

LA BIOETICA UN DESAFIO DEL TERCER MILENIO ASPECTOS JURIDICOS (*)

Noemí Lidia NICOLAU (**)

Es importante detenerse a considerar los aspectos jurídicos de los problemas que la biotecnología presenta en esta articulación de dos milenios que nos toca vivir. Y digo problemas, porque resulta evidente que el avance biotecnológico ha venido a problematizar a las ciencias, a poner en crisis el conocimiento científico. Sin embargo, esta situación no debe provocar alarma, ya que, como todos sabemos, las crisis cuando son afrontadas con inteligencia coadyudan a la superación.

Uno de los problemas más importantes, a mi juicio, es **que la bioética quede atrapada por el derecho**. En las sociedades más desarrolladas, se ha comenzado a manifestar esta tendencia: el tránsito de la bioética al bioderecho.

Las causas que están conduciendo a esa absorción de una materia por otra son múltiples, pero entre ellas, me parece que quizás la más profunda, es no haber comprendido todavía la importancia de la interdisciplinariedad. El positivismo científico que signó los comienzos de este siglo, en el afán de superar la impura complejidad reinante, produjo el aislamiento de las ciencias conduciéndolas a una simplicidad pura, tan falsa como la anterior complejidad. Como consecuencia de este proceso, todavía hoy resulta difícil llegar a comprender los fenómenos como complejidades puras.

Si fuéramos capaces de abordar los problemas de la biotecnología como verdaderas complejidades, es decir, interrelacionando cada ciencia con las otras, la bioética no hubiera quedado atrapada por la medicina, como ha sucedido, ni tampoco estaría amenazada por el derecho.

Otra causa, la más directa y concreta es el afán permanentemente manifestado de regular los problemas de la biotecnología mediante leyes especiales. No se advierte que ese es un camino que lenta e inexorablemente conduce al reemplazo de la bioética por el derecho. Es un error suponer que las falencias éticas se resuelven con normas legales.

(*) De la participación de la autora en el panel llevado a cabo el día 23 de Junio de 1995, en las Jornadas sobre Bioética y procreación asistida organizadas por la Fundación Fraternitas, Rosario.

(**) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario.

El avance biotecnológico presenta ese desafío entre bioética y derecho, pero también la misma ciencia jurídica tiene sus propios problemas. Entre ellos se pueden señalar dos, por un lado, la insuficiencia de las categorías jurídicas tradicionales, y, por otro, la necesidad de dar solución eficaz a los requerimientos que la sociedad le plantea (por ejemplo, éste de legislar sobre cada uno de los problemas biotecnológicos: eutanasia, trasplante de órganos, procreación asistida, etc).

a) Insuficiencia de las categorías jurídicas tradicionales.

Los conceptos fundamentales del derecho, los ejes sobre los que se construye el derecho privado, tales como el concepto de persona, de cosa, de negocio jurídico, la relación jurídica familiar, deben ser revisados para poder captar con suficiencia las nuevas realidades.

Respecto de la **persona física**, el Código civil establece el momento del **comienzo y el fin de la existencia**. Así el art. 70 dice: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas..." y el art. 103 precisa: "Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas..."

Ambas precisiones adolecen actualmente de inexactitud sobrevenida por novedad científica.

Hace ya casi dos décadas, con motivo de los trasplantes de órganos, los civilistas enfrentaron el grave dilema de redefinir el concepto de "muerte natural" al que refiere la norma antes citada. Ahora debatimos desde qué momento puede decirse que hay persona humana para atribuirle personalidad jurídica. Tampoco el artículo 70 del Código civil es ahora adecuado, dado que la concepción puede ser en el seno materno o in vitro.

Otra cuestión, aun más novedosa, plantean los estudios sobre el genoma humano. El problema se vincula con los **atributos de la personalidad**, aquellas cualidades que se estiman inseparables de la persona, y que tradicionalmente han sido el nombre, domicilio, estado y capacidad. Los estudios sobre el genoma humano exigen ahora que se incorpore con ese rango, un nuevo atributo, la **identidad personal**. Debe reconocerse que el conocimiento del genoma humano aportar grandes beneficios, por ejemplo, para la identificación de delincuentes o en la atribución de paternidad.

Sin embargo, puede constituir un medio valioso para inferir graves daños a la persona, en el caso de que se utilice el conocimiento de su genoma para discriminarla en el acceso al empleo, o cuando se la mediatice experimentando sobre los genes de la persona por nacer.

Incluir la identidad personal dentro de los atributos de la personalidad importa darle una protección adecuada contra los abusos de que pueda ser objeto. No obstante, se hará necesario trabajar un concepto adecuado de identidad personal, delimitar su ámbito, todavía muy genérico y con grandes lagunas.

Se encuentra también en crisis el **concepto de cosa**. El Código civil dice en el art. 2311 que cosa es todo objeto material susceptible de tener un valor. La norma no aclara si el valor que debe atribuirse al objeto para ser considerado cosa, es un valor pecuniario. La doctrina, sin embargo, interpretando la mencionada norma conjuntamente con el art. 2312 y sus notas, ha entendido que las cosas integran el patrimonio de la persona “bajo la relación de un valor pecuniario”, tal como dice la nota al art. 2312.

Hasta este tiempo esa discusión podía significar pura retórica, sin embargo, en la actualidad cobra significativa importancia. Debe advertirse que en nuestro derecho, como en casi todo el Derecho civil de la familia occidental continental, las cosas están en el ámbito del derecho civil patrimonial con un régimen adecuado al contenido económico que implica el valor que la cosa debe tener por propia definición. Por lo cual una amplia corriente doctrinal y jurisprudencial entiende que, acorde con la eminente dignidad de la persona humana, su cuerpo y las partes renovables y no renovables del mismo, no son cosas en sentido técnico jurídico. Sin embargo en la actualidad aparece cada vez con más fuerza una corriente contraria que las considera como tales.

Este es un arduo tema que debe resolver el moderno Derecho civil. Uno de los conflictos que muestra la insuficiencia de las categorías existentes es que si son cosas pueden ser el objeto mediato de los contratos. Por ejemplo, podría calificarse como contrato de donación la relación jurídica que se establece entre el receptor y el dador de un órgano, de sangre o gametos cuando no se admite el pago de un precio en dinero. También sería posible calificarla como compraventa, cuando se paga un precio. En ambos casos estarían reunidos los elementos esenciales particulares de esos contratos (hay donación “cuando una persona se obliga a transmitir gratuitamente el dominio de una cosa, y la otra lo acepta”, y compraventa “cuando una persona se obliga a transmitir el dominio de una cosa y la otra a pagar un precio cierto en dinero”). Por tanto, en las circunstancias actuales, si un juez debiera calificar la relación como contrato de donación, luego, aplicaría el régimen legal del mismo y, por ejemplo, podría declarar procedente la revocación de la donación por ingratitud (art. 1858 Cód.civ.) quedando por tanto el donatario obligado a restituir la cosa donada o abonar daños y perjuicios.

Por otro lado, debería aplicárseles el régimen de los vicios redhibitorios, y en consecuencia, si la sangre o el material genético recibido transmitió enfermedades, el dador deber soportar los efectos de una acción redhibitoria, y pagar los daños y perjuicios.

Quienes sostienen que son cosas, intentan evitar los efectos descriptos propios de esa categorización, clasificándolas como “cosas fuera del comercio”. Sin embargo, poco se gana con ello ya que en nuestro derecho, las cosas están dentro o fuera del comercio según su enajenación sea o no expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública (arts. 2336 y 2337 del Cód.civil), por lo que podrán estar fuera del comercio, pero continúan en el patrimonio de la persona y pueden ser susceptibles por ejemplo, de

apropiación y goce.

El **concepto de negocio jurídico** también deberá ser revisado.

El Derecho civil ha abordado tradicionalmente el negocio jurídico con una teoría general de fuerte contenido patrimonial, diferenciando sólo los negocios jurídicos del derecho de familia. Cuando se estudian los institutos del negocio jurídico en el Código civil argentino se advierte claramente que las soluciones son adecuadas en la medida que se apliquen al ámbito patrimonial, pero resultan insuficientes para resolver los problemas que plantea la biotecnología. Piénsese en los vicios del consentimiento, las vicisitudes del negocio, el régimen de la capacidad e inhabilitación, etc.

b) Necesidad de dar respuestas eficaces a los requerimientos de la sociedad.

Una corriente, ampliamente resistida en el derecho comparado, entiende que la solución eficaz a todos los problemas de la biotecnología se brinda con el dictado de **leyes especiales**. Se ha dicho, con razón que la legislación es deseada por muchos pero también temida por esos muchos.

Quienes postulan que para cada sector de la biotecnología sea dictada una ley especial, deben resolver graves cuestiones. En primer lugar, deben **optar** entre dictar normas que contengan **principios generales** o que contengan la **regulación minuciosa y detallada** de cada uno de los aspectos particularísimos que se pretende abarcar. Por otro lado, deben estudiar la influencia que esas leyes especiales tendrán en el sistema jurídico.

Quienes optan por la ley especial, deben saber que responden al estilo propio de este final de siglo, el estilo de la ley microsistema. Mas deben advertir cuáles son los caracteres peculiares de esas leyes. En primer lugar, son leyes **negociadas** entre los diversos factores de poder. Porque tratan de atrapar un fenómeno determinado de la vida social y comprometen intereses bien concretos, el contenido de las leyes especiales se consensúa. Cabe preguntarse si el contenido de una ley sobre eutanasia, o procreación asistida debe ser el que se negocie o si es posible negociar "todo" en materia de bioética.

Por otro lado, las leyes microsistema, dada su multiplicidad van horadando el sistema jurídico, que, como sabemos constituye un todo orgánico y coherente con vocación de completitud. Ese proceso se ha manifestado, con crudeza en el derecho privado patrimonial. El sistema de derecho privado, fue hasta que comenzara el período de la descodificación, un todo orgánico y coherente. La descodificación por leyes microsistema ha llegado a producir, en algunos casos, una verdadera anarquía.

Actualmente la corriente legisferante a la que venimos aludiendo, propone una multiplicidad de leyes especiales en el ámbito de los negocios personalísimos. Tendremos así la ley de dación de sangre, la ley de ablación y trasplante de órganos, de procreación asistida, de eutanasia. No se repara en que las contradicciones irán surgiendo rápidamente.

Como cada ley especial resuelve su propia coyuntura y responde a una determinada negociación de los grupos de poder las incoherencias sustanciales se multiplicarán.

Decíamos que la bioética corre el riesgo cierto de quedar atrapada por el derecho, por su parte, éste corre el riesgo de caer en la incoherencia y perder efectividad. La solución más eficaz a nuestro entender consistirá en:

1) **admitir la eficacia de las normas de ética médica**, poniendo énfasis en hacerlas operativas, mediante su constante revisión y el funcionamiento eficiente de los tribunales disciplinarios.

2) **controlar por medio de Comités de ética** la investigación y la práctica médicas. En nuestro país, el control de los comités debe orientarse de manera especial hacia la práctica médica que tiene mayores despliegues que la investigación básica, más propia de los países desarrollados.

3) **dictar normas administrativas** que prevean la autorización y el control estatal para el funcionamiento de los centros donde se lleven a cabo determinadas investigaciones y prácticas médicas. No empeñarse en promulgar leyes microsistema, plagadas de definiciones y detalles que, por la celeridad del avance tecnológico, se tornan prontamente inexactas e ineficaces.

4) **incorporar al Código civil**, en la reforma que tanto se trabaja y no se concreta, **normas adecuadas sistemáticas en materia de negocios jurídicos personalísimos** aplicables a todos ellos. De manera que sea el propio código quien, no sólo reconozca los derechos personalísimos (como hizo el Proyecto elaborado por la Comisión designada para la reforma por el Poder ejecutivo), sino que también regule los negocios personalísimos, que son los que dinamizan, en concreto, esos derechos subjetivos. De tal modo que junto al régimen de los actos jurídicos patrimoniales tengamos también normas específicas para los negocios jurídicos personalísimos aplicables, por tanto, a la procreación asistida, la dación de sangre, el trasplante de órganos.

En síntesis, la bioética no debe ser atrapada por el derecho y el derecho no debe ser considerado sólo la ley. Con pocas y sabias normas legales y con un intenso desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia se podrán dar soluciones más justas a los problemas vitales del hombre del tercer milenio.

Como decía Cambaceres miembro de la Comisión de Códigos de la Revolución francesa, que nos legara los monumentales Códigos civil y comercial, **“NOSOTROS RAZONAMOS TODO COMO SI EL LEGISLADOR FUERA UN DIOS Y COMO SI EL JUEZ NO FUERA UN HOMBRE”**.