconhecida. Nesta perspectiva, o princípio da dignidade da pessoa conduz a uma interpretação conforme à Constituição das demais regras do sistema acaso não perfeitamente compatíveis e dos demais princípios, inclusive os bioéticos, tais quais os constantes do Código de Ética Médica⁴², de modo a poder-se concluir pela preclu-

38. Que se apresenta como a tradução jurídica de princípios bioéticos, como demonstram Esther Lopes Peixoto (“A tutela da engenharia genética: reflexões sobre a sua concretização no âmbito do Direito Privado”) e Paulo Gilberto Cogo Leivas (“A genética no limiar da eugenia e a construção do princípio da dignidade da pessoa humana”), ambos integrantes de “A reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado”, org. Judith Martins-Costa, citado.

39. CF, art. 5º, inc. X.

40. Veja-se o ensaio de Luciana Mabilia Martins, “O Direito Civil à Privacidade e à Intimidade”, também integrante de “A reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado”, org. Judith Martins-Costa, citado.

41. CF, art. 5º, *caput*.

42. Que integram o ordenamento jurídico, na medida em que atuam como tópicos hermenêuticos no momento da aplicação do Direito.

são do direito do homem que consentiu com a inseminação artificial heteróloga em sua mulher a impugnar posteriormente a paternidade, que é presumida.

O princípio tem fundamental importância também no que concerne ao tema da clonagem em seres humanos.

Em 1997, quando criou-se a famosa Dolly a partir da clonagem de uma célula diferenciada, um jornal inglês expressou, numa manchete um tanto alarmista, a perplexidade que ainda nos domina: *“Hoje a ovelha, amanhã o pastor”*⁴³. A clonagem, em si mesma considerada, pode trazer benefícios, um dos quais é o progresso da ciência, sabendo-se que a pesquisa básica é um dos horizontes axiológicos da humanidade e o conhecimento científico um dos grandes interesses humanos⁴⁴. Contudo, sem esquecer os benefícios que a clonagem efetivamente traz resta a questão ética que refletese necessariamente no Direito.

A questão ética em torno dos clones humanos, um dos temas recorrentes do imaginário humano, como lembra Marciano Vidal⁴⁵ recoloca no centro do debate bioético e biojurídico, e em plena era da chamada Pós-Modernidade, um dos eixos centrais da Modernidade, qual seja, a idéia de um Direito com valor universal, centrado na ética kantiana acerca da dignidade da pessoa humana: em todas as discussões que têm sido levadas a efeito nos meios científicos e nos comitês de bioética, o questionamento ético básico é o de utilizar um ser humano como meio e não como fim.

É do jusfilósofo Vicente Barretto a sagaz percepção da idéia kantiana de um “direito cosmopolita” como fundamento de uma disciplina ora nascente, o **Biodireito**. Numa época em que Direito e Filosofia não estavam perfeitamente distinguidos, Kant investigou a possibilidade de uma ordem jurídica fundada em valores universais e, à diferença dos filósofos que o antecederam, abandona a tradição jusnaturalista fundada na existência de princípios inatos ou naturais e lança a idéia de um “direito cosmopolita”⁴⁶.

43. Marciano Vidal, “Clonagem: Realidade Técnica e Avaliação Ética”, in *Ética e Engenharia Genética*, Concilium/275 - 1998-2, Ed. Vozes, Rio de Janeiro, 1998, pág. 125 -137.,

44. Vidal, op. cit., pág. 129.

45. E, por isto mesmo expressando-se seja por meio da literatura (o desejo fáustico de perpetuar-se idêntica e indefinidamente, ou o dublê de Dorian Gray para Oscar Wilde), do cinema de ficção científica (“Meninos do Brasil”), da revanche feminista da procriação sem a presença masculina, dos mitos acerca da procriação virginal ou assexuada, ou dos “duplos” Castor e Pólux de que fala a mitologia grega (ver Vidal, op. cit., págs. 130-131).

46. Vicente de Paulo Barretto, “Bioética, biodireito e direitos humanos”, in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, (org) de Ricardo Lobo Torres, Ed. Renovar, 1999, pág. 378.

Em rapidíssima síntese, consiste o direito cosmopolita no tipo de norma que ultrapassa as comunidades nacionais e identifica-se como sendo a norma de uma comunidade planetária. Assentou Kant no “*Projeto para uma Paz Perpétua*”, de 1790, que “em todos os lugares da terra rege-se de uma forma idêntica à violação do direito cosmopolita”, sendo este direito “um complemento necessário do código não escrito, tanto no direito civil, como no direito das gentes, em vista do direito público dos homens em geral”⁴⁷. Como explica Barretto, a idéia kantiana de direito cosmopolita refere-se, principalmente, ao entendimento de que a evolução histórica, e com ela as luzes da razão, iriam encontrar normas com fundamentação ética, que poderiam ser consideradas como uma forma de direito, que se imporiam com a força de sua própria racionalidade.

Por isto propõe, com integral pertinência, a utilização desta categoria para determinar até que ponto os valores éticos podem constituir-se em categorias racionalizadoras e legitimadoras de uma nova ordem jurídica, a que defronta-se e enfrenta os problemas trazidos pelo progresso científico, na medida em que “essa categoria do direito cosmopolita permite que se tenha uma leitura propriamente moral dos direitos humanos, podendo-se mesmo entender essa categoria de direitos como uma manifestação dos valores éticos no sistema jurídico”⁴⁸.

Ora, se a maioria das Constituições dos países ocidentais reconhece, de forma implícita ou explícita o princípio da dignidade da pessoa humana como o valor-fonte do ordenamento, é preciso reconhecer que a proposição kantiana retomada por Barretto concilia-se à perfeição não só com o comum *topos* constitucional mas, igualmente, com a série crescente de documentos e regulações, éticos e jurídicos, que pretendem ter validade universal, e do qual é o maior exemplo a recente Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, adotada pelo consenso de mais de 80 Estados representados na reunião do Comitê de Especialistas Governamentais do Comitê de Bioética da UNESCO, e apresentada para adoção na 29ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO realizada entre 21 de outubro e 12 de novembro de 1997⁴⁹.

47. Idem, pág. 381. A citação refere-se ao texto de Kant, transcrito por Barretto.

48. Idem, pág. 379.

49. A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos de 1997, após afirmar que “o genoma humano subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes”, constituindo, num sentido simbólico, “a herança da humanidade” (art. 1º) veda a possibilidade de o genoma humano em seu estado natural “dar lugar a ganhos financeiros” (art. 4º) e proíbe, taxativamente, “práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem reprodutiva de seres humanos” (art. 11). Toda a Declaração é fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, “direito de todos” (art. 2º, primeira parte) a qual resta especificada, neste campo, pela vedação de reduzir-se os indivíduos “a suas características genéticas”, impondo o respeito a “sua singularidade e diversidade” (idem, segunda parte).

Também refletindo o “direito cosmopolita” e igualmente assentados sobre o mesmo fundamento estão vários textos normativos internacionais⁵⁰, entre os quais destaca-se a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina adotada em 1996 pelo Conselho de Ministros do Conselho da Europa (“Convenção de Oviedo”), cuja configuração é de uma “convenção-quadro” “destinada a preencher o vazio jurídico no qual a biomedicina e suas aplicações (a genética) tem podido evoluir até o presente momento”, como acentua Patrick Fraisseix⁵¹. Entre os *consideranda* constantes no seu Preâmbulo está a advertência de que o uso desviado da Biologia e da Medicina pode conduzir à prática de atos que ponham em risco a dignidade humana.

O seu art. 2º determina que os interesses e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse isolado da sociedade ou ciência - escalonando, assim, os valores da dignidade e do progresso científico, com preeminência do primeiro. Em ambas, seja na Convenção europeia, seja na da UNESCO, encontra-se explícita a idéia de dignidade em sua dupla acepção, a dignidade do homem e a da humanidade, à qual se agrega a idéia da salvaguarda da identidade humana como identidade da espécie humana.

Os textos normativos da mais variada escala o afirmando, não só aos juizes, na tarefa de aplicar o Direito, e a comunidade científica, como destinatária das regras e princípios do ordenamento é que dirige-se o princípio da dignidade da pessoa humana. Este também está endereçado ao legislador infraconstitucional, que tem ao seu encargo o regramento de alguns casos problemáticos. A lei tem, muitas vezes, um valor simbólico, impondo com mais facilidade os limites que poderiam ser, em tese, deduzidos dos princípios constitucionais e daqueles afirmados nas convenções internacionais⁵².

50. Assim as normas que, ao longo do tempo, em especial a partir dos anos 80, vêm sendo produzidas pela Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, em especial as suas recomendações e resoluções como, exemplificativamente, as relativas aos direitos dos pacientes (nº 616/1976); à utilização de embriões e fetos humanos para fins diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais (nº 1046/1986 e 1100/1989), à AIDS e aos direitos humanos (nº 1116/89), à harmonização das regras em matéria de autópsia (nº 1159/91), a relativa à elaboração de uma Convenção de Bioética (nº 1160/91), que veio a resultar na Convenção de Oviedo.

51. “La protection de la dignité de la personne et de l’espèce humaines dans le domaine de la biomédecine: l’exemple de la Convention d’Oviedo”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, avril-juin 2000, p. 372.

52. Há questões que, por sua minudência, carecem de uma punctual regulamentação legislativa. Entre nós na questão da clonagem vigora a Lei 8974/95, que estabeleceu as normas para uso das técnicas de engenharia genética. O item IV do artigo 8º veda a “produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível”. Da mesma

O fato de o princípio dirigir-se ao legislador significa, fundamentalmente, que este está adstrito à sua observância por ocasião da elaboração legislativa. Em outras palavras, o legislador não é livre para elaborar o conteúdo da lei, pois, na forma do sistema constitucional vigente, deve observar os valores postos na Constituição, auxiliando a sua concreção, sob pena de inconstitucionalidade da lei.

Várias questões estão a merecer regulamentação punctual, como a questão do incesto: a proibição jurídica do incesto pode ser infringida na técnica da RHA heteróloga em razão da exigência de anonimato dos doadores. Dois valores, então, entrarão em choque, de um lado, a proteção da privacidade do doador, de outro o direito da criança assim gerada de conhecer a sua ascendência biológica.

Também está a merecer urgente regulamentação a candente questão da apropriação e mercantilização do material genético, que poderia ser objeto de registro e patenteamento, recaindo, assim sob as regras da propriedade intelectual. O anúncio da descoberta da cartografia genética colocou este tema na ordem do dia. O governo francês assegurou, pelo seu Ministro da Pesquisa da França, Roger-Gérard Schwartzberg, que os dados do projeto Genoma “foram colocados à disposição do domínio público desde sua obtenção, sem restrição de utilização”, entendendo que as seqüências brutas do genoma humano não podem ser patenteadas porque “o saber genético não pode ser confiscado.” Contudo, esta não é uma posição consensual. No mesmo dia, o Diretor Adjunto do Centro Nacional de Sequenciamento, o Genoscope, órgão que representa o país no Projeto Genoma Humano, Francis Quetier, afirmou à imprensa não haver “harmonização entre países parceiros no projeto, principalmente entre EUA e Europa”, no que se refere ao patenteamento de genes⁵³.

No Brasil vem de ser editada a Medida Provisória nº 2052⁵⁴ pela qual as instituições nacionais da área biológica podem se associar a instituições estrangeiras para pesquisar amostras de componentes do patrimônio genético do país, podendo inclusive o material ser remetido para o exterior⁵⁵. Empresas privadas, como a norte-americana Celera, realizam o sequenciamento do código genético e, com certeza,

forma, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, talvez extrapolando a sua competência legal, baixou uma Instrução Normativa 08/97, de 9 de julho de 1997, proibindo a manipulação genética de células germinativas ou totipotentes humanas, assim como os experimentos de clonagem em seres humanos. Vale ressaltar que atualmente existem quatro projetos de lei tramitando no Congresso Nacional sobre a questão da clonagem de seres humanos.

53. Folha de São Paulo, Caderno Ciência de 27.06.2000.

54. Publicada no DOU de 30 de junho de 2000.

55. Desde que assinado Termo de Transferência ou Contrato.

utilizarão seus dados segundo a lógica do mercado, como objeto suscetível de apropriação e de lucro, produzindo conhecimento para ser vendido.

Para além dos danos que pode trazer à humanidade (por exemplo, ao restringir o acesso aos dados por barreiras econômicas) a mercantilização do material genético implica também em atentado à vida privada: empresas de seguros poderão, com bases nesses dados, recusar seguro, ou aumentar o valor do prêmio, em face da potencialidade do organismo para certas doenças e empregadores poderão recusar trabalho⁵⁶.

Todas estas são angustiantes questões que animam e justificam a reflexão bioética, encontrando, porém, possível via de enfrentamento jurídico com base no princípio da dignidade e nas regras legais que para a sua concreção concorram.

Resta, contudo, a questão fundamental do Biodireito, para a qual o mencionado princípio não aponta de imediato uma solução: esta reside na própria idéia de “pessoa” que está na sua base⁵⁷.

Se já há um relativo consenso na comunidade internacional acerca da valência do princípio da dignidade da pessoa humana como cânone hermenêutico e integrativo para o juiz, como fonte de criação de deveres ao legislador e como imposição de limites aos cientistas, havendo concordância em fixar os limites da ação manipulativa não terapêutica lícita e ilícita no reconhecimento da pessoa, não se sabe, porém, **quem deve ser considerado pessoa**.

O conhecimento científico fez com que houvesse uma verdadeira “*décalage*” entre o conceito jurídico de “pessoa” e o conceito científico de “ser humano vivo”. É bem verdade que, na história, nem sempre houve a coincidência (basta pensar no estatuto do escravo e na personificação das coisas e animais, própria ao pensamento arcaico), havendo, contudo, indicações da coincidência já no Direito Romano e no Direito Medieval⁵⁸, muito embora certos textos romanos vissem no embrião mera parte das vísceras maternas, “*portio mulieros vel viscerum*”⁵⁹.

A Modernidade, ao construir os conceitos gerais-abstratos, assentou duas má-

56. “Nos EUA, a lei regula estes casos, proibindo a discriminação com base em “*handicap*” (Rehabilitation Act” de 1973 e o “Americans with disabilities act”, de 1990.

57. Para uma análise da “aventura semântica” que recobre o termo “pessoa” em perspectiva histórico-filosófica, e da sua atual recuperação como categoria prática, veja-se L. Palazzani, op. cit.

58. Demonstrando a existência de regras que asseguravam a paridade, no plano normativo, entre os conceitos de nascituro e nascido, Pierangelo Catalano, “Os nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-Americano”, Revista Dir. Civ. vol. 45, 1988, p.55.

59. Esta é a indicação que é difundida nos manuais. Assim, Caio Mario da Silva Pereira, “Instituições de Direito Civil”, vol. I, Ed. Forense, 14ª edição, 1993, p. 158, sem indicação da fonte romana.

ximas que até hoje fazem fortuna, qual seja, “todo o homem é pessoa” e “só o homem é pessoa”, qualificando, porém, como “homem” (ou como “pessoa”) o ser humano nascido com vida. A qualificação de pessoa restou assim condicionada a um determinado momento (o do nascimento), então tido como o do início da vida. Para o Direito vigente a “pessoa” à qual é reconhecida o atributo da “personalidade”, sendo portanto “sujeito” é o ser que nasce com vida⁶⁰, findando-se a personalidade com a morte.

Esta é a qualificação que agora vem posta em xeque, pois enquanto o Direito situa o início da vida no nascimento, a Biociência o situa anteriormente, na fertilização (fecundação ou concepção), inclusive a Psicologia percebendo já no embrião as características de individualidade e singularidade próprias de cada ser humano⁶¹.

Por isto é que, como assinala Laura Palazzani, “a originária e intuitiva coincidência entre “pessoa” e “ser humano” está posta em dúvida no debate bioético e biojurídico, com a conseqüente exclusão de alguns seres humanos do reconhecimento do estatuto de pessoa”⁶². A *décalage* entre Direito e a Biociência, fundando-se na separação entre vida biológica do ser humano e vida da pessoa, decorre da “teorização da post-cipação do início da pessoa ao início da vida do ser humano e da antecipação do fim da pessoa ao fim da vida do ser humano”⁶³.

Esta é, por conseqüência, a questão fundamental, o horizonte problemático da Bioética e do Biodireito.

Contudo, se como procurei demonstrar, não mais sobrevive a ficção de que o Direito é uma “ciência pura”, separada da Ética - se pelo contrário, os grandes temas jurídicos são também os grandes temas éticos - será tarefa da reflexão bioética fornecer ao Direito os parâmetros que permitirão a reconstrução da idéia de pessoa fundada na coincidência entre pessoa e ser humano. Poder-se-á pensar, as-

60. Código Civil, art. 4º, assegurando-se ao nascituro não o atributo da personalidade, mas certos direitos se chegar a nascer.

61. É de ser registrada a percepção de Pontes de Miranda, nos meados do século transcurso, ao afastar as teorias ficcionistas, que construíram a proteção do nascituro com a ficção de já ter nascido, ou as que pretendiam qualificar o nascituro como se personalidade tivesse em decorrência do início da vida, identificando “*homo e persona, o que vai entrar na vida social e o que já entrou*” (Tratado de Direito Privado, T. I, parágrafo 51). “Tal identificação”, afirma, “foge à verdadeira natureza do direito: protege-se o feto, como ser vivo, como se protege o ser humano já nascido, contra atos ilícitos absolutos e resguardam-se os seus interesses, para o caso de nascer com vida; biologicamente, o *conceptus sed non natus* já é homem; juridicamente, esse ser humano ainda não estreou na vida social, que é onde se enlaçam as relações jurídicas” (idem, ibidem).

62. Op. cit., p. 3, tradução.

63. Idem, p. 34, tradução minha.

sim, na extensão da idéia de “dignidade da pessoa” de um quadro de singularidade, que a caracterizou no séc. XX, para a apreensão daquilo que, no conceito, relaciona-se com o **gênero humano**, preenchendo-se o conteúdo do princípio com a noção de uma “dignidade da humanidade” que, entendida concreta, e portanto historicamente, atue como guia, critério e limite aos dilemas trazidos pela Revolução Biotecnológica.

Bibliografia citada

- ALEXY, Robert, **Teoria de los Derechos Fundamentales**, (trad. de Ernesto Garzón Valdés) Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARRETTO, Vicente de Paulo Barretto, “*Bioética, biodireito e direitos humanos*”, in **Teoria dos Direitos Fundamentais**, (org de Ricardo Lobo Torres), Renovar, 1999, pág. 378.
- CANARIS, Claus-Wilhem **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito** (trad. de Antonio Menezes Cordeiro), Lisboa, Fundação Gulbenkian, 1989.
- CATALANO, Pierangelo, “*Os nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-Americano*”, Revista Dir. Civ. vol. 45, 1988, p.55.
- CUNHA, Alexandre dos Santos “*Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental do Direito Civil*”, in **A reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado**, org. Judith Martins-Costa, no prelo.
- D'ORMESSON, Jean, **Au plaisir de Dieu**, Paris, Gallimard, 1974.
- EDELMAN, Bernard Edelman, “*Sujet de droit et technoscience*”, in **La personne en danger**, Paris, PUF, 1999.
- . “*La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*”, in **La personne en danger**, Paris, PUF, 1999.
- FRAISSEIX, Patrick. *La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaines dans le domaine de la biomédecine: l'exemple de la Convention d'Oviedo*, in Revue Internationale de Droit Comparé, nº 2, avril-juin 2000.
- GREIMAS, A J. **Semiótica e Ciências Sociais**, (trad. de Alvaro Lorencini e Sandra Nitrini), São Paulo, Cultrix, 1981.
- HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del Derecho Civil** (trad. Pablo Salvador Coderch). Barcelona, Ariel, 1987.
- HERMITTE, Marie-Angèle. “*Le corps hors du commerce, hors du marché*”. In: **Archives de Philosophie du Droit**, n. 33 ,1988.

- LAFER, Celso **A Reconstrução dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, São Paulo, Ed. Companhia das Letras, 1991.
- LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito** (trad. de José Lamego), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, “*A genética no limiar da eugenia e a construção do princípio da dignidade da pessoa humana*”, in **A reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado**, org. Judith Martins-Costa, no prelo.
- MARINHO, JOSAPHAT, “*Os Direitos de Personalidade no Projeto do Novo Código Civil Brasileiro*”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, col. Studia Iuridica, 40, in Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra, 2000.
- MARTINS, Luciana Mabilia, “*O Direito à Privacidade e à Intimidade*”, in **A reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado**, org. Judith Martins-Costa, no prelo.
- MARTINS-COSTA, Judith, **A Boa Fé no Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- MESSINETTI, Davide “*Personalità*” (*Diritti della*), verbete, in Enciclopedia Giuridica Giuffrè, Milão, 1984, p. 356.
- MOSSET ITURRASPE, J. “*El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad*”, in **Daños a la persona**, Revista de Derecho Privado y Comunitário, T. 1, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 1995.
- MORAES, Maria Celina Bodin de “*A caminho de um Direito Civil Constitucional*”, in Revista Direito, Estado e Sociedade, PUC, nº 1, Rio de Janeiro, 1991.
- NEGREIROS, Teresa, **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- PALAZANNI, Laura, **Il concetto di persona tra bioetica e diritto**, Turim, Giappichelli, 1996.
- PEIXOTO, Esther Lopes, “*A tutela da engenharia genética: reflexões sobre a sua concretização no âmbito do Direito Privado*”, in **A reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado**, org. Judith Martins-Costa, no prelo.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil**, vol. I, Forense, 14ª edição, 1993.
- PERLINGIERE, Pietro Perlingiere, **Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale**, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1991.

- PONTES DE MIRANDA, J. **Tratado de Direito Privado**, T. I, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.
- RAPOSO, Mario, *Procriação Assistida - Aspectos Éticos e Jurídicos*, in **Direito da Saúde e Bioética**, Lisboa, Lex, 1991.
- REALE, Miguel, **Teoria Tridimensional do Direito**, São Paulo, Saraiva, 1994.
- . **Verdade e Conjetura**, São Paulo, Nova Fronteira, 1983.
- . **Fundamentos do Direito**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- . **Fontes e Modelos do Direito - para um novo paradigma hermenêutico**, São Paulo, Saraiva, 1994.
- SESSARIEGO, Carlos Fernandez, “*Protección a la persona humana*”, in Revista *Ajuris* nº 56, Porto Alegre, 1992.
- TABORDA, Maren, “*A Publicização da noção de pessoa jurídica como fator de construção da dogmática do “Estado de Direito”*”, Porto Alegre, 2000, datilografado, inédito.
- VIDAL, Marciano, “*Clonagem: Realidade Técnica e Avaliação Ética*”, in **Ética e Engenharia Genética**, Concilium/275 - 1998-2, Vozes, Rio de Janeiro, 1998.
- VIOLA, Francesco, e ZACCARIA, G. **Diritto e Interpretazione” - Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto**, Roma, Laterza, 1999.
- ZACCARIA, Giuseppe, *Sul Concetto di Positività del Diritto*, in **Diritto Positivo e Positività del Diritto**, (org. G. Zaccaria), Milão, Giappichelli, 1989.

LE CORPS ENTRE PERSONNES ET CHOSSES: LE STATUT NORMATIF ET JURIDIQUE DU CORPS HUMAIN

MARIA MICHELA MARZANO PARISOLI*

1. Le corps: un objet juridique particulier

Depuis quelques années, les greffes et la possibilité d'utilisation des différentes parties et composantes du corps humain ont suscité un réveil de la normativité éthique et juridique¹ afin de comprendre et expliquer non seulement la relation entre personnes et corps dans le monde, mais aussi la place du corps dans le milieu juridique. A cause des grands progrès de la médecine et de la science qui rendent possibles et réalisables des choses autrefois impensables, la solution juridique traditionnelle - selon laquelle le corps doit être identifié avec la personne - ne semble plus en effet capable de donner au corps une place adéquate dans le droit.

Par ailleurs, toutes nos sociétés se débattent avec le problème de l'écart entre une demande quasi-illimitée de soins pour la personne-sujet, et une offre de soins limitée à son corps-objet². Le droit contemporain sur le corps oscille ainsi visiblement entre couples de termes opposés. En tant que "objet juridique nouvel"³, le corps se

*. Centre de Recherche Sens, Ethique et Société (CNRS, Paris) 108 rue Cardinet, 75017-F Paris, e-mail: lm.parisoli@online.fr.

1. Cf. S. Goldberg, *Culture Clash. Law and Science in America*, New York, New York University Press, 1994; R.H. Foster - P. W. Huber, *Judging Science. Scientific Knowledge and the Federal Courts*, Cambridge Mass., Mit Press, 1997; F. Fagioli, *Questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, Milano, Giuffrè, 1997.
2. Cf. A. Fagot-Largeault "Problèmes d'éthique médicale posés par de nouvelles techniques thérapeutiques: greffes d'organes, de tissus et de cellules", in *L'Ethique à la croisée des savoirs*, textes réunis par P. Livet, Vrin, Paris, 1996, pp. 13-52.
3. S. Rodotà, *Ipotesi sul corpo giuridificato*, in *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp.179-205, a p. 179.

place entre personne et chose, unité et multiplicité, nature et artifice. D'une part, il y a la difficulté de concilier la personne-corps de la science juridique avec la chose-corps de la science médicale. D'autre part, il y a la difficulté de rendre compte du corps à la fois comme unité et comme ensemble d'organes différents qui peuvent à leur tour être distingués entre éléments constitutifs (rein, sang, moelle, etc.) et produits (urine, cheveux, placenta, lait, etc.). Enfin, à côté du corps naturel et de ses parties il y a aujourd'hui une série d'éléments du corps produits artificiellement qui rendent la distance entre corps naturel et corps artificiel toujours plus difficile à cerner⁴: la possibilité de produire par un processus technique des éléments séparés identiques aux éléments naturels du corps humain (par exemple une ou plusieurs séries de gènes) transforme le corps en produit de la science et permet aux juristes de parler de brevetabilité non seulement à propos des objets inanimés, mais aussi à propos du corps humain⁵.

Quel statut peut alors avoir aujourd'hui le corps et quelle réponse peut nous donner le droit? Y a-t-il un nouvel encadrement juridique du corps, de ses parties et de ses produits qui soit capable à la fois de respecter la relation intrinsèque entre chaque personne et son corps et de permettre les greffes et l'utilisation des diverses parties et composantes du corps humain?

Sur un plan philosophique nous pouvons dire, à la suite d'auteurs comme Merleau-Ponty et Marcel⁶, que le corps est en même temps quelque chose que nous avons et que nous sommes⁷. La dichotomie entre l'être et l'avoir n'est d'ailleurs jamais une dichotomie précise. Les mêmes verbes "être" et "avoir" ont une polysémie essentielle. Comme l'a montré Aristote, plus précisément encore que Platon, l'être se dit de différentes manières: l'être potentiel et germinal n'est pas l'être actuel et achevé, parce que l'être se dit en même temps de la puissance et de l'acte. En appli-

4. A. Hyde, *Bodies of Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

5. La Directive Européenne sur la brevetabilité du vivant du 6 juillet 1998, par exemple, tout en proclamant que les éléments du corps ne peuvent être brevetés (cf. art. 5.1: "Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables"), ajoute que "Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel" (art. 5.2).

6. M. Merleau-Ponty, *Phénoménologie de la perception*, Paris, Gallimard, 1945; *Le Visible et l'Invisible*, Paris, Gallimard, 1964; G. Marcel, *Être et Avoir: Journal métaphysique*, Paris, Aubier, 1968.

7. Cf. à ce propos ce que Rosmini disait déjà en 1846-48 (A. Rosmini, *Psicologia*, I, V, ch. 13, in *Opere*, vol. X-1, Stresa, 1989).

quant alors cette distinction à la dichotomie “être le corps/avoir le corps”, la proposition “je suis mon corps” devient en même temps vraie et fausse. Si l’être s’entend de la puissance, le sujet humain est bien son corps, car celui-ci exprime et rend possible la vie dans le monde. Donc, “je suis mon corps” est une proposition vraie. Si au contraire l’être s’entend de l’actualité, le sujet humain n’est pas son corps, car la personne ne s’identifie pas purement et simplement à son corps. Dans ce cas-là, “je suis mon corps” est une proposition fausse. Et le même discours peut être fait à propos de l’avoir. Comme l’a montré en effet Gabriel Marcel, l’avoir s’entend soit de la prise de possession, soit de l’expérience du recevoir et de la prise de conscience. C’est pourquoi la proposition “j’ai mon corps” est à la fois vraie et fausse: la proposition est fausse si elle exprime la possession parce que le corps n’est pas un simple objet que nous “avons” (le corps n’est pas d’ailleurs une *propriété*, comme nous le verrons en détails, mais il est plutôt ce qui nous *appartient* et donc une *possession ontologique*) à moins de tomber dans une représentation mécaniste du corps. Mais la proposition est aussi vraie, parce que nous avons reçu notre corps à la naissance afin de vivre dans le monde et de communiquer avec autrui (comme nous allons voir surtout dans le troisième chapitre). Nous ne pouvons pas être simplement notre corps, parce qu’il y a un excès dans la personne qui ne peut jamais être réduit au corps physique. Mais nous ne pouvons pas non plus avoir simplement le corps, à moins de supposer que le sujet de cet avoir soit une âme désincarnée qui habiterait ce corps comme le pilote son navire.

Sur un plan juridique, cependant, le problème est beaucoup plus complexe parce qu’il semble plutôt difficile de résoudre le problème de l’encadrement normatif du corps en utilisant les deux catégories (personnes et choses) que le droit a toujours utilisées pour régir le monde: même si le droit ne peut pas éviter de placer le corps dans la réflexion juridique, aujourd’hui la demande d’éclaircissement normatif au sujet de ce qu’on peut faire et ne pas faire à son égard étant continue⁸, il semble évident que la règle juridique semble avoir entériné la réalité de certains usages du corps qui lui a été imposée, notamment, par la représentation “objectivante” et médicale du corps, sans arriver à donner une solution satisfaisante au problème de son statut normatif.

8. L’un des problèmes principaux, d’ailleurs, est que “Les potentialités qu’offre la technique ne portent pas en elles-mêmes leur propre légitimité morale qui s’induit de l’objet auquel elles s’appliquent: comme les intentions sont impuissantes à justifier l’acte indépendamment de son *objet* auquel elles tendent”, *Persona ou la justice au double visage*, Gênes, Biblioteca di Filosofia Oggi, 1990, p. 217. C’est pourquoi le souci bioéthique comporte une interrogation sur les limites de la connaissance scientifique, pour autant que celle-ci paraît indissociable d’un pouvoir-faire, d’une puissance technique de transformation de la nature humaine elle-même.

Le véritable problème, par ailleurs, est que la demande contemporaine de plus en plus forte de droit, renforcée parallèlement par une montée en force de l'éthique, fait resurgir des questions anciennes de philosophie du droit surtout concernant la signification de la règle de droit: la question qui se pose est en effet si cette règle doit être antérieure à l'élaboration des normes morales ou, à l'inverse, si elle doit être le reflet des valeurs établies par la société ou reconnues par les philosophes⁹. Ma démarche a alors comme point de départ la certitude qu'entre le domaine de l'éthique et celui du droit il y a une distinction, parce que les instruments utilisés sont différents: le droit a un pouvoir d'obligation que l'éthique n'a pas et découle d'une autorité qui ne se pose pas toujours des problèmes moraux. Cependant, l'éthique a un pouvoir d'évaluation que le droit n'a pas et donc elle peut (et à mon avis elle doit) avoir toujours la possibilité de s'interroger sur la valeur morale des normes établies par l'autorité juridique. Dans ce contexte, je suis d'accord avec Catherine Labrusse-Riou qui souligne que le droit est par essence une "instance de jugement sur les faits"¹⁰, mais, en même temps, je pense aussi que l'éthique est par essence une instance de jugement sur le droit. Dans cet article j'essaierais donc, en tant que philosophe moral, de "juger le droit" à propos du corps humain, en examinant si le droit est capable aujourd'hui de donner un véritable statut au corps humain et de satisfaire ainsi la demande contemporaine d'éclaircissement normatif à son égard. Notamment, mon hypothèse est que la solution classique, selon laquelle le corps doit être complètement identifié avec la personne, de même que la solution contemporaine d'une réification du corps afin de le considérer comme une chose dont nous disposons, ne sont pas capables de donner au corps un statut juridique adéquat. La première solution, en effet, n'est pas capable de justifier les greffes sans arriver à une incongruité logique. Par contre, la deuxième solution ne nous permet pas de respecter la relation intrinsèque que chacun de nous vit avec son propre corps.

Par ailleurs, l'un des plus importants points d'interrogation philosophique et éthique est lié à l'expression "droit de disposer de son corps" qui révèle l'existence d'une ambiguïté fondamentale à l'égard du corps humain. Cette expression peut en effet désigner, dans une acception *minimaliste*, un droit de disposition que le sujet exercerait sur différents éléments de son corps; on songe ici aux organes, aux pro-

9. "Le droit, ainsi placé en constante relation dialectique entre les faits d'une part et la morale d'autre part, entre les dimensions universelles et singulières de cette dernière, conserve son autonomie propre à assurer le mouvement des uns aux autres; fermé sur ses propres limites, le droit doit fournir un instrument ouvert de régulation", J.-L. Baudouin & C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme de quel droit?*, PUF, Paris, 1987, p. 144.

10. C. Labrusse-Riou, "Les procréations artificielles: un défi pour le droit", *Éthique médicale et droit de l'homme*, Actes Sud-Inserm, Paris, 1988, p. 67.

duits et éléments du corps humain, aux fonctions reproductives, voire au corps dans sa totalité (cas de l'expérimentation biomédicale). Mais elle peut également signifier, dans une acception *maximaliste*, une mutation du droit de disposer de son corps en droit de disposer de sa vie, notamment de manière tout à fait radicale, c'est-à-dire en y mettant fin. De plus, le droit de disposer de son corps repose, dans la plupart des cas, sur une représentation dualiste des entités "corps" et "personne", les deux étant conceptuellement dissociées, qui transforme le corps en instrument sans plus de valeur intrinsèque. C'est pourquoi le droit de disposer de son corps semble en concurrence non seulement avec le principe d'indisponibilité, mais aussi et surtout avec le principe de respect du corps humain.

La solution que je propose est alors d'utiliser une catégorie juridique particulière, c'est à dire celle du *dominium*. Parler de *dominium* signifie en effet parler d'une maîtrise naturelle du corps à la fois capable de ne pas identifier la personne avec le corps et de ne pas considérer le corps comme une propriété de la personne. D'une part, d'ailleurs, le corps n'est pas identifiable à la personne, parce que la personne est toujours quelque chose qui dépasse le corps qu'elle habite; d'autre part, si la propriété est un droit positif qui permet de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, le droit de *dominium* est plutôt un droit naturel qui nous permet d'être, de vivre et de jouir de notre corps sans aucun *abusus* (c'est-à-dire d'une façon non absolue).

Pour synthétiser les aspects principaux de ce travail, mon but est alors de justifier les thèses suivantes:

- 1) La dichotomie classique entre choses et personnes n'est pas capable de résoudre le problème de la réelle relation entre la personne et son corps parce que le corps ne peut être considéré ni comme tout à fait identique à la personne, ni, en même temps, comme une chose parmi les autres;
- 2) Les conséquences d'une identification du corps avec la personne ne sont pas acceptables car ainsi nous ne pouvons pas arriver à donner un véritable statut juridique au corps, ni à justifier les greffes;
- 3) Les conséquences d'une identification du corps avec les choses sont inacceptables parce que, si le corps devient une propriété de la personne, nous justifions ainsi le suicide et encore le commerce répugnant des diverses parties du corps;
- 4) Une relation entre la personne et son corps n'est bonne que si la personne reconnaît le droit de *dominium* sur son corps: le corps est une propriété naturelle de la personne que chacun doit maîtriser; chaque personne possède à la fois des droits et des devoirs sur son corps.

2. La dichotomie entre personnes et choses: une distinction entre sujets de droit et objets de droit

Du point de vue juridique le monde est régi par une distinction fondamentale (*summa divisio*), celle des personnes et des choses, qui remonte au droit romain et qui a été construite à fin de fixer les relations que les personnes entretiennent entre elles et avec les choses¹¹. Dans le droit romain, en effet, pour la première fois l'homme est séparé de toutes les autres choses. Comme le dit Justinien dans les *Institutiones*: "tout droit dont nous usons se rattache soit aux personnes, soit aux choses, soit aux mises en scène des procès"¹². Cependant, il faut aussi reconnaître que chez les Romains la notion de chose et celle de personne ne sont pas véritablement éclaircies. Le mot romain *res*, par exemple, est utilisé pour indiquer une catégorie grammaticale polyvalente. La *res* fait un lien entre choses différentes et renvoie plutôt à la logique de l'ensemble, au fonctionnement des interprétations et à tout l'implicite qui soutient le système. La "chose" romaine, donc, nous renvoie à ce dont on parle même si on ne dit pas précisément en quoi elle consiste. D'autre part, le mot romain *persona* renvoie explicitement, comme nous l'a très bien montré J.-M. Trigeaud¹³, au masque utilisé par les acteurs, et donc au rôle que l'acteur jouait dans une pièce. Afin de qualifier la personne, ce qui compte est surtout le rôle joué par l'individu plutôt qu'une définition substantielle de la personne. En particulier, la personne est un acteur parce qu'e-

11 M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1969; *Le droit romain*, PUF, Paris, 1972, p.44; J.-C. Galloux, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, Thèse, Bordeaux, 1998.

Il me semble très intéressant, dans ce contexte, de rappeler la position de Rosmini qui dans la *Philosophie de la politique* (Bière, Bordeaux, 2000) analyse la distinction entre choses et personnes d'une façon particulière en écrivant: "Les êtres sont tous des *choses*: certaines de ces choses sont aussi des *personnes*. Toutes les personnes sont donc des choses, mais toutes les choses ne sont pas des personnes. Toute personne peut donc être considérée sous deux aspects: sous l'aspect de chose et sous l'aspect de personne" (p. 118). Seulement à l'égard de la personne, en tant que telle, on peut d'ailleurs parler de la possibilité d'un véritable accomplissement ("L'état agréable appartient à la nature; l'accomplissement relève de la personne", p. 327).

12 *Institutiones*, 1.2. 12., in principio: "omne autem ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones". Cette remarque, comme l'a écrit Pierre Legendre, "implique que nous ayons le plus grand mal à nous sentir parmi les choses et choses nous-mêmes, à considérer que nous puissions être en commerce avec un ordre des échanges où nous serions à la fois négociateurs et négociés, offrandes parfois d'un sacrifice, mais toujours inclus dans la circulation des créances et des dettes" (P. Legendre, *L'ineffable objet de la transmission*, Fayard, Paris, 1985, pp. 26-27).

13 J.-M. Trigeaud, *Persona ou la justice au double visage*, Biblioteca di Filosofia Oggi, Genova, 1990, et aussi "La personne", *Archives de Philosophie de Droit*, 34, 1989, p.103.

Ile est un sujet de droit: selon la pluralité des rôles effectifs qu'elle joue dans la société, la personne est essentiellement définie par la (les) fonction(s) qu'elle remplit, de même que par le statut afférent à cette fonction. La personne est alors une catégorie abstraite utilisée par la jurisprudence qui ne considère pas la réalité physique et corporelle de l'être humain: "La personne juridique est une notion qui fut conçue au sein de la civilité romaine pour mettre en scène l'homme sur le théâtre de la vie juridique [...] L'invention de la personne et, corrélativement, la censure du corps humain s'imposèrent, dans la civilité romaine, comme les conditions indispensables pour que le droit des hommes puisse gérer la matière humaine"¹⁴.

Mais ici je ne veux pas faire une histoire des ces concepts juridiques, ni un examen précis de ces notions. La seule chose que je voudrais souligner est que même aujourd'hui la notion de chose et celle de personne posent des problèmes aux juristes. D'une part, en effet, la notion de chose n'est pas exactement précise en droit positif: le terme "chose" est utilisé aujourd'hui pour désigner tout et n'importe quoi. Comme l'a écrit Carbonnier, avec ce terme on peut désigner "un boeuf, un oeuf, mais aussi les usines Renault, un billet de cent francs, l'étang de la Ville d'Avray"¹⁵. Et on peut dire le même à propos du terme "bien". Bien que ce terme soit beaucoup plus précis de celui de "chose", la distinction entre *bien* et *chose* n'est pas unanime dans la doctrine juridique. Même dans le *Code Civil* il y a une confusion évidente: l'art. 544 parle des choses que l'on peut posséder ("la propriété est le droit de jouir de la chose de la manière la plus absolue"), alors que les articles 516 et suivants utilisent le terme de bien; ce qui a conduit la doctrine à hésiter parfois à reconnaître aux choses une existence juridique au détriment des biens. La seule certitude est que les choses sont toujours objet du droit et jamais sujet du droit: pour cette raison les choses peuvent être objet de propriété et se prêter à la maîtrise absolue de l'homme¹⁶.

D'autre part, pour ce qui concerne la personne, cette notion est utilisée non seulement pour désigner une personne physique, mais aussi pour indiquer une personne juridique. A partir de la définition romaine, la personne va donc subir une double évolution. La première concerne l'adéquation entre homme et personne: la reconnaissance dans tout être humain d'une personne au sens juridique du terme et donc la reconnaissance de tous les hommes comme personnes physiques et sujets de droits. La seconde évolution est celle qui a conduit les juristes à donner au terme de personne un sens de plus en plus précis et technique pour qualifier aussi les groupements formant corps,

14 *Ibidem*, art. cit., p. 59.

15 J. Carbonnier, *Droit Civil*, PUF, Paris, 1975, tome III, p. 57.

16 F. Terré, P. Simler, *Droit Civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 1992.

c'est-à-dire les personnes morales ou juridiques. Mais le fait que nous avons aujourd'hui des personnes physiques et des personnes juridiques n'empêche pas les juristes de définir la personne comme un sujet de droits (c'est-à-dire comme le point d'imputation des droits et des obligations juridiques) et, surtout, ne les empêche pas d'interdire toute atteinte à la dignité de la personne. Chaque être humain doit être respecté dès le commencement de la vie et il ne peut jamais devenir un objet de droits. Les personnes sont en effet toutes hors commerce et ne peuvent jamais être l'objet d'une convention: on ne peut pas acheter ou vendre une personne comme on fait au contraire avec les choses qui peuvent toujours être objet d'une convention¹⁷. Au contraire des choses, donc, les personnes jouissent de droits propres qui leur permettent de se faire connaître et respecter en tant que personnes et de devenir propriétaires de choses¹⁸.

La sauvegarde de la dignité contre toute forme d'asservissement et de dégradation est d'ailleurs un principe à valeur constitutionnelle¹⁹ même si le concept de dignité n'a jamais été défini par les textes juridiques. La Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine, adoptée en novembre 1996 (ratifiée à Oviedo le 4 avril 1997), affirme par exemple que la dignité humaine doit être respectée dès le commencement de la vie, mais elle ne nous dit pas assez à propos du contenu de la dignité. Après l'article 1 selon lequel la Convention protège "l'être humain dans sa dignité et son identité" en garantissant à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, elle se contente d'affirmer que "nul ne peut être soumis... à des traitements inhumains ou dégradants" (art. 3), sans cerner d'aucune façon cette notion. Également, le Conseil constitutionnel français, qui a extrait le principe de dignité de la personne humaine de la Constitution de 1946, n'a pas donné une définition de la dignité de la personne humaine et de ce qui est de nature à porter atteinte à son intégrité. La dignité humaine est tantôt citée comme un fondement non juridique des prérogatives juridiques de l'être humain, tantôt comme concept juridique et spécifique capable de fonder droits et libertés de la personne humaine. Cependant, cette notion dérive d'un postulat phi-

17 "Le principe de l'inviolabilité de la personne humaine relève d'un principe fondamental de la morale, qui est à la base de toute civilisation: le respect de la personne humaine". Gascon, *L'utilisation médicale et la commercialisation du corps humain*, éd. Y. Blaïs, Cowansville, 1993, p.11.

18 J. Carbonnier, *op. cit.*, tome I, p.227: «Les personnes, au sens juridique du terme, sont les êtres capables de jouir de droits; ce sont d'une expression équivalente les sujets de droit».

19 Comme le disait la *Déclaration des droits de l'homme* incluse dans la Constitution française de 1793: "Tout homme peut engager ses services, son temps. Mais il ne peut se vendre ni être vendu. Sa personne n'est pas une propriété aliénable" (Art. 23).

philosophique et éthique selon lequel il existe une nature humaine différente de celle des choses et des animaux²⁰ qui ne pourra jamais être démontré et qui, pourtant, est à la base non seulement des positions liées à la tradition judéo-chrétienne²¹, mais aussi du rationalisme philosophique et notamment du kantisme. Comme l'a écrit en effet Kant dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs*: "Ce qui se rapporte aux inclinations et aux besoins généraux de l'homme, cela a un prix marchand; ce qui, même sans supposer de besoin, correspond à un certain goût... cela a un prix de sentiment; mais ce qui constitue la condition qui seule peut faire que quelque chose est une fin en soi, cela n'a pas seulement une valeur relative, c'est-à-dire un prix, mais a une valeur intrinsèque, c'est-à-dire une dignité. Or la moralité est la condition qui seule peut faire qu'un être raisonnable est une fin en soi; car il n'est possible que par elle d'être un membre législateur dans le règne des fins. La moralité, ainsi que l'humanité, en tant qu'elle est capable de moralité, c'est donc là ce qui seul a de la dignité"²². C'est sur la base de sa dignité que la personne a chez Kant un rôle privilégié. Mais c'est aussi sur la base du principe de la dignité de l'être humain qu'aujourd'hui est condamnable le statut d'objet ou d'instrument auquel peut se trouver ravalée la personne. La dignité, quelle que soit son contenu exact, est aujourd'hui une valeur indérogeable²³, exactement comme indérogeables sont les valeurs d'intangibilité et d'intégrité qui découlent de la dignité de l'être humain²⁴.

3. L'identification du corps à la personne: le problème de la dérogação

Le corps humain est-il susceptible d'être rangé dans la catégorie des choses, ou peut-il plutôt être rangé dans la catégorie des personnes? Est-il une réalité intangi-

- 20 Comme l'écrit François Borella ("Le concept de dignité de la personne humaine", *Ethique, droit et dignité de la personne*, éd. Economica, Paris, 1999, p. 32): "Ce postulat peut être formulé: il existe une nature humaine. Elle ne se réduit pas à une conception biologique de l'être humain, animal de la famille des mammifères". Cf. aussi la "Préface" au même ouvrage de J.-L. Baudouin: "En philosophie, elle impose donc une norme universelle: la personne humaine doit toujours être perçue comme fin en soi et non comme un simple moyen à la différence du règne des choses et des animaux" (p. IX).
- 21 Dans la tradition judéo-chrétienne la dignité de l'homme est liée à la ressemblance entre l'homme et Dieu. Cf. Gn. 1, 26: "Dieu dit: 'Faisons l'homme à notre image, comme notre ressemblance, et qu'il domine sur les poissons de la mer, les oiseaux du ciel, les bestiaux, toutes les bêtes sauvages et toutes les bestioles qui rampent sur la terre'".
- 22 I. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, PUF, Paris, 1993, p. 113.
- 23 Cf. P. Pedrot, "La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales", *Ethique, droit et dignité de la personne*, pp. 39-50.
- 24 "Elle se réfère à deux autres concepts fondateurs: l'intégrité et l'inviolabilité de la personne humaine", J.-L. Baudouin, "Préface", *Ethique, droit et dignité de la personne*, p. IX.

ble et hors commerce comme la personne ou est-il une chose dont la personne peut jouir et disposer?

Selon l'analyse juridique la plus commune, le corps est associé à la personne. C'est pourquoi le corps n'est pas considéré une chose et donc il est hors commerce et ne peut être l'objet d'aucune convention juridique, de même que la personne. Chez Carbonnier²⁵, par exemple, le corps exprime la subjectivité de la personne et le droit a l'obligation de le reconnaître comme partie du sujet. Le corps exprime en effet pour Carbonnier la réalité corporelle du sujet et le droit, ayant pour objet d'assurer la reconnaissance mutuelle des sujets au sein de la communauté politique, ne peut instaurer aucune distance entre la personne et son corps. Toute distance instaurée entre le sujet et son corps priverait d'ailleurs le droit de l'objectivité dont il a besoin pour ne pas succomber à l'arbitraire, le sujet se donnant justement à reconnaître en son corps. Et ainsi se formulaient aussi les positions juridiques de von Savigny et de von Ihering²⁶, ou encore la position philosophique de Kant²⁷. Mais ici je ne suis pas intéressée à une reconstruction historique de ces positions²⁸. Je veux plutôt analyser les conséquences d'une identification entre corps et personne afin de comprendre si cette position peut nous aider dans le domaine des réflexions éthiques contemporaines.

Or, chez Kant la position est non seulement très claire, mais aussi logiquement impeccable. La dignité de la personne est en effet selon lui la dignité du corps: l'homme ne peut jamais renoncer à sa propre dignité et à la dignité de son corps sans renoncer en même temps à sa propre humanité. C'est pourquoi il ne peut jamais sacrifier sa personne ou se laisser utiliser comme une chose. Sacrifier sa personne signifie en effet renoncer à la valeur de l'humanité: "Quiconque offre son corps à la malice d'autrui pour en retirer un profit, renonce du même coup à sa personne, et celui

25 Cf. aussi: J. Bouton, *L'obligation de se soigner?*, Thèse, Strasbourg, 1990; J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme: de quel droit?*, PUF, Paris, 1987; C. Labrusse-Riou et B. Edelman, *L'homme, la nature et le droit*, Bourgois, Paris, 1988; I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1994.

26 K. von Savigny, *Traité de droit romain*, Didot, Paris, 1855 (18401); R. von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Maresca, Paris, 1886-1889 (18651). Chez Savigny et chez Ihering le sujet n'a aucun droit sur sa propre personne et sur son propre corps, parce que il ne faut pas reconnaître un droit au suicide.

27 I. Kant, *Eine Vorlesung Kants über Ethik*, R. Heise, Berlin, 1924; *Métaphysique des mœurs*, Vrin, Paris, 1968. Dans la *Doctrine de la vertu*, Kant analyse le don ou la vente d'un organe comme un suicide partiel, et dit qu'on ne saurait vouloir cela pour soi-même sans contradiction.

28 Cf. N. Poulantzas, *Nature des choses et droit*, LGDJ, Paris, 1965.

qui le paie pour cela agit de façon aussi méprisable que lui”²⁹. A différence des choses dont la personne peut disposer, la personne, possédant le libre arbitre, ne peut jamais se réduire elle-même à l’état de chose: “Ainsi, par exemple, l’homme n’est pas autorisé à vendre un de ses membres pour de l’argent, même s’il devait recevoir dix mille thalers pour un seul de ses doigts, car autrement on pourrait lui acheter tous ses membres. On peut disposer des choses qui n’ont pas de liberté, mais pas d’un être qui possède le libre arbitre”³⁰.

Pour Kant, finalement, l’homme n’est pas propriétaire de lui-même et de son corps parce que le corps n’est pas une chose, mais il est plutôt une partie de lui-même en constituant sa propre personne (“Un homme ne peut faire de sa personne une chose”³¹). C’est pourquoi, les conséquences de l’identification du corps à la personne et de la reconnaissance de la dignité de la personne sont évidentes chez Kant et le conduisent à nier toute utilisation du corps. Au contraire, dans les systèmes philosophiques et juridiques contemporaines, on retrouve souvent des nombreuses contradictions. En droit français, par exemple, depuis les lois de bioéthique de 1994, les caractéristiques normatives du corps humain sont énoncées par les alinéas 2 et 3 de l’article 16-1 du *Code Civil*. Tout d’abord, en effet, il est déclaré *inviolable*, c’est-à-dire qu’une atteinte au corps n’est pas juridiquement admise. Et cela signifie non pas qu’il n’est pas permis à autrui de le violer, mais qu’une des qualités qui s’attache au corps est de ne pouvoir l’être. En outre, l’énoncé “il est inviolable” opère un lien entre le respect du corps humain et sa non-patrimonialité. Le terme “inviolable”, en effet, comprend à la fois l’intangibilité du corps et son caractère sacré, duquel découle la seconde caractéristique selon laquelle le corps et ses éléments ne peuvent pas faire l’objet d’un droit patrimonial. C’est ainsi l’indisponibilité du corps humain fondée sur l’inaliénabilité de la personne qui est véritablement consacrée: le corps n’est pas une marchandise dont on pourrait acquérir la propriété. Intimement lié à la personne, le corps ne peut être pensé comme une entité détachée de cette dernière, et par voie de conséquence il n’est pas susceptible d’appropriation. On retrouve donc ici, apparemment, la traduction formelle de la tradition juridique qui désigne de façon toute “naturelle” le sujet de droit en assimilant le corps humain à la personne elle-même. Cependant, après avoir souligné l’inviolabilité du corps, le *Code* nous dit aussi qu’en cas de nécessité thérapeutique il est possible de porter atteinte à l’in-

29 I. Kant, *Leçons d’Éthique*, Le livre de poche, Paris, 1997, p. 230.

30 I. Kant, *Leçons d’Éthique*, p. 236.

31 I. Kant, *Leçons d’Éthique*, p. 293.

tégrité du corps. Le cadre érigé par le législateur admet donc comme démarche conforme et comme exception légitime à une règle donnée, toute conduite ayant une justification thérapeutique. Mais comment le but thérapeutique d'une opération transformerait-il le recours à un procédé technique en acte moralement acceptable? En réalité, une législation ainsi conçue ne fait que transférer à la profession médicale la responsabilité de l'orientation normative des pratiques. De plus, la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 (intégrée dans le *Code de la santé publique*) fixe les conditions du prélèvement d'éléments corporels et donc d'une intervention sur le corps humain d'un donneur dans un intérêt autre que le sien.

Enfin, après avoir souligné le fait que le corps ne peut pas être l'objet d'un droit patrimonial, le *Code* accepte qu'il puisse faire l'objet de conventions à titre gratuit. Le terme "don" retenu par la loi a été pris au sens d'un acte moral de quelqu'un qui se dépouille de quelque chose exprimant ainsi sa générosité. Il a été choisi par le législateur afin que le corps et ses éléments soient écartés du modèle marchand. Mais une telle vision pose au moins un problème parce que, en principe, on ne peut donner que ce que l'on a. C'est pourquoi, ou bien le corps est la personne et alors aucun don d'organes ne peut avoir lieu, parce que l'intégrité et l'intangibilité de la personne ne le permettent pas; ou bien en donnant un organe, et donc une chose qu'il possède, l'on opère un transfert de propriété et le corps devient un objet parmi les autres, le don devenant la renonciation au caractère inviolable du corps.

Finalement, après avoir fait allusion à l'existence d'une union ontologique entre le corps et la personne, le droit positif français cherche à répondre aux nouveaux usages médicaux du corps par l'affirmation d'un droit de disposer de son corps qui réintroduit cependant une forme de dualisme corps/personne. Dans un premier temps, alors, le discours juridique tente de résister à la contamination par le dualisme et nous donne une représentation moniste des entités "corps" et "personne". Il invoque à cette fin des principes juridiques censés contrer cette évolution en s'opposant à la dissociation conceptuelle entre le corps et la personne, à l'instar du principe selon lequel la personne physique est hors commerce. Néanmoins, par la suite, tant la faible normativité des principes invoqués que leur contrariété croissante avec la réalité des pratiques du corps semblent avoir raison de leurs capacités de résistance au processus d'objectivation juridique du corps, jusqu'à l'introduction de la notion de droit de disposer de son corps. Certes, il reste affirmé que la personne et le corps sont liés par une union fondamentale. Mais il semble aussi évident que la règle juridique semble avoir entériné la réalité de certains usages du corps qui lui a été imposés, notamment, par la représentation objectivante et médicale du corps.

4. Le corps comme une chose *sui generis*

Un cas très intéressant est celui de J.-P. Baud qui dans son ouvrage *L'affaire de la main volée*³² cherche à résoudre le problème du rapport entre chaque personne et les parties de son corps d'une façon différente. En particulier, pour Baud chacun est propriétaire de tout élément qui provient de son propre corps. Et pour montrer la validité de sa thèse il cite deux exemples, l'un fictif et l'autre réel. Le premier exemple est celui d'un malheureux bricoleur qui par accident se coupe la main par la scie qu'il utilise: son pire ennemi, en passant par là, prend la main coupée et la jette dans la chaudière. Le deuxième exemple est celui de John Moore: atteint de leucémie, ses cellules, prélevées par ablation de la rate, sont utilisées par les médecins et monnayées sur le marché pharmaceutique. D'une part, le bricoleur et John Moore sont clairement victimes d'une injustice, mais d'autre part les parties détachées du corps sont considérées comme des choses susceptibles d'appropriation. Pour cette raison le seul moyen d'éviter cette injustice est pour Baud de reconnaître *a priori* comme propriétaire de ces choses détachées, dans le premier cas le bricoleur et dans le deuxième cas John Moore. Mais le bricoleur et Moore ne peuvent être propriétaires de ces choses détachées que s'ils sont reconnus propriétaires de leur propre corps; pour Baud chacun doit être maître de soi même et de son corps pour éviter qu'il puisse être dépouillé de lui-même: "Compte tenu du fait que le cadavre est incontestablement une chose, qu'un élément séparé du corps est aussi une chose et que ces dons corporels, dont la médecine aura de plus en plus besoin, portent sur ce qui est approprié avant l'acte généreux, il faut pour ces diverses raisons réaliser qu'en l'absence de notion intermédiaire entre la personne et la chose on ne peut faire autrement que classer le corps dans la catégorie des choses"³³.

Mais la position de Baud est encore plus compliquée parce qu'il pense que le corps n'est pas une chose parmi les autres mais est plutôt une chose *sui generis*, c'est-à-dire que le corps est une propriété, mais il est aussi une propriété hors commerce: "L'appropriation du corps par la personne permet de définir clairement le droit sur le corps; elle permet aussi de le garantir efficacement et d'en fixer les limites"³⁴. Cependant, il convient de considérer qu'il n'est pas évident de s'engager à affirmer que le corps est une propriété et en même temps soutenir qu'il est une propriété hors com-

32 J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil, Paris, 1993; cf. sa critique dans X. Dijon, *Droit naturel*, PUF, Paris, 1998, p.137s.

33 J.-P. Baud, op. cit., pp. 212-213.

34 *Ibidem*, op. cit., p. 224.

merce. Dès que nous parlons de propriété, en effet, il nous faut admettre non seulement la possibilité d'un droit d'*usus*, mais aussi d'un droit d'*abusus*.

5. Le corps comme propriété: l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*

Le droit de propriété est sans doute le plus important des droits réels: il est défini dans l'article 544 du *Code Civil* comme "le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements". Donc, c'est un droit exclusif et perpétuel et chaque propriétaire ne peut consentir de limitations quelconques à son droit de propriété: il peut user (*usus*), profiter (*fructus*) et aussi abuser (*abusus*) des choses; pour cette raison il peut transformer la substance des choses et même les détruire³⁵.

Si nous définissons le corps comme une propriété de la personne, alors, il faut considérer la conséquence de cette position: le corps devient une chose dont le propriétaire peut user (*usus*), jouir (*fructus*) et aussi disposer (*abusus*); le corps devient ainsi une chose que la personne peut transformer et même détruire. Si le corps est une propriété, chacun pourra alors vendre, supprimer, louer, prêter, tout ou partie de son corps, gratuitement ou contre rémunération, pour quelque finalité que soit aux conditions du marché.

Si on considère la position des philosophes comme John Harris³⁶ et Bernard Lemennicier,³⁷ il faut d'abord reconnaître que la possibilité d'une définition du corps comme une propriété est prise en considération comme le seul moyen d'établir une véritable relation entre chaque personne et son corps. Harris et Lemennicier pensent en effet que si chacun est le propriétaire de son corps alors il est vraiment libre de disposer de sa propre vie et de devenir un être humain autonome. Le contrôle individuel sur son propre corps est perçu comme une manifestation de la liberté indivi-

35 Cf. E. Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Plon - LGDJ, Paris, 1928, notamment p. 242, en bas de page. Comme Cuq nous l'explique, en s'appuyant sur le Digeste, dans le régime de propriété individuelle le propriétaire peut librement disposer de sa chose, la "consommer par l'usage" (D. VII, 5, 5.1) et en faire un usage définitif en l'aliénant ou en la détruisant (D. VII, 1, 27, 1).

36 J. Harris, *Wonderwoman & Superman*, Routledge, London, 1992; J. Harris, *The Value of Life*, Routledge, London, 1985.

37 B. Lemennicier, «Le corps humain, propriété de l'État ou propriété de soi?», *Droits*, n° 13, 1991.

duelle³⁸. La chose la plus importante pour chaque être humain est - selon Harris et Lemennicier - la possibilité d'un libre choix et la possibilité d'exercer un pouvoir sur soi-même et sur son propre corps. Le droit de disposer devient un pouvoir, une liberté de disposer, intégrée à l'autonomie et liée au principe de l'autodétermination de chaque personne.

Dans ce contexte le raisonnement que Harris nous offre à propos de la liberté de disposition du corps est très intéressant: décider de donner une partie de son propre corps est en effet un risque, mais ce n'est pas un risque différent de celui que nous prenons si nous décidons de rouler à toute vitesse ou de boire beaucoup de vin ou de nous adonner aux jeux de hasard. Pour Harris ces actions impliquent un risque, mais il faut les accepter parce qu'elles sont le résultat d'un choix personnel: je peux donner mon rein même s'il y a des risques de maladies, parce que cette décision est la mienne. Et pour cette raison Harris pense qu'on peut aussi décider de donner une partie vitale de son propre corps comme le cœur: chacun est maître de soi-même et de sa vie. Mais si le corps est une propriété de la personne, et si la personne peut décider de donner une partie quelconque de son corps, alors il faut accepter qu'elle puisse aussi vendre une partie de son corps et accepter également la possibilité d'un véritable commerce des organes. Puisque se vendre librement à un autre ne viole pas le principe d'autonomie, ces transactions sur les organes du corps humain relèvent de la sphère privée des individus libres, sphère qu'il faut protéger.

Par ailleurs, dès que nous analysons la position de Lemennicier, chez lui nous trouvons la théorisation d'un véritable marché du corps où se rencontre le libre marché de l'offre et de la demande des êtres humains à propos du corps. Pour Lemennicier, en effet, le corps humain n'est pas différent d'une machine biologique dans laquelle notre esprit est incorporé: "Le point essentiel ici est que l'on reconnaisse à l'esprit - parfaitement identifié par son empreinte génétique - un droit de propriété privée sur cette machine pour les simples et seules raisons: 1) qu'il est incorporé dans cette machine, 2) qu'il en est en général le seul occupant, 3) qu'il ne peut en changer"³⁹. Cependant, un droit de propriété privée sur son corps n'est possible que si le corps appartient au domaine des objets. Et si le corps n'est rien d'autre qu'une chose parmi les autres, alors "on peut user, disposer et transférer tout ou

38 Cf. H. T. Engelhardt, *The Foundation of Bioethics*, Oxford University Press, Oxford, 1986. Le principe du respect de la liberté des agents moraux est affirmé dans ce livre à propos des greffes, contre Kant lui-même. Engelhardt revendique en effet pour tout sujet moral la liberté, s'il le veut, d'aliéner une partie de lui-même. Le sujet est seul juge de ce qu'il veut pour lui-même: on doit respecter ses choix, même si on les désapprouve.

39 B. Lemennicier, art. cit., p. 116.

partie de son corps comme on le fait de sa maison ou de sa voiture [...] La libre disposition de soi-même conduit à un échange libre des organes à transplanter et ou du matériel génétique”⁴⁰.

Cependant, les conséquences de ces positions sont évidemment très problématiques: le corps humain devient chaque jour plus utilisable par autrui; il devient une réserve de tissus et d’organes; il devient une chose instrumentale, parce qu’il ne confère pas à l’être humain une essence, mais tout au plus une condition existentielle⁴¹; il devient, finalement, ce qu’on peut aliéner et détruire.

Bien que la science et la médecine se battent afin d’améliorer le bien-être des hommes, la stratégie qui conduit à la justification de la destruction du corps, en passant par la théorisation d’un véritable marché d’organes, ne peut que contredire l’effort soignant pour lequel les transplantations sont nées. La nécessité de justifier la possibilité d’une utilisation du corps à fin de soigner certaines personnes, devient en effet, en même temps, le moyen pour justifier la possibilité de se détruire, ou de permettre la destruction de la vie d’autrui. Je sais bien que beaucoup d’auteurs n’arrivent pas à voir l’aspect paradoxal de ces conséquences: si la décision de donner ou vendre une partie vitale du corps est en effet le résultat d’un choix autonome et libre, personne ne peut (selon Harris, par exemple) la blâmer ou l’empêcher. Cependant, même en laissant à côté les considérations sur la valeur intrinsèque de la vie humaine (mais à ce propos la position de Kant sur le suicide me semble tout à fait valide et personne n’est pas encore arrivé, jusqu’au présent, à prouver le contraire), on pourrait se demander s’il convient vraiment de parler dans la plupart des cas de choix autonomes et libres quand quelqu’un décide de vendre une partie de son corps ou de donner/vendre un organe vital. Quelle est en effet l’autonomie et la liberté d’une personne dépressive qui décide de se suicider? Et encore, quelle est l’autonomie et la liberté de celui ou celle qui ne “possède” rien d’autre que son corps et qui accepte de vendre certaines parties de son corps pour faire manger ses enfants?

Le fait que cela a été toujours accepté à propos de la prostitution ou de la vente de soi-même pour des travaux dangereux et peu rétribués ne pourra jamais être une justification, mais plutôt la preuve des injustices que souvent on accepte. Par contre,

40 B. Lemennicier, art. cit., p. 118.

41 C’est ce que Hans Jonas appelle la “neutralisation métaphysique de l’homme” (H. Jonas, “Toward a philosophy of technology”, *Hastings Center Report*, 9, 1979, pp. 34-43, p. 40). Comme l’a écrit en effet Trigeaud: “La matérialisation, la réification du corps de l’homme engendre par là un développement des actes de contrôle et de disposition violant l’intégrité de la personne, la dignité de la chair, et le secret de son intimité”, *Persona ou la justice au double visage*, p. 220.

les discours de certains féministes comme Susan Sherwin⁴² sur l'abstraction et le danger liés au concept d'autonomie personnelle à la Harris ou à la Engelhardt⁴³ sont non seulement théoriquement corrects, mais surtout moralement convaincants. Leur analyse de la fausse autonomie de certaines femmes qui librement acceptent par exemple d'avorter à cause des pressions plus ou moins explicites de l'entourage familial peut difficilement être contestée, même par les libertaires les plus coriaces⁴⁴.

6. Le concept de dominium et le corps comme propriété naturelle de chaque personne

Comment pouvons-nous concevoir l'existence d'un droit de disposition du corps sans pour autant parler d'un droit de propriété? Comment pouvons-nous concevoir l'existence d'un droit sur le corps sans réfuter ce que Xavier Dijon nous dit quand il souligne que: "C'est la nature et non le droit, qui fait que l'homme est et doit rester lui-même en son propre corps. Le lien juridique lie le sujet à autrui; il ne le lie pas à son propre corps: cela, la nature l'a déjà fait pour lui"⁴⁵?

En réalité, la primauté appartient toujours à la personne. Comme l'a écrit l'évangéliste Matthieu: "Si ta main ou ton pied sont pour toi une occasion de péché, coupe-les et jette-les loin de toi: mieux vaut pour toi entrer dans la Vie manchot ou estropié que d'être jeté avec tes deux mains ou tes pieds dans le feu éternel" (Mt. 18, 8). Dans l'Evangile il y a bien sûr une référence à la vie éternelle après la mort qu'au présent j'ai ne pas le moyen d'analyser. Cependant, si nous réfléchissons à ce passage nous pouvons l'interpréter comme la reconnaissance, dans la tradition judéo-chrétienne, de la primauté de la personne. Même si le corps est toujours le temple du Saint Esprit, créé pour donner louange à Dieu et pour ressusciter à la fin du monde, son intégrité peut, au moins en principe, être sacrifiée afin de sauver la vie d'une personne.

42 S. Sherwin, *No Longer Patient: Feminist Ethics and Health Care*, Temple University Press, Philadelphia, 1992; *The Politics of Women's Health: Exploring Agency and Autonomy*, Temple University Press, Philadelphia, 1998.

43 H. T. Engelhardt, *The Foundations of Bioethics*, Oxford University Press, Oxford, 1986; *Bioethics and Secular Humanism. The Search for a Common Morality*, Trinity Press International, London/Philadelphia, 1991.

44 Un discours analogue peut être fait à l'égard de la liberté libérale. Comme l'écrit en effet Xavier Dijon: "on se demande si la liberté libérale admet une autre loi que celle du désir qui, lui non plus, ne connaît pas de naissance" (X. Dijon, *La réconciliation corporelle*, Presses Universitaires de Namur, Namur, 1998, p. 24).

45 X. Dijon, *Le sujet de droit en son corps*, Larcier, Bruxelles, 1982, n. 916.

Dans ce contexte si la personne est indisponible, le corps est au contraire disponible pour sauver la personne et la soigner. Mais ceci ne signifie pas que le corps soit susceptible de violation: le concept d'inviolabilité (qui renvoie toujours au concept de viol) est en effet différent par rapport aux concepts d'intangibilité et d'indisponibilité⁴⁶. Violer le corps, d'ailleurs, et lui porter atteinte signifie ne pas reconnaître que c'est dans le corps que la personne vit et cette atteinte est aussi contre la personne. Si donc le corps ne doit pas à mon avis être identifié à la personne, en même temps il ne doit pas non plus être ravalé au niveau des choses, parce que dans ce cas il serait susceptible non seulement d'utilisation, mais aussi d'abus en niant ainsi le rapport particulier qu'il y a entre chaque personne et son corps. Je peux donc (et peut être je dois) donner un organe pour sauver une vie, mais je n'ai pas le droit de détruire mon corps: accepter la possibilité de détruire le corps signifie en effet d'accepter la possibilité de détruire la vie d'une personne, le corps n'étant pas un simple objet dont la personne peut faire ce qu'elle veut sans conséquence pour sa vie. Entre corps et personne il y a d'ailleurs une relation étroite parce que la personne vit dans son corps et elle n'existe que corporellement⁴⁷.

Mais alors comment pouvons nous protéger le corps en le considérant comme étant hors commerce? Comment pouvons-nous le rendre inviolable en tant que corps sans l'identifier avec la personne? Sur la base de quel principe peut être condamné le statut d'objet et de chose auquel se trouve ravalé le corps humain s'il devient objet de commerce et si son inviolabilité n'est pas respectée?

Dès qu'on parle du corps et qu'on dit "mon corps", il faut tout d'abord analyser la signification du terme "mon". L'adjectif "mon" peut avoir, en effet, des signi-

46 Pour cette raison je suis tout à fait d'accord avec Anne Fagot-Largeault quand elle écrit qu'un médecin ne peut accepter de sacrifier un malade et donc doit transfuser une personne qui se vide de son sang ou encore chercher un organe à transplanter si la vie d'une personne est en péril. Mais je ne suis pas d'accord avec Engelhardt, dont elle analyse la position, qui pense qu'on ne peut empêcher la vente d'un organe ou encore la donation d'un organe vital: "La notion d'une indisponibilité de son propre corps pour l'agent moral est totalement aberrante. le sujet est seul juge de ce qu'il veut pour lui-même: se faire tatouer, se prostituer, donner un lobe de son foie à un ami malade" (A. Fagot-Largeault, "Problèmes d'éthique médicale posés par de nouvelles techniques thérapeutiques: greffes d'organes, de tissus et de cellules", in *L'Éthique à la croisée des savoirs*, cit., p. 36). Même si le corps n'est pas indisponible, le corps n'est pas en effet une propriété positive mais il est plutôt une propriété naturelle qu'il faut non seulement utiliser, mais aussi soigner et respecter.

47 "Or, il convient de montrer que le corps n'étant précisément pas pure matière, *res extensa* cartésienne, quantifiable et divisible, il constitue une expression, une objectivation de la personne, principe actif et informatif de vie", J.-M. Trigeaud, *Persona ou la justice au double visage*, cit., p. 219.

fications différentes. D'une part il peut avoir une signification possessive: quand on dit "ceci est ma plume", l'adjectif "ma" a la fonction d'adjectif possessif, car en disant que la plume est ma plume, on dit que la plume est ma propriété. D'autre part, ce même adjectif peut être employé de façon non possessive afin d'indiquer l'appartenance, plutôt que la propriété. Si on considère la proposition "X est mon mari" ou la proposition "Y est mon fils", le terme "mon" n'indique pas le fait que X et Y sont ma propriété.

Or, le fait que quelque chose m'appartient implique la possibilité d'exercer des droits sur ce qui m'appartient: chaque parent, par exemple, a des droits par rapport à ses enfants qu'il peut exercer dans le respect de la personne avec laquelle il a une relation de parent à enfant. Cependant, mes droits ne sont pas absolus: je ne dois pas traiter mes enfant comme des objets, ni exercer sur eux un droit absolu.

Dès qu'on parle de "son corps", on pourrait dire qu'il s'agit là aussi d'un rapport d'appartenance: le corps appartient en effet à la personne car il est une partie de la personne, tout en étant un objet différent des autres et sur lequel on ne peut avoir aucun droit de propriété. Dire que le corps n'est pas une propriété absolue de chaque personne ne signifie pas alors que la personne n'a aucun droit de disposition de son corps. Le corps appartient en effet à la personne, car, pour chaque individu, son corps est exactement "son corps". Entre chaque personne et son corps il y a d'ailleurs un rapport d'exclusivité qui transforme l'objet corps en "possession ontologique" (ou appartenance) de la personne. Cependant, cette relation d'appartenance exclusive, n'est pas un rapport de propriété: le corps n'est pas un simple objet du monde, mais est l'objet que chacun, à la fois, *a et est*; il est ce dont on peut disposer, mais la disposition n'est jamais absolue.

Une solution juridique possible afin de qualifier cette relation d'appartenance est d'utiliser une nouvelle catégorie juridique, le *dominium*. Si le corps est un *dominium* de la personne nous pouvons en effet respecter la valeur intrinsèque du corps en justifiant aussi les greffes. Mais maintenant il faut bien comprendre la signification du mot "dominium" et l'origine de ce concept pour montrer finalement pour quelle raison cette catégorie peut être utilisé pour résoudre (ou commencer à résoudre) le problème du corps et de sa place juridique.

Dans le langage juridique romain le mot "dominium" était utilisé pour désigner les droits absolus sur les choses et les animaux⁴⁸: le *dominium* était un droit de propriété mais sans aucune détermination de la notion de droit subjectif. Mais au

48 P. Legendre, *L'inestimable objet de la transmission* cit., p. 26.

Moyen Age le mot “dominium” a changé de signification⁴⁹: il avait en effet de nombreuses significations dont la plupart sont très intéressantes pour notre définition du rapport entre la personne et son corps.

En particulier, au Moyen Age le concept de *dominium* a été utilisé pour désigner des relations protégées comme celles de propriété, même si ces relations n'étaient pas considérées comme droits positifs de propriété. Mais le concept de *dominium* a été utilisé aussi par les théologiens juristes pour indiquer la relation entre chaque personne et sa volonté, c'est-à-dire la relation entre chaque personne et la faculté que Dieu lui avait donné pour la faire arriver à sa perfection (à partir de son parcours terrestre - *in via* - vers la béatitude du Paradis - *in patria*⁵⁰). Alors, d'un point de vue politique et juridique, le *dominium* est tout à fait différent de la propriété parce qu'il n'est pas un pouvoir positif et absolu sur les choses; d'un point de vue philosophique, le *dominium* est par certains aspects un synonyme du droit primitif (*ius primitivum*) que chacun a sur soi-même.

En particulier, il est intéressant de constater que le concept de *dominium* a été utilisé par l'école franciscaine (à partir de Alexandre de Hales - ou plutôt des auteurs de la *Summa fratris Alexandri* - jusqu'à Guillaume d'Occam) pour indiquer le premier et principal droit que chacun a sur soi-même et sur sa volonté. Comme l'a écrit le bx Duns Scot, chaque homme a un *dominium* sur soi-même: “l'homme est *dominus* de ses actes, ainsi qu'il est dans son pouvoir de choisir d'agir d'une façon A, ou bien de son contraire B [...] selon le témoignage de la raison naturelle”⁵¹. L'homme n'est donc pas un animal qui n'aurait aucun *dominium* sur ses *appetiti*. Comme l'a écrit bien Saint Bonaventure: “Chez les animaux sauvages, même si, d'une certaine façon, il est possible de découvrir un *dominium*, [...] à l'égard des actes externes, il n'existe cependant pas de *dominium* à l'égard de l'acte proprement interne, à savoir l'*appetitus*”⁵².

49 M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie de droit*, Sirey, Paris, 1962; A. S. Brett, *Liberty, Right and Nature*, Cambridge Un. Press, Cambridge, 1997; J.L. Aubert, *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*, Vrin, Paris, 1954; et L. Parisoli, *Volontarismo e diritto soggettivo*, Istituto Storico dei Cappuccini, Roma, 1999.

50 Guillaume d'Occam, *Reportatio in Quartum Sententiarum*, q. 3-5 (*Opera theologica*, éd. San Bonaventure College, vol. VII).

51 Jean Duns Scot, *Opus oxoniense*, IV, d. 43, q. 2, n. 12, éd. Vivès XX: “homo est dominus suorum actuum, ita quod in potestate ejus est determinare se ad hoc, vel oppositum... per rationem naturalem”.

52 Saint Bonaventure, *In II Sententiarum*, d. 25, pars I, a. unicus, q. 1, éd. Quaracchi, II: “in brutis autem animalibus, etsi aliquo modo sit reperire dominium respectu actus exterioris,.... respectu tamen actus proprii interioris, videlicet appetitus, dominium non est”.

Pour les Franciscains, chaque personne garde ce droit sur ~~lui-même et sur sa~~ ~~volonté si elle ne veut pas perdre la dignité fondamentale de son existence.~~ Pour cette raison ce *dominium* sur soi (lié au concept de liberté) est à la base de tous les droits subjectifs. Au contraire du droit de propriété, qui est un droit positif, le *dominium* est un droit naturel et primaire pour les personnes. Au fondement du droit subjectif, il y a la reconnaissance de la liberté intrinsèque de chaque personne et aussi la distinction entre le droit de propriété, qui est un droit positif, et le droit de *dominium*, qui est un droit naturel parce qu'il est un droit que les hommes avaient avant le péché originel. Or, pour les Franciscains, la propriété n'était qu'un remède donné par Dieu aux hommes corrompus par le péché. Mais si ce droit est utile aux hommes, il est très différent du vrai droit naturel qui était le seul droit établi avant le péché.

Mais je ne veux pas ici analyser l'histoire du concept de *dominium*, ni approfondir l'exacte fonction du *dominium* dans la position franciscaine. Je ne veux que souligner l'absence de cette catégorie dans les débats contemporains à propos du corps humain. En effet, les Franciscains l'ont utilisée pour décrire la relation particulière entre l'individu et sa volonté, et donc pour décrire la relation fondamentale dans l'ordre naturel des choses. Pourquoi alors ne pourrions-nous pas utiliser cette catégorie pour décrire également la relation qui existe entre l'individu et son corps?

Le corps ne cesse jamais d'osciller entre la réalité subjective de la personne et celle objective des choses; il est en même temps le lieu privilégié de l'intervention médicale et le lieu primaire de la vie, un ensemble d'organes différents et une totalité unique qui permet à chaque personne de vivre dans le monde, une réalité organique et l'ouverture principale sur autrui dans sa corporéité concrète⁵³. La personne, par ailleurs, n'existe que corporellement parce que sans corps biologique il n'y a même plus de personne physique. Mais, en même temps, la personne n'est pas seulement un corps, parce que sa vie ne pourra jamais être réduite à son corps biologique: chaque personne a avec son corps une relation qui est à la fois constitutive et instrumentale, intrinsèque et extrinsèque, absolue et relative. Dans ce contexte, par le fait de parler de *dominium*, nous pouvons parler du corps comme d'une propriété naturelle de la personne que chacun peut administrer et gérer sans le réduire à simple propriété positive, exactement comme au Moyen Âge on pouvait parler de la volonté comme d'une propriété naturelle de l'homme (il suffit de se souvenir de la

53 Je renvoie à ma thèse de doctorat: "Lo statuto del corpo umano: una proposta naturalistica", Scuola Normale Superiore, Pisa, 1998 et à mon livre *Una genealogia del corpo umano: norme e natura*, Vivarium, Napoli, 2000.

naissance médiévale de la théorie de l'imputation des actes: un homme ivre qui commettait un acte criminel n'était pas frappé par la sanction, mais l'homme qui s'enivrait et commettait le même acte criminel était puni, un schéma qui se reproduit aujourd'hui). Si donc pour les Franciscains les hommes avaient un *dominium* sur la volonté, et si cette position leur suffisait, il me semble qu'il faut, à notre époque, souligner explicitement que l'homme peut aussi avoir un *dominium* sur son corps: chaque homme peut en effet avoir un pouvoir sur son corps, mais ce pouvoir est limité par la nature intrinsèque du corps qui est douée d'une valeur intrinsèque et qui, en tant que valeur intrinsèque, doit toujours être respectée⁵⁴.

En utilisant le concept de *dominium*, nous pouvons alors éviter les problèmes que nous avons décrits à propos de l'identification de la personne avec son corps de même qu'à propos de l'*abusus* lié à la propriété du corps. En utilisant le *dominium* nous pouvons en effet expliquer la possibilité des greffes en même temps que nous évitons les conséquences inacceptables qui découlent de la vision d'un corps qui serait quelque chose dont nous pourrions user (*usus*), profiter (*fructus*) et aussi disposer (*abusus*) de la manière la plus absolue et toujours en confiant ses éventuelles limitations à l'arbitraire contingent du législateur. L'histoire nous montre, en effet, qu'une borne pareille ne suffit jamais.

54 Quand on parle de propriété naturelle, en effet, on n'implique pas que quelqu'un puisse faire ce qu'il veut de sa propriété comme il se passe dans le cas d'une propriété positive. Dire d'ailleurs que le corps n'est pas une propriété absolue de chaque personne ne signifie pas que la personne n'a aucun droit de disposition de son corps. Le corps appartient en effet à la personne, car, pour chaque individu, son corps est exactement "son corps". Entre chaque personne et son corps il y a d'ailleurs un rapport d'exclusivité qui transforme l'objet "corps" en "possession ontologique" (ou "appartenance") de la personne. Cependant, cette relation d'appartenance exclusive, n'est pas un rapport de propriété: le corps n'est pas un simple objet du monde, mais est l'objet que chacun, à la fois. *a et est*; il est une chose, mais une chose "sui generis"; il est ce dont on peut disposer, mais la disposition n'est jamais absolue.

JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE TRANSICIÓN N° 1
CAUSA N° 3/53.145

Mar del Plata, 10 de agosto de 2000.

AUTOS Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

- I. Téngase a la Sra. Silvana ROMAN por presentada a fs. 1/8, parte en el carácter invocado, con el patrocinio letrado de su apoderado Dr. José Walter COMPAÑY, por agregada documental a fs. 9/33, domicilio legal constituido, y por interpuesta formal acción de amparo en los términos de los artículos 1ro. y 2do. de la ley 7166 to. 7261.
- II. Habiéndose invocado la conculcación de derechos constitucionales reconocidos, atinentes a la protección del derecho a la salud (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en relación al art. 4to. de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 75 inc. 23 apartado 2do. de la C.N., art. 12, 36 numeral 8 y ccdtes. de la constitución Provincial), y encontrándose formalmente admisible la demanda instaurada con invocación de claras normas legales y constitucionales, prima facie pertinentes, declárese competente el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de Transición n°1 para el conocimiento de la presente acción de amparo, en concordancia con lo normado en el art. 20 numeral 2, apartado 2do. de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto establece que "el amparo procederá ante cualquier juez ..."; y con arreglo al espíritu amplio a favor del amparo que consagra el art. 43 de la Constitución Nacional.
- III. Comuníquese la iniciación de la presente causa mediante atento oficio a la Excm. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de este Departamento Judicial de Mar del Plata, a sus efectos y de conformidad con lo dispuesto en Acuerdo n° 2844 del 20/10/98, de la S.C.J.B.A.-
- IV. Lo dispuesto precedentemente, por encontrarse formalmente admisible la demanda instaurada con invocación de claras normas legales y constitucionales vigentes, y citas doctrinarias y jurisprudenciales, intímese a la parte demandada, "Provincia Servicios de Salud S.A." (domicilio real en calle Diagonal Pueyrredón 3204 de esta ciudad), para que en la persona de su representante legal, dentro de los cinco días hábiles de notificación, produzca en autos, el informe circunstanciado acerca de los hechos que dieran lugar a la interposición del presente amparo (Conf. art. 10 de la ley 7166 to. 7261).-

V. Asimismo habida cuenta de lo solicitado por la amparista en el apartado IV de la presentación inicial, atento las diversas constancias de autos, en orden a la protección de la salud integral de la madre y su bebé en gestación, –derecho que no necesitan justificación alguna, sino por el contrario, la restricción que se haga de los mismos deber ser justificada–, se considera:

- a) Que según consta en la presentación inicial y documentación adjuntada a estos autos, la amparista con fecha 15 de febrero de 2000, se afilia a "Provincia Servicios de Salud S.A." (solicitud de afiliación n° 0112684), comenzando la cobertura a partir del 1ro. de marzo de 2000. Asimismo la Sra. ROMAN sostiene que con posterioridad a dicha fecha comienza a gestar un embarazo, con fecha programada de parto según certificado médico correspondiente, para el día 26 de diciembre del corriente año. Por ello, solicita la cobertura del embarazo y parto a través del programa materno infantil (de acuerdo a lo dispuesto por el Programa Médico y Obligatorio, y haciendo referencia al "no podrán establecerse períodos de carencia"), intimando finalmente mediante carta documento a la entidad prestataria.-

A ello el 29 de junio de 2000, mediante carta documento, "Provincia Servicios de Salud S.A." sostiene que el cumplimiento de la obligación de asistencia médica a cargo de dicha entidad está sometido a un plazo suspensivo de 300 días, llamados "período de carencia", surgiendo así de su Reglamento General conocido y aceptado al momento de la afiliación.-

- b) el criterio sustentado reiteradamente por el Juzgado, que en materia de medidas cautelares debe primar un espíritu amplio máxime cuando –como en el caso– se trata de una pretación esencial para la atención de la salud (ver en tal sentido sentencia de este Juzgado en causa n° 3/47.201, caratulada: "Ferrer, Marcelo Fabián s/Acción de Amparo", confirmada por la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, Sala III, con votos de los Dres. Bernardo R. Fissore, Carlos E. Haller y Daniel M. Laborde y publicada en el libro "Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos", de autoría del suscripto, editorial Depalma, Bs. As., 1999 segunda parte, capítulo I, págs. 139/155). -
- c) Que se ha acreditado sumariamente verosimilitud en el derecho, encontrándose en juego "el derecho a la salud", involucrando asimismo al acceso a la atención sanitaria" (destacando aquí el criterio sustentado por el Tribunal Constitucional Italiano en el caso "Di Tella", 20/5/1998, "el disfrute concreto del derecho fundamental a la salud no puede depender de

las diversas condiciones económicas de cada uno de los destinatarios de la prestación"), "la protección integral de la familia" – ver en tal sentido, Corte Suprema Nacional, en causa "Verrochi", en "La Ley - Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo", 14/2/2000, a cargo de Agustín Gordillo, considerando VI, págs. 1/19, con nota de María Angélica Gelli-, y "el principio pro minoris"- rector para todo el derecho de minoridad, siendo considerado un principio general de derecho.

- d) que cabe destacar que las normas que regulan la materia son de orden público –prevalecen por sobre cláusulas predisuestas- y de interpretación restrictiva. En tal sentido la ley 24.754 (Medicina Prepaga) remite en lo atinente a las "prestaciones obligatorias" a las dispuestas por las leyes 23.660 (Ley Nacional de Obras Sociales), 23.661 (Sistema Nacional de Seguro de Salud) y 24.455 (Cobertura Asistencial), y sus respectivas reglamentaciones. Si consideramos que la Resolución General 247/96 (M.S. y A.S.) aprueba el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) para los agentes del seguro de salud comprendidos en el art. 1º de la ley 23.360 (art. 1ro. de tal resolución), por la misma expresa remisión de la ley 24.754 a ésta última, el Programa Médico Obligatorio es de aplicación en el área de la Medicina Prepaga, el que prevé la cobertura del plan materno infantil.-
- e) que se alude sumariamente al peligro en la demora, ante la necesidad de contar con un plan materno infantil y advirtiendo que la suspensión de sus efectos en la determinación de su dictado puede influir en la ineficacia de una sentencia de mérito. -

Por todo ello, como medida cautelar preventiva, y con los alcances que a continuación se detallan: SE DISPONE HACER LUGAR A LA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA SOLICITADA, debiendo "Provincia Servicios de Salud S.A." brindar la cobertura del Plan materno infantil a la Sra. Silvana ROMAN, TODO ELLO HASTA TANTO RECAIGA SENTENCIA DEFINITIVA EN ESTOS AUTOS. (Conf. art. 23 de la ley 7166 to. ley 7261).

NOTIFIQUESE, líbrense cédulas con habilitación. Pedro Federico Hooft, Juez en lo Criminal y Correccional.-

CONTESTO INFORME ART. 10 LEY 7166 (TO 7261)

Señor Juez: MIGUEL A. SCIURANO, letrado apoderado, en nombre y representación de PROVINCIA SERVICIOS DE SALUD SA, constituyendo domicilio legal conjuntamente con mi letrado patrocinante Dra. GRACIELA POLOGNA (Tº II Fº 12 del C.A.M.D.P.), en la calle Corrientes 1725, Piso 3ro. of. 4, 5 y 6, de la ciudad de Mar del Plata, en autos caratulados "ROMAN, Silvana s/ Acción de amparo", (causa nº 3/53.145), a V.S., digo:

I. PERSONERIA:

1. Conforme lo acredito con el instrumento cuya copia acompaño, declarando bajo juramento que se encuentra vigente, soy mandatario de "PROVINCIA SERVICIOS DE SALUD SA", con domicilio real en la calle Lima 355, Planta Baja, de la ciudad de Buenos Aires.

II. ALLANAMIENTO - EXIMICION DE COSTAS

2. Siguiendo expresas instrucciones de mi representada, vengo a contestar en legal tiempo y forma el informe requerido con relación a la acción de amparo promovida por la sra. Silvana Román, manifestando que mi representada SE ALLANA INCONDICIONALMENTE AL RECLAMO DE LA ACTORA, pidiendo expresamente la eximición de costas, conforme lo dispuesto por el artículo 70 del Código Procesal.

Mi mandante, atento a las particularidades del caso y en virtud del alcance de la pretensión de la actora, se allana a brindar a la Sra. Silvana Román la correspondiente cobertura de salud del plan materno infantil.

4. (sic) Ello así por cuanto CON ANTERIORIDAD A LA NOTIFICACION DEL TRASLADO DE ESTE AMPARO mi parte procedió ante el reclamo del afiliado, a brindar la cobertura del plan materno infantil a la accionante, circunstancia que quizás aún no le fue notificada.

5.- Toda vez que a la fecha en que la demanda fue notificada el objeto de la tutela reclamada se encontraba cumplido, solicito que se exima a mi parte de la imposición costas.

En consecuencia conforme del inc. 1) del artículo 70 del Código Procesal, NO SE IMPONDRÁN COSTAS AL VENCIDO "cuando hubiere reconocido como fundadas las pretensiones de su adversario allanándose a satisfacerlas, a menos que hubiere incurrido en mora o que su culpa hubiere dado lugar a la reclamación".

6.- Por lo tanto solicito a VS tenga a mi representada por allanada a la demanda e imponga las costas por su orden.

III. AUTORIZACIONES:

7.- Hago saber que el suscripto o los Dres. Martín Campbell y/o Martín J. Lanfrenco y/o Gonzalo J. Fontana y/o Fernando Montes de Oca y/o Hernán Cafoncelli y/o Matías Perfare y/o Santiago Laclau y quienes ellos designen indistintamente se encuentran autorizados a diligenciar cédulas, oficios, testimonios, mandamientos, como así también retirar copias y efectuar desgloses.

IV.- PETITORIO:

8.- En virtud de lo expuesto a VS solicito:

a) Me tenga por presentado, por parte y por constituido el domicilio.

b) Tenga presente el ALLANAMIENTO FORMULADO, eximiendo a mi parte de la imposición de costas, en virtud de encontrarse cumplido el objeto de la pretensión.

Tener presente lo expuesto y proveer de conformidad SERA JUSTICIA.

FDO. GRACIELA BOLOGNA, ABOGADA.

NOTA:

En la solución del caso planteado, el juez Pedro Federico Hooft muestra una vez más su profunda comprensión de la problemática que atribuimos a la vida plena, vinculada de manera muy honda no sólo con los alcances que asignamos al valor salud, sino a los valores justicia y humanidad. La fundamentación de este pronunciamiento supera los argumentos constitucionales y legales también invocados, inscribiéndose en la legitimidad última de la salud de cada ser humano. Aunque la noción de salud, como todas las otras que utilizamos, es a nuestro parecer resultado de una "construcción", creemos que no puede admitirse en ella el plazo "suspensivo" pretendido.

La continuidad del complejo temporal, personal y real de la vida exige que la salud no pueda estar en suspenso y, en consecuencia, tampoco puedan estarlo, en principio, las prestaciones al respecto. Creemos que "suspender la salud" es tan inconcebible como suspender la justicia. Más allá de lo que se hubiese pactado, las exigencias de salud poseen siempre un alcance "institucional" que supera la propia autonomía de las partes. Esta sólo puede ejercerse porque la persona se encuentra legitimada para decidir sus propias nociones de salud y de vida. Tratándose de cier-

to modo de "actos personalísimos" básicos, son revocables con miras a una mejor comprensión de las dos referencias.

La problemática de la salud muestra que hay varias áreas vitales no disponibles contractualmente y que los contratantes no pueden recortar el concepto de salud arbitrariamente. No sería admisible que se pudieran limitar por contrato los alcances materiales de una cirugía en el quirófano. Tampoco lo es que se recorte así el tiempo de las prestaciones dejando a las personas sin cobertura. Con apoyos rawlsianos podría decirse que ninguna persona bien informada que desconociera el lugar que ha de corresponderle aceptaría el suspenso que se invocaba en el caso.

La misma interpretación correcta de una cláusula como la que se invocaba evidencia que el plazo suspensivo estaría destinado a evitar fraudes, no a excluir el curso normal de los acontecimientos y menos un embarazo. Una cláusula que limitara la posibilidad de embarazos sería, en principio, notoriamente inconstitucional e ilegítima.

El plazo suspensivo contrariaría las proyecciones de bien común de la sociedad, interesada en la salud colectiva, e incluso obraría en contra de la propia dinámica que se pretende dar a los sistemas de salud, ya que restringiría las posibilidades de que los interesados cambiaran de sistema. El allanamiento de la demandada muestra la evidencia de la legitimidad del pronunciamiento judicial comentado.

Una vez más se advierte que en profundidad, superando los planteos comerciales y administrativos tradicionales, existen el Bioderecho y el Derecho de la Salud signados por las exigencias de respeto a la vida y de protección al paciente en sentido amplio (*).

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

(*) Puede v. por ej. nuestro artículo "Perspectivas filosófico-jurídicas de la salud", en "Bioética y Bioderecho", N° 4, págs. 25/32.