

Bioética, cuerpo y mercado

Salvador D. Bergel¹

Resumen

Antes de la formidable evolución que en tiempos recientes ha experimentado la biología y en especial las ciencias médicas, la posibilidad de realizar actos de disposición o contratos sobre el cuerpo humano y sus partes parecía una hipótesis de academia. El carácter sagrado de la persona arrastraba a su soporte material. Ahora, el panorama sufre un cambio sustancial al impactar sobre el cuerpo, sus partes y sus productos, los recientes avances científicos y su correlativa valoración en otros campos, lo que impone la necesidad de adoptar nuevos criterios tanto en el ámbito jurídico como en el ético respecto a la disponibilidad y la comercialidad del cuerpo, sus partes –por minúsculas que fueren- y sus productos. Para introducir en el debate la nueva realidad basta con referirnos a temas tan relevantes como el trasplante de órganos y tejidos, la utilización de seres humanos en la investigación científica, el alquiler de úteros para concebir un ser en cuya conformación genética no interviene la “madre de alquiler”, las posibilidades abiertas con la fecundación médica asistida y el patentamiento de partes del cuerpo humano, incluyendo un gen o una secuencia parcial del mismo, embriones, células madres, líneas celulares, etc. Jamás, excepto durante el período de la esclavitud y la servidumbre se había transformado al cuerpo humano en mercancía en tan amplia escala. Estas situaciones respecto a cuya frecuencia no es necesario extenderse crean para la bioética un conjunto de problemas y dilemas de muy compleja elaboración y solución.

¹ Salvador Bergel, Doctor en Ciencias Jurídicas, Cátedra UNESCO, Sección Latinoamericana de SIBI, Argentina <http://www.uba.ar/homepage.php>

I. El principio de no comercialización del cuerpo humano

Desde antiguo se consideró que el cuerpo humano y sus partes constitutivas quedaban excluidos del derecho patrimonial y por ende no podían ser objeto de convención alguna, pero cuando buceamos en la fuente de tal principio nos encontramos con ciertos vacíos. Se trataría –según expresa L. Mazeaud- de una regla tradicional, de un axioma jurídico que nadie experimenta la necesidad de demostrar².

El respeto de la personalidad no constituyó un centro de interés para el derecho romano o para el intermedio. Recién en el Código de Napoleón –que tuvo gran influencia en la posterior codificación- aparecen algunas pistas que orientan al intérprete sin llegar a acuñarse una regla clara. En este sentido, el artículo 1128 de dicho cuerpo dispone que sólo pueden ser objeto de convenio las cosas que no están fuera del comercio.

Para Mazeaud el Código Francés no consagra un texto dirigido a situar a la persona fuera del comercio. Es que la regla parece tan evidente –a su juicio- que nadie pensó en enunciarla. Después durante generaciones de juristas todos fueron repitiendo que la persona humana está por encima de las convenciones. Nadie discutió el principio, nadie experimentó la necesidad de justificarlo, ni siquiera de analizarlo³.

A juicio de Carbonier identificar a la persona con el cuerpo humano atribuye a éste un emplazamiento peculiar en el ámbito jurídico y en cierto modo lo dota de un carácter sagrado⁴.

De hecho, frecuentemente se argumenta su indisponibilidad y extracomercialidad como dos caras de una misma moneda, acuñada singularmente por el pensamiento cristiano para preservar la dignidad natural de todo ser humano.

² Mazeaud, L.: Los contratos sobre el cuerpo humano, en ADC, Enero-Marzo 1953, p. 81-83.

³ Mazeaud, L.: op. cit., p. 81

⁴ Carbonier, J.: Derecho civil, Tomo I, Volumen I, Edit. Bosch, Barcelona 1960, p. 217.

Es que, por otra parte, antes de la formidable evolución que en tiempos recientes ha experimentado la biología y en especial las ciencias médicas, la posibilidad de realizar actos de disposición o contratos sobre el cuerpo humano y sus partes parecía una hipótesis de academia. El carácter sagrado de la persona arrastraba a su soporte material.

Ahora, el panorama sufre un cambio sustancial al impactar sobre el cuerpo, sus partes y sus productos, los recientes avances científicos y su correlativa valoración en otros campos, lo que impone la necesidad de adoptar nuevos criterios tanto en el ámbito jurídico como en el ético respecto a la disponibilidad y la comercialidad del cuerpo, sus partes –por minúsculas que fueren- y sus productos. En esta dirección Berlinguer y Garrafa afirman que el conocimiento y la valorización del cuerpo humano constituyen una de las mayores conquistas del hombre, destacando la exigencia de crear un sistema de normas y de culturas orientadas a la tutela y a la afirmación de la dignidad corporal⁵.

Para introducir en el debate la nueva realidad basta con referirnos a temas tan relevantes como el trasplante de órganos y tejidos, la utilización de seres humanos en la investigación científica, el alquiler de úteros para concebir un ser en cuya conformación genética no interviene la “madre de alquiler”, las posibilidades abiertas con la fecundación médica asistida y el patentamiento de partes del cuerpo humano, incluyendo un gen o una secuencia parcial del mismo, embriones, células madres, líneas celulares, etc. Jamás, excepto durante el período de la esclavitud y la servidumbre se había transformado al cuerpo humano en mercancía en tan amplia escala⁶.

Estas situaciones respecto a cuya frecuencia no es necesario extenderse crean para la bioética un conjunto de problemas y dilemas de muy compleja elaboración y solución. Junto a los espectaculares avances científicos que han modificado la concepción del mundo viviente, se observa un marcado avance de los intereses económicos por participar en nuevos nichos del mercado, que ofrecen altos réditos y que prometen aún mayores beneficios, vinculados al cuerpo, sus partes y sus productos.

⁵ Berlinguer, G. – Garrafa, V.: O mercado humano, Edit. UNB, Brasilia 1996, p. 212.

⁶ Berlinguer, G.: Bioética cotidiana, Siglo XXI Ed., México 2002, p. 149.

Es que las nuevas tecnologías de la vida han invadido todas las órbitas del mundo natural originando una importante competencia entre los asistentes al mercado, conflictos en cuya trama –lamentablemente- se encuentra involucrado el cuerpo humano. Ya no se trata de hipótesis antojadizas sino de problemas actuales que es necesario encarar para rescatar algunos de los principios fundamentales de nuestra civilización, entre ellos –y en forma preponderante- el respeto a la dignidad de la persona humana.

El mercado, nuevo agente que se ha incorporado al debate –con un papel protagónico esencial- se rige por reglas y principios que nada tienen que ver con la ética ni con la bioética y que ejercen una influencia muchas veces decisiva sobre los poderes del estado.

II. De la unidad del cuerpo a su desintegración y reconstrucción

Las ciencias de la vida han logrado significativos avances a partir de la segunda mitad del siglo pasado especialmente en el campo de la biología molecular, la bioquímica, la nueva genética, la genómica, etc. El hombre ha llegado no sólo a dominar aspectos relevantes de la naturaleza, sino que –paralelamente- se ha convertido en un ingeniero que puede manejar la variabilidad y la riqueza biológica. Se trata de una nueva era cultural cuyos rasgos tenemos que comenzar a esbozar⁷.

Hoy, los trasplantes de órganos, de médula, la utilización directa de genes como arma terapéutica, el perfeccionamiento de las técnicas de fecundación asistida, la amenaza de la clonación reproductiva humana, la utilización de líneas celulares cultivadas en laboratorio, la fecundación in vitro, el patentamiento de genes, el alquiler de úteros, etc., nos brindan una nueva imagen del ser humano y de su cuerpo.

La deconstrucción y la paralela reconstrucción del cuerpo humano adquiere por momentos dimensiones tales que nos muestran un mundo

⁷ Gross, E.: La ingeniería de la vida, Editorial Acento, Madrid 1993, p. XVIII.

para el cual no estamos suficientemente preparados en el orden moral pues como muy bien lo señalara Queralto, “los modelos de comprensión de la realidad que tiene a mano el hombre se forjaron en condiciones históricas diferentes”⁸.

No es sólo la integridad física del individuo lo que está en juego, sino la identidad de la persona misma. Ante estos cambios, surgen muchos interrogantes que a veces no encuentran respuestas convincentes.

¿Dónde queda el sujeto puesto que se lo separa progresivamente de su cuerpo, tratado cada vez más como una cosa y cada vez menos según su relación con la persona?

El hombre –lo señala Ost- ha conseguido transformar en mercancía sus propios atributos. El “gran equivalente general” que es la moneda culmina la operación de confusión que se anunciaba: lo humano se reduce a la célula, la célula a la mecánica, la mecánica a productos y el producto en mercancía “traducible en dinero”⁹.

Cuando fundamos el respeto y el principio de no comercialidad del cuerpo, lo hicimos partiendo de su unidad, unidad que hoy está puesta en tela de juicio. La idea de la dignidad humana como razón última de la no comercialidad del cuerpo estaba –hasta no hace mucho tiempo- referida a la unidad biológica del individuo. No existían razones para concebirlo en forma distinta.

Pero ahora, ¿esa idea de dignidad humana, es aplicable a todo lo humano, aún cuando esté separado del cuerpo? Es extensible la idea de dignidad a un órgano, a un tejido, a una línea celular, al genoma, a los elementos que lo integran?

En qué medida puede intervenir el mercado en la compra de un órgano, de un tejido, de sangre, de espermatozoides, de ovocitos, o en el patentamiento de genes y de secuencias de genes?

⁸ Queralto, R.: Ética, tecnología y valores en la sociedad global, Edit. Tecnos, Madrid 2003, p. 12.

⁹ Ost, F: Naturaleza y derecho, Edit. Mensajero, Bilbao 1996, p. 82.

A la luz de esta nueva realidad, la dignidad que se le reconoce al cuerpo como sustento material de la persona, se esfuma?

Estos temas han sido materia de profunda reflexión y resulta muy ilustrativo repasar algunas de las elaboraciones que lo abordan.

Hottois, reconoce que en la literatura bioética la dignidad del cuerpo humano generalmente es asociada a la idea de integridad del cuerpo. Esta manera de describir es de hecho parcial. Holística y simbólica, ella es implícitamente hostil al pensamiento tecnocientífico que analiza y opera, separa, distingue e identifica. Muy rápidamente la famosa diferencia antropológica considerada como antológicamente fundante de la dignidad intrínseca del cuerpo humano se desvanece a nivel orgánico, celular, génico y de las proteínas. Compartimos con los otros organismos vivos (comprendidas plantas y microorganismos) una multitud de identidades y una diversidad de diferencias que la tecnociencia explota siempre primero”¹⁰.

De lo transcripto, Hottois extrae la conclusión que los “límites” del cuerpo humano y de su dignidad son problemáticos en el tiempo y en el espacio. La realidad que nos circunda nos desafía constantemente a ensayar nuevos argumentos y a realizar construcciones para poder encajar principios que consideramos fundamentales, a la luz de los cambiantes escenarios.

Lucien Seve –destacado filósofo que fuera miembro del Comité Nacional de Bioética Francés-, al analizar los problemas y dilemas que genera la deconstrucción del cuerpo, se pregunta ¿cuándo pasamos del cuerpo en su integridad a sus partes más y más pequeñas, es válido utilizar el mismo criterio? Aquí ya no existe el ser humano, el cuerpo dividido no es más el individuo, ¿hasta qué nivel es sensato reconocer aquí lo menos de lo humano y asignarle una dignidad? En el órgano o en el tejido la biología parece menos clara en el individuo: biológicamente la forma humana permanece aquí identificable, socialmente la persona está presente en la donación que pueda hacerse de ellos. Por eso, es frecuente aunque

¹⁰ Hottois, G.: *Essais de Philosophie, bioéthique et biopolitique*, Librairie Philosophie J. Vrin, Paris 1999, p. 56.

amenazante el rechazo de verlos tratados como cosas. Pero, descendiendo en la escala más abajo aún, he aquí la célula, el gen, la proteína. En la medida en que se borra todo tratamiento específico de humanidad, ¿qué queda aquí de humanidad?¹¹.

Bien, el nuevo panorama de la utilización de las partes del cuerpo o sus productos nos llama a elaborar principios que contribuyan a sentar criterios dirigidos a reafirmar el principio de dignidad.

En esta tarea, cabría interrogarse acerca de si el principio de dignidad vinculado con el cuerpo debe comprender a las partes y a los productos del mismo? He aquí un interrogante fundamental.

La dimensión -algunas veces imperceptible- de los elementos componentes del cuerpo humano, no puede llevar a “cosificarlos”, sin comprometer la idea de dignidad que se le reconoce.

Sea integrándolo anatómica o fisiológicamente; sea como elementos separados del cuerpo, no pueden en momento alguno perder su naturaleza humana y ser considerados “cosas”. Un órgano, un tejido, un gen o una proteína, aisladas del cuerpo, no mutan su naturaleza ni adquieren un carácter distinto. Siguen siendo un órgano, un tejido o un gen *humanos*.

La idea de dignidad en la que se funda el principio de no comercialización del cuerpo humano debe necesariamente extenderse a sus elementos componentes y a sus productos, es decir a todo lo que nos concierne como especie. La técnica no puede llegar al extremo de “cosificar” al cuerpo fragmentado, aún cuando dichos fragmentos carezcan de dimensión o no sean perceptibles por el ojo humano.

Seve¹², citando a Anne Fagot Lageaunten señala que: “el genoma no es sagrado, lo que son sagrados son los valores o la idea que nosotros construimos de la humanidad”. Si aceptamos que una parte aislada del cuerpo o un producto puedan entrar en el comercio e ingresar en el

¹¹ Sève, L.: Pour une critique de la raison bioéthique, Edit. Odile Jacob, Paris 1994, p. 105.

¹² Sève, L.: op. cit., p. 108.

mercado, habremos dado un gran paso en falso al iniciar un camino –tal vez sin retorno- que conduzca a la cosificación de lo humano. Habremos renunciado a la dignidad que simbólicamente atribuimos al hombre, vanalizando al ser humano y justificando a Edelman en cuanto afirma que: “el hombre desprovisto de sus valores humanos, se prepara para convertirse en un objeto de valor”¹³.

Para Hermitte, las categorías jurídicas tradicionales resultan inadecuadas para ordenar la materia. Entre la persona y la cosa haría falta instituir *a la cosa de origen humano y con finalidad humana* “cuyo estatuto apuntaría a encasillar los mecanismos de mercado que amenazan poner al cuerpo humano dentro de la lógica de producción, lógica –que por otra parte está instalada en otros sectores”. El derecho debe impedir que ello ocurra llevando la noción de “fuera de comercio” al campo más amplio de “fuera del mercado”¹⁴.

La elaboración de los regímenes jurídicos en esta materia pasa –a juicio de Labrousse Riou– por las cualificaciones que apuntan a distinguir entre las diversas situaciones a manejar. El cuerpo humano puede ser concebido junto a la persona que lo constituye o como elemento separable o separado de la persona, es decir como “producto humano”.

Las cualificaciones particulares a estas dos situaciones podrían encontrar una unidad en las finalidades y conocimientos que permiten aprehender la vida, incluso el género humano como un patrimonio a la vez biológico y cultural, que se trata de preservar más que de explotar¹⁵.

Constituye –a no dudarlo- una tarea compleja y no exenta de dificultades que convoca necesariamente a lo interdisciplinario, el establecer el estatuto del cuerpo humano y sus partes a la luz de los avances señalados en las ciencias de la vida. Pero estas dificultades de cualificación entre las clásicas categorías del derecho privado –persona o cosa- no pueden

¹³ Edelman, B.: La fabrication de l'homme, en Edelman, B. – Hermitte, M.A. : L'homme, la nature et le droit, cit., p. 141.

¹⁴ Hermitte, M.A.: Le corps hors du commerce, hors du marché, en Arch. Du Philosophie du Droit, Tomo 33, p. 323.

¹⁵ Labrousse Rioux, C.: Servitude, Servitudes, en Edelman B. – Hermitte, M.A. : L'homme, la nature et le droit, Edit. Burgeous, Paris 1988, p. 354.

llegar al extremo de hacernos olvidar la esencia de lo humano y su representación. El derecho no puede desentenderse en este campo de valores que consideramos fundantes de la civilización, so pena de convertirse en un catálogo de normas deshumanizadas.

Ya con mucha antelación a las leyes francesas sobre bioética Carbonier había planteado si cabe preguntarse acerca de si las convenciones relativas al cuerpo humano deberían someterse a un régimen jurídico autónomo y derogatorio del derecho común de las convenciones¹⁶.

Rodotá considera que los avances de la ciencia muestran que el cuerpo se presenta como un objeto jurídico nuevo. La imposibilidad evidente de recurrir a las categorías tradicionales fundadas en la existencia de procesos naturales no modificables impone la revisión de tales categorías, mas no excluye la necesidad de determinar los principios de referencia, sea en la legislación o sea en la reconstrucción científica que se proyecten a restituir al cuerpo la unidad perdida por los efectos de la descomposición en partes y funciones, a lo que conduce irreversiblemente las innovaciones científicas y tecnológicas¹⁷.

Se impone en consecuencia la elaboración de un verdadero “estatuto del cuerpo humano”, no sólo con la finalidad de “aggiornar” las categorías jurídicas tradicionales, sino también con el fin de evitar que el cuerpo desintegrado en su estructura y funcionalidad se convierta en una mercancía más que ingresa al mercado, y pueda ser sometido a sus leyes. Es un imperativo no sólo jurídico sino esencialmente ético.

III. Dos enfoques encontrados

Sgrecia distingue –sobre el plano teórico- dos concepciones fundamentales acerca del cuerpo humano¹⁸.

¹⁶ Carbonier, J.: op. cit., p. 217.

¹⁷ Rodotá, S.: *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, en *Tecnologie et diritti*, Edit. Il Mulino, Boloña 1995, p. 179.

¹⁸ Sgrecia, E.: *Corpo e persona*, en Rodotá, S. (a cura di): *Questioni di bioetica*, Edit. Saggiario-Latterza, Roma 1993, p. 113.

Una, la perspectiva reduccionista-materialista que considera al cuerpo como un objeto que el hombre tiene o posee. La corporeidad entra en la dimensión del haber del hombre, de lo que se sigue que el cuerpo es manipulable empíricamente, científicamente “disponible” por el hombre mismo.

La otra apunta a una significación subjetiva de la corporeidad que se coloca en la perspectiva metafísica personalista fundada en el modelo aristotélico-tomista. Para esta concepción el hombre “es cuerpo” y “no tiene cuerpo”. A través de la corporeidad se manifiesta la persona no sólo en la exterioridad sino en la misma estructura ontológica. El cuerpo no es mero objeto del cual pueda disponer el hombre sino que adquiere un valor que participa de la dignidad que se le reconoce.

Es fácil advertir las consecuencias que derivan de una u otra perspectiva en lo que se refiere a la materia de nuestra indagación.

Si el cuerpo es “propiedad del hombre”, este tiene la facultad de disponer del mismo en iguales términos que podría disponer de un objeto de su pertenencia, sin ningún tipo de limitaciones, lo que comprende el poder de llevarlo al mercado en la forma que desee.

En un enfoque que presenta similitudes con el anterior –aún cuando el punto de partida sea distinto- Hermitte entiende que la regulación del intercambio de productos del cuerpo humano depende de la forma en que una sociedad considera el cuerpo como objeto o como sujeto¹⁹.

En el primer caso los límites puestos a disposición del sujeto sobre su cuerpo dependerán esencialmente de las circunstancias materiales ligadas a las características fisiológicas de la sustancia o del órgano considerado. El criterio de base a tomar en consideración será entonces aquél del carácter regenerable o no, vital o no.

En el otro extremo se encuentra la concepción del cuerpo sujeto, que reconoce no un vínculo, sino una relación de identidad entre el sujeto y

¹⁹ Hermitte, M.A.: Commercialisation du corps et ses produits, en Hottois, G. – Misse, J. M.: Nouvelle Encyclopédie de Bioéthique, Edit. Broeck Université, Bruselas 2001, p. 207.

las partes del cuerpo, aún después de la separación de estas últimas. Esta concepción importa dos series de consecuencias: en principio ella funda una exigencia de gratuidad muy extendida, dado que ningún producto es totalmente asimilable a un puro objeto, quedando siempre aún después de un largo proceso de industrialización, impregnado de humanidad; y a la vez funda seguidamente la supresión de todo consentimiento tácito de utilización, aún para los desechos.

Las referidas visiones del cuerpo “sujeto” u “objeto” han motivado dos corrientes normativas que –partiendo de supuestos distintos- arriban a concepciones muy difíciles de conciliar: La europea (con gran protagonismo francés) que rescata la dignidad del cuerpo fragmentado y la anglosajona que privilegia la autodeterminación del sujeto y la más amplia libertad de disposición del cuerpo, de sus partes y sus productos.

La posición europea responde a una tradición asentada fuertemente en la sociedad, que se relaciona con la visión universalista de los derechos humanos.

Hottois considera que la posición francesa –que en mejor forma expresa la tradición continental- es de inspiración roussoniana y kantiana²⁰.

De Rousseau el modelo recepta la idea que el individuo accede a la libertad (deviene un sujeto) por el hecho de pertenecer al cuerpo social, de participar en la formación de la voluntad general. Es el estado (el derecho público) el que instituye-crea el individuo sujeto y lo convierte en ciudadano.

Ninguna libertad individual puede primar sobre la voluntad general o el bien público que el estado expresa. En lo que concierne específicamente al cuerpo de cada individuo, se lo concibe como componente del entramado social y los individuos son usufructuarios más que propietarios del mismo.

En un estado así concebido, el principio de beneficencia tiende a dominar netamente por sobre el principio de autonomía, que se lo vincula con cierta tradición paternalista de la medicina.

²⁰ Hottois, G.: *Corps humain*, en Hottois, G. – Misse, J.M.: op. cit., p. 243.

De Kant proviene la interdicción de objetivación y de instrumentalización del individuo, en nombre de la dignidad de la persona. Ciertamente para Kant la persona no es el cuerpo sino que por el camino de diversas tradiciones y argumentaciones filosóficas religiosas (el catolicismo y la encarnación, el aristotelismo y la sustancia, la fenomenología..., etc.); éste modelo subraya la inseparabilidad de la persona y del cuerpo y se transfiere automáticamente a través de éste, el valor –la dignidad– asociada a la persona.

La indivisibilidad del cuerpo y de las personas constituye un verdadero leit motiv de los estudios preparatorios de las leyes francesas sobre bioética.

El modelo anglosajón se inspira Hobbes y sobre todo en Locke. Para esta concepción el individuo tiene derechos naturales inalienables, entre ellos el de propiedad, más precisamente el de apropiación, en función del trabajo realizado. El cuerpo de una persona es en todo caso el producto de la actividad, del trabajo, de la persona.

La fundamentación del liberalismo individualista, económico y político –que inspira esta concepción– lleva a una práctica contractual de la medicina y de las relaciones humanas en general.

A esta concepción Hottois le formula las siguientes críticas:

- la confusión fundamental entre libertad individual (autonomía en sentido pleno del término) y los deseos individuales y racionales o profundamente condicionados por la situación (económica, cultura, psicológica) de los individuos.
- el reino de la razón del más fuerte y del darwinismo social que afecta al conjunto de ideologías del neoliberalismo económico.
- la ruptura de la sociedad por la destrucción de la solidaridad y de todos los lienzos sociales simbólicos y el abandono de lo social a las tecnoestructuras manipuladas por intereses privados²¹.

Es necesario captar en toda su dimensión la radical diferencia que media entre la tradición europea, que privilegia como un principio fundante

la dignidad del ser humano y cuya derivación lógica a esta altura de los tiempos es otorgar a las partes fragmentadas del cuerpo y a sus productos la misma consideración; lo que importa excluir la intervención del mercado en todo lo vinculado con el cuerpo humano.

La concepción liberal anglosajona, que coloca por sobre todas las cosas los principios de autonomía y libertad conduce a sostener la prevalencia de las decisiones personales en torno al cuerpo, sus partes y sus productos.

Cabría preguntarse de qué autonomía y de qué libertad gozan los seres humanos que deben realizar ingentes, y a veces inútiles esfuerzos para sobrevivir y se ven obligados a vender o alquilar partes de su cuerpo. Los argumentos que se esbozan sobre este particular están desconectados de la realidad y sólo sirven para justificar situaciones aberrantes.

IV. La construcción del principio de no comercialización del cuerpo humano y sus partes a la luz de la nueva realidad

La referida evolución operada en el campo de las ciencias de la vida, junto a la impetuosa arremetida del mercado, motivó una reacción que es dable observar en convenios internacionales, leyes nacionales, resoluciones judiciales y dictámenes de las comisiones nacionales de bioética, que en poco tiempo contribuyeron a consolidar una doctrina importante para hacer frente a los intentos por cambiar principios muy caros a nuestra civilización. En algunos casos la presión de los sectores económicos llevó a erosionar el cuadro, tema al que nos referiremos más abajo (vgr. patentamiento de material genético humano).

En este orden de ideas comenzamos –en razón de su relevancia- por el Convenio de Oviedo relativo a los derechos humanos y a la biomedicina, suscripto el 04-04-97 que dedica el capítulo VII a la “prohibición de lucro y utilización de una parte del cuerpo humano”, y cuyo artículo 21 (prohibición de lucro) establece que “el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”.

El informe explicativo del Convenio, al referirse al artículo 21, señala que aplica el principio de la dignidad humana, establecido en el Preámbulo y en el artículo 1. El artículo “afirma que el cuerpo humano y sus partes como tales no deben generar un aprovechamiento económico. Bajo esta disposición los órganos y tejidos, incluida la sangre, no deben ser comprados o vendidos o generar cualquier ganancia financiera a la persona de quien se lo ha extraído o a un tercero, sea un individuo o una corporación”.

Esta disposición no afecta a productos tales como el pelo o las uñas, que son productos de desecho y cuya venta no atenta contra la dignidad humana.

Esta resolución es coincidente con la resolución del Consejo de Europa N° 29 en el sentido que tanto la cesión de sustancias de donantes vivos como las procedentes de cadáveres deben ser gratuitas; y con la Resolución WHA 44.25 de la OMS del 13-05-91 la que estableció que el cuerpo humano y sus elementos no pueden ser objeto de transacciones comerciales, por lo que debe prohibirse el dar o recibir una retribución o cualquier tipo de compensación a cambio de un órgano (Directiva 5ª).

Estos principios –por otra parte– fueron receptados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 3.2), y se los ha considerado como uno de los derechos fundamentales de la persona.

En la reforma operada en Francia por las leyes de bioética, en 1994, se estableció claramente en el artículo 16.1 del Código Civil que “el cuerpo humano sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial” lo que entronca con la norma contenida en el artículo 16-5 en el sentido que “las convenciones que tengan por objeto conferir un valor patrimonial al cuerpo, a sus elementos o a sus productos, son nulas”.

Tal como puede advertirse desde diversos ámbitos se va fortaleciendo la concepción que el cuerpo humano, sus partes y sus productos están fuera del mercado. Es la reacción adulta de una sociedad que observa con natural preocupación los avances del mercado en un tema que debería serle

ajeno y que desea reiterar ante los avances científicos y tecnológicos en las ciencias de la vida su incondicional adhesión al principio liminar del resguardo de la dignidad atribuida a la persona humana y a su cuerpo.

V. El cuerpo, sus partes y sus productos en el mercado

Cuando hacemos referencia al “mercado” hablamos del ámbito delimitado o fragmentado al que concurren compradores y vendedores para realizar transacciones de mercancías que poseen un valor de cambio.

En el debate bioético -lo señala Berlinguer- se olvida o subestima el papel asumido hoy día por el mercado. Se consideran sujetos dignos de reflexión bioética a los hombres y a las mujeres, a los gametos y a los embriones humanos, a las especies vivientes y a su ambiente, a las ciencias médicas y biológicas y a las profesiones vinculadas a éstas, a las instituciones públicas, a las leyes civiles y penales, a los comportamientos y a las orientaciones morales. El mercado es casi siempre mantenido fuera o considerado de manera general²².

Aquí es claro remarcar que lo que prima en la concepción del mercado es que los valores en juego son “valores económicos” de los cuales el dinero constituye por antonomasia el “común denominador”. Reducida la “cosa comercializable” a un valor dinerario, puede ingresar al mercado para ser transada.

El valor económico –apunta en esta misma dirección Seve- suplanta al valor ético. En el caso del ser humano es el dinero lo que va a jugar el rol piloto de fin en sí mismo: personificación de esa “cosa” y cosificación de la persona son corolarios.

Si la sangre se vende, ¿por qué no vender también los órganos, los tejidos, los gametos, porqué no acceder a las patentes industriales sobre células

²² Berlinguer, G.: Bioética cotidiana, cit., p. 150.

o sobre genes? Todo el cuerpo se arriesga a ser tenido por una mina de materias primas rentables. El individuo entero podría devenir en objeto de comercio. Así, sólo los logros del dinero mercancía serán suficientes para poner en camino una cosificación general del ser humano²³.

Pero preciso es tomar en cuenta que la alienabilidad del cuerpo humano es la puerta abierta a la alienación del sujeto.

Berlinguer, al estudiar la tendencia que incorpora partes y productos del cuerpo al mercado analiza con gran sutileza la relación entre el nuevo mercado humano a escala total. La experiencia más grande y duradera del mercado humano en la historia –tal como fue la esclavitud– ha sido dejada de lado, quitada del medio. La razón de este silencio estriba probablemente en el hecho que hoy en día la esclavitud se ha convertido en sinónimo de barbarie. El comparar la esclavitud, es decir, el comercio incondicional del cuerpo humano completo (incluida su descendencia) con el mercado biotecnológico del cuerpo “por partes separadas” habría seguramente acentuado más que atenuado la profunda repulsión que el biomercado actual despierta de manera casi espontánea²⁴.

En el plano moral el uso del cuerpo como bien comerciable está basado en la asunción de que el ser humano podría ser valorado como una cosa, como un bien instrumental²⁵.

Hablar de “mercado” con relación al cuerpo humano –señala Sgrechia– presupone la aplicación de la categoría “cosa”, “objeto”, “propiedad”. El mercado o la compraventa se refieren a los bienes u objetos de propiedad. Si el cuerpo no es una propiedad del hombre, por ser la emanación de la persona humana no es asimilable a una “mercadería de cambio”. Si el cuerpo no es objeto, sino “sujeto” asume una dignidad infinitamente superior a la “cosa”. Entre el cuerpo humano y la cosa subsiste un salto ontológico y cualitativo inconmensurable²⁶.

²³ Sève, L.: op. cit., p. 295.

²⁴ Berlinguer, G.: op. cit., p. 154.

²⁵ En el mundo clásico –acota Berlinguer– el esclavo era considerado como un “instrumentum vocale”, así lo definían los antiguos para distinguirlo de las herramientas “instrumentum mutun” y del mundo animal “instrumentum semivocale” (Berlinguer, G.: op. cit., p. 154).

²⁶ Sgrechia, E.: op. cit., p. 114.

En la cosificación del hombre que el avance de las ciencias extiende a sus partes constitutivas, cualquiera sea su tamaño y sus productos, se pierden las notas de humanidad. Por respeto a sí mismo y a la dignidad inherente a su condición no le es dada al hombre la facultad de comercializar con su cuerpo, con sus componentes y con sus productos ya que ello importaría su utilización como medio por otros hombres.

Kant –cuya influencia en el pensamiento filosófico que lo sucedió es indiscutible– señalaba que “así, de igual modo que él –referido al hombre– no puede enajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de autoestima) tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás, como hombres que es igualmente necesaria: es decir que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre”²⁷.

El ingreso de partes o productos del cuerpo humano en el mercado debe partir de un presupuesto básico: la libertad de la cual dispone quien vende esos productos, libertad que en los hechos no se da.

Quien concurre al mercado ofreciendo las partes del cuerpo o sus productos está en una situación de inferioridad con relación al eventual adquirente, inferioridad que se acentúa según el género de la oferta (no es lo mismo ofrecer al mercado sangre o esperma –productos naturalmente renovables– que ofrecer una córnea o un riñón).

En todos los casos se explota la vulnerabilidad de quien ofrece partes o productos de su cuerpo lo que torna doblemente repudiable la transacción, ya que a la afrenta a la dignidad humana se une la explotación de un estado de necesidad, que en algunas circunstancias somete al oferente a una mutilación inhumana.

En un mundo caracterizado por múltiples desequilibrios en cuanto a la distribución de riqueza y posibilidades de realización del individuo, el

²⁷ Kant, I.: *La metafísica de las costumbres*, Edit. Tecnos, Madrid 1989, p. 335.

tema adquiere una dimensión mayor ya que nadie ignora la condición de extrema pobreza en la que están sumidas grandes masas de población.

El admitir o consentir mercados como el relativo a órganos humanos constituye una grave afrenta a la persona humana. La transformación del cuerpo humano en mercancía –señalan Nelkin y Andrews– viola la integridad del cuerpo, explota a personas desprovistas de poder, se entromete con los valores de la comunidad, distorsiona los proyectos de la ciencia y mina la confianza pública en los científicos y en los médicos²⁸.

Aquí no puede hablarse del *consentimiento libre* que no lo puede dar quien carece de libertad en tanto su vida está condicionada a cubrir las necesidades vitales mínimas para poder sobrevivir. Simplemente, si en tales circunstancias se vende un órgano se está permitiendo la explotación inhumana de necesidades vitales. La sociedad que tolere la existencia de tal tipo de mercado cínicamente parte de renunciar a los deberes primarios que tiene para con los hombres al tolerar la forma más grave de explotación humana.

El derecho a la autonomía del cuerpo -lo señala Berlinguer- debe ser válido no sólo contra la arbitrariedad del poder político, sino también contra el poder totalizador del mercado. No es aceptable poner a las libertades fundamentales enfrentando a una idea distorsionada del “bien común” en el caso que se lo admitiera libertad del bien común serían sacrificados conjuntamente²⁹.

La bioética no puede convertirse en un campo propicio a la especulación filosófica que ignore las bases sobre las cuales se asientan los hechos a valorar. Los argumentos que se esbozan para justificar el mercado parten de un mundo imaginario construido en base a desconocer los datos de la realidad.

En este campo la “bioética justificativa” –tal como la denomina Berlinguer- trata de legitimar la adquisición, la venta, el alquiler y el préstamo del cuerpo humano. Si prevaleciera esta tendencia ya no tendría límites

²⁸ Nelkin y Andrews, cit por Berlinguer, G.: op. cit., p. 173.

²⁹ Berlinguer, G.: op. cit., p. 158.

morales el mercado y el cuerpo humano se convertiría en la “mercancía final” con el consentimiento de la profesión médica, con el permiso de la ley y con la aprobación de la filosofía³⁰.

VI. Tres casos para examinar

Habiendo pasado revista a los conceptos generales de la problemática cuerpo-mercado, nos detendremos a analizar tres casos de naturaleza disímil, que sirven para ratificar cuanto se ha dicho acerca de la necesidad de ubicar al cuerpo humano, sus componentes y sus productos fuera del comercio.

a) *La venta de órganos*

La venta de órganos constituye tal vez la forma más repudiable de intervención del mercado sobre el cuerpo, en tanto importa la mutilación del vendedor con una evidente disminución de sus funciones vitales.

Lamentablemente es una práctica extendida, pese a que existen muchas legislaciones que la sancionan a nivel civil y penal.

Vamos a revisar algunos de los argumentos, que, desde una perspectiva liberal, tratan de justificarla o de restarle la relevancia que tiene.

Eduardo Rivera López³¹, luego de examinar los argumentos contrarios a la comercialización de órganos (kantiano, paternalista, de la pendiente resbaladiza, de la distribución injusta, de la explotación), se pregunta qué es lo malo de la venta de órganos? Observando que el resultado de la discusión ha sido que los mejores argumentos no permiten justificar una prohibición lisa y llana de la venta de órganos de personas vivas, sino como máximo un control estricto del estado, agrega que la perturbación moral que nos produce la comercialización de órganos aparece sólo por-

³⁰ Berlinguer, G.: op. cit., p. 151.

³¹ Rivera López, E.: Ética y trasplante de órganos, Edit. FCE, México 2001, p. 176.

que el motor del éxito de esa comercialización es la pobreza, de modo que lo que debe perturbarnos no es la venta en sí, sino únicamente la situación que causa la venta. La superación de esta crítica –a su juicio– no puede ser la mera prohibición de vender órganos, agregando “yo diría que la persona que vende un riñón para evitar que sus hijos se mueran de hambre hace muy bien. La decisión individual es perfectamente racional y moralmente correcta, por eso la mera prohibición de la venta de órganos cuando reflexionamos atentamente, resulta una actitud hipócrita”.

Al concluir su argumentación sostiene que “lo indeseable no proviene de la comercialización de los órganos, ni de la instrumentalización de los seres humanos, ni de la transformación de personas en mercancía, ni de ninguno de los argumentos antes analizados. Lo indeseable proviene única y exclusivamente de la situación en que se encuentran las personas dispuestas a vender sus órganos. La venta de órganos revela esa situación, pero en sí misma no la agrava”.

En una posición que no varía sustancialmente de la anterior Ernesto Garzón Valdez³² considera que el razonamiento de Kant es solo convincente a medias. Conforme a su criterio no pueden ser objeto de transacciones comerciales los bienes incluidos en lo que él suele llamar “coto vedado” de los bienes básicos. Llevarlos al mercado sí equivale a una autolesión de derechos inalienables y por lo tanto a una degradación moral. Tal podría ser el caso de alguien que se vende como esclavo: pone en venta un derecho inalienable como es el derecho a la libertad y con ello lesiona su propia libertad. Pero –agrega– esto no es aplicable a la venta de órganos, a menos que se sostenga que cada una de las partes del cuerpo es igual que éste, una entidad de naturaleza racional capaz de actuar de acuerdo con principios morales, dotada de autonomía, y con cita de Munzer agrega “aún si un cuerpo humano viviente tiene una dignidad incondicionada e incomparable, no se sigue que las partes de ese cuerpo la tengan”.

Más adelante señala que si no se da la condición de explotación, la única diferencia que existe entre la donación voluntaria y la venta de órganos es

³² Garzón Valdez, Ernesto: Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos, en Vázquez, R. (comp): Bioética y Derecho, FCE, México 1999, p. 214.

el componente mercantil de ésta última que podría ser considerado hasta un factor positivo para aumentar la disponibilidad de un bien escaso. “A menos que se tenga una aversión moral a toda operación mercantil, no veo porqué si se acepta una permisión moral de la donación ha de prohibirse la venta cuando se dan las mismas condiciones de voluntariedad y no explotación”.

Finalmente trae al debate a Hillel Steiner que ha acuñado la expresión “propiedad liberal plena de nuestro cuerpo”. Esta propiedad es, en la terminología del autor, un dominio originario que implica la libertad inalienable de disponer como querramos de nuestro cuerpo y sus partes, mientras conservemos estos derechos de propiedad no le está permitido a nadie impedirlo (no contractualmente) nuestro suicidio o que conservemos nuestros tejidos corporales o los donemos o los vendamos.

Las precitadas opiniones pertenecen a dos destacados filósofos que expresan una posición liberal.

Estas argumentaciones no son convincentes a la luz de los datos que nos ofrece la realidad cotidiana. En primer lugar en cuanto a la perturbación que causa la venta de un órgano, tanto la pobreza extrema (causa) como la venta en sí (efecto) son igualmente repudiables a la luz de los principios morales que informan nuestra civilización. En un caso se trata de la injusticia social que compromete a los gobiernos y a los pueblos del mundo por permitir que a esta altura de los tiempos grandes masas de población carezcan de medios para sobrevivir. En el otro, quien paga un precio en dinero explota las necesidades de un indigente y vulnera su dignidad como persona, lo que no es moralmente tolerable.

Es cuestionable la afirmación que la “prohibición de venta de órganos” constituya una actitud hipócrita, ya que el Estado, como expresión de la voluntad social tiene el deber de evitar que –a través de la comercialización de los órganos se afecte la dignidad de las personas. Con relación a la situación que motiva el acto –la pobreza extrema- el tema tiene otra dimensión y no puede ser solucionado sólo por leyes emanadas de un Estado o por decisiones en materia de política social; lo cual no importa sustraerse a la obligación moral de realizar cuantos actos sean necesarios

para reducirla; obligación que, es justo reconocer, no se cumple en forma adecuada. La prohibición constituye una vía correcta en sí, que no puede acabar con el “mercado negro” de órganos, pero al menos lo reduce y expresa el repudio social a una práctica aberrante. Las leyes no sólo tienen una función ordenatoria o sancionatoria sino que también tienen una función pedagógica.

Si bien la venta de órganos no agrava la situación del indigente, importa una conducta inmoral por parte de quien lo adquiere, y un comercio repudiable que el Estado debe evitar con las condignas sanciones.

En lo que respecta a los argumentos de Garzón Valdez no me parece atendible que entre lo que llama “coto vedado” de bienes básicos, no se encuentren los órganos humanos, que si bien en un sentido patrimonial no son “bienes” constituyen partes del cuerpo humano que no por ser segmentos adquieren la calidad de cosas.

No es necesario para incluir a los componentes del cuerpo en el paraguas que importa el cartabón de “dignidad” que se les reconozca el carácter de “una entidad de naturaleza racional capaz de actuar de acuerdo con principios morales, dotado de autonomía”.

Hemos señalado más arriba y lo reiteramos aquí que el cuerpo fragmentado sigue siendo tan humano como el cuerpo en su integridad y que la dignidad que se le reconoce es extensiva a sus partes por más pequeñas que sean. Es lo que impone el estado actual de las ciencias. Por esta razón no es necesario ni atendible que cada parte “sea una entidad racional, etc.”. Es suficiente que lo sea el individuo del cual se separan las partes.

No compartimos el aserto que la única diferencia que existe entre una donación voluntaria y una venta del órgano sea el componente mercantil. En éste último caso existe en el adquirente una grave trasgresión moral que desconoce al hombre como fin en sí mismo y que debe ser sancionada por el Estado.

Reiteramos aquí que el hombre no tiene la libre disponibilidad de su cuerpo, menos aún cuando su libertad está conculcada por el estado de necesidad que presupone la oferta de un órgano al mercado.

b) *El alquiler del útero*

Considerada como una forma de comercio del cuerpo, la maternidad de sustitución ha sido objeto de fuertes críticas en tanto vulnera el principio de intangibilidad del cuerpo humano, afectando la dignidad de quien se presta a ello. La contraprestación en dinero lo convierte en una verdadera locación del cuerpo haciendo que la mujer sea instrumento de los deseos de otra.

El derecho a la libertad corporal –reconocido legalmente- no puede llegar al extremo de permitir la disposición del cuerpo a título oneroso. Se trata de una libertad fundamental que no permite asimilarla a un derecho de propiedad. La maternidad de sustitución en función de un contrato oneroso entraña una verdadera forma de prostitución del cuerpo de la madre. La posición del Parlamento Europeo es claramente contraria a este tipo de prácticas. En su resolución del 16-03-89 sobre fecundación in vivo e in vitro, expresa que “toda forma de maternidad por sustitución debe ser rechazada”.

El Grupo de Consejeros para la Ética de la Biotecnología del Consejo de Europa marcó tres principios que conducen a la prohibición de esta práctica. El primero indica que ningún médico o establecimiento debe utilizar técnicas de reproducción asistida para concebir un niño que será portado por una madre sustituta; el segundo que ningún contrato o acuerdo entre una madre de sustitución y la persona o la pareja por cuenta de la cual o de aquél un niño es concebido, podrá ser invocado en derecho; y el tercero, que toda actividad de intermediación en esta materia debe ser interdicta, así como toda forma de publicidad. A su vez la reforma del Código Civil Francés, contenida en el bloque de las leyes de bioética de 1994, establece que las convenciones de maternidad por otro son nulas (art. 16.7 Cód. Civil).

Este “negocio” presenta –a juicio de Berlinguer- probablemente las analogías más fuertes con la esclavitud: a) porque los recién nacidos son adquiridos por la pareja que hace el encargo mediante un contrato de entrega celebrado con la mujer que gestó el producto; b) porque la mujer que gestó el producto durante nueve meses no es libre. De hecho se obliga en el contrato a observar principios de comportamiento así como a seguir

tratamientos y chequeos médicos acosadores, por la obligación de entregar “el producto” en las mejores condiciones a la expiración del plazo³³.

Ya en 1991 el Tribunal de Casación Francés afirmó nítidamente la nulidad de este tipo de convenciones, declarando contrario tanto al principio de orden público de indisponibilidad del cuerpo humano, cuanto a la indisponibilidad del estado de las personas, el hecho que una mujer se comprometa a concebir y gestar un niño para abandonarlo al nacimiento³⁴.

Aquí cabe remarcar que ni la autonomía que se le reconoce al sujeto, ni su libertad –que nadie discute- pueden prevalecer por encima de la dignidad que se le reconoce a la persona humana.

Junto a la dignidad, la bioética hace referencia a los principios de autonomía, respeto e integridad. A juicio de González Valenzuela tales conceptos forman más bien una constelación, cada uno de los cuales se ilumina y se complementa entre sí y acaso el que vertebra a todos es el concepto de dignidad, sobre todo si no se peca de amnesia filosófica de la tradición cultural de occidente. La dignidad se quebranta cuando el otro no es respetado en su condición de fin en sí mismo, sino como medio para otro fin. Cuando es tratado como objeto “en sí”, no como sujeto “para sí”, como una cosa y no como persona, en su libertad³⁵.

Las corrientes liberales no encuentran mayores objeciones al instituto.

Así, por todos, cito la opinión de Charlesworth para quien resulta difícil encontrar cualquier argumento basado en principios morales que sea convincente contra la maternidad de alquiler. No supone de por sí tratar a las mujeres como medio para fines de otra, ni para su explotación, ni tratarlas como “esclavas”. Por el contrario afirma el principio “pro opción” según el cual una mujer debería poder elegir por ella misma cómo va a usar su cuerpo y afirma el principio de “pro vida”, en que tener un niño es un bien humano fundamental³⁶.

³³ Berlinguer, G.: op. cit., p. 170.

³⁴ Delmás Marty, M.: Pour un droit commun, Edit. De Seúl, Paris 1994, p. 36.

³⁵ González Valenzuela, J.: Genoma humano y dignidad humana, Edit. Anthropos, Barcelona 2005, p. 66.

³⁶ Charlesworth, L.: La bioética en una sociedad liberal, Cambridge University Press, Nueva York 1966, p. 97.

Tal como puede observarse resulta casi imposible conciliar puntos de vista en torno a este tema ya que el pensamiento liberal pareciera transitar en la irrealidad más absoluta.

Cómo es posible sostener que en la maternidad por sustitución no importa considerar a la madre portadora como un medio para fines de otra! Quien se somete a ello compromete por dinero la función más noble de la mujer –la maternidad- para poder entregar el hijo por encargo, lo cual importa utilizar su cuerpo como una especie de incubadora y pensar que la entrega del fruto –inmediatamente después de obtenido- no importa afectación alguna a su psiquis.

La libertad de disposición del cuerpo tiene como límite la dignidad de la persona humana y si bien tener un niño implica “un bien humano fundamental”, el entregarlo después de nacido constituye una grave agresión a la persona que se presta a ello máxime cuando lo hace por dinero.

c) El tema particular de las patentes sobre genes

Las patentes sobre material genético humano merecen un tratamiento especial ya que pese a quedar comprendidas dentro de la comercialización del cuerpo humano –en mi criterio- presentan características singulares.

En primer lugar la concesión de una patente no implica la atribución de un derecho de propiedad al titular, ya que lo que adquiere es un “ius prohibendi”, es decir el derecho de impedir que terceros durante el curso de vida de la patente (ahora armonizado a nivel mundial en veinte años) pueda industrializar, comercializar o realizar cualquier acto jurídico sobre el objeto patentado, sin consentimiento del titular.

En los hechos durante la vigencia de la patente ésta confiere la facultad de apoderarse del objeto patentado y dado el haz de derechos que complementariamente acuerda el título (cederla, licenciarla total o parcialmente, incorporarla como activo a una sociedad, etc.) lo convierte en objeto comercializable.

En segundo lugar la patente presenta una diferencia relevante con la venta o alquiler de partes o productos del cuerpo ya que el gen apropiado por vía de la patente no pertenece a Cayo o Ticio sino al “género humano”.

Si el genoma humano es –conforme lo califica la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos y el Genoma Humano– “la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su unidad intrínseca y su diversidad” la apropiación de un segmento (el gen es una unidad de información que constituye un segmento del genoma) debe tener el mismo tratamiento que el genoma.

Hemos sostenido en anterior oportunidad que dado el estado de los conocimientos científicos, la información genética de la que es portadora el genoma lo constituye a los fines de su consideración ética en una parte del cuerpo humano³⁷.

La propia Directiva Europea 98/44/C sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas le reconoce tal carácter al establecer en su artículo 5.2 que “un *elemento aislado* del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, *incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen...*”.

El gen que se patenta contiene información propia que caracteriza y singulariza a la especie humana. Aún cuando las recientes investigaciones hayan llegado a revelar la gran cantidad de información genética que compartimos con otras especies zoológicas, y aún cuando se sostenga que lo genético no es todo, que los factores ambientales externos y que la epigenética juegan un papel destacado en la herencia y en la evolución de la especie, no podemos negar que la información genética sigue constituyendo una pieza angular para el individuo y que por tanto, introducir en el comercio tal información constituye una grave afrenta a la dignidad de lo humano. No es un problema de tamaño sino que ello envuelve un tema más profundo. El hombre no puede permitir que por vía de los derechos de propiedad industrial ingrese en el comercio parte

³⁷ Bergel, S.D.: Apropriación de la información genética, en Bergel, S.D. – Minyersky, N. (org): Genoma Humano, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004, p. 69.

de su información genética, que contiene la historia de su evolución como especie.

El patentamiento de secuencias o de genes completos es por tanto contrario a la dignidad de la persona humana. Aún aquí está presente la dignidad de la especie como valor a proteger.

La Directiva Europea 98/44/C sobre Protección de las Innovaciones Biotecnológicas al permitir el patentamiento del gen o de la secuencia parcial del mismo, aún en el caso que la patente contenga la misma información natural, importa un grave retroceso respecto a los principios que han inspirado la tradición filosófica europea.

Sobre el particular destaco que el Grupo Asesor para la Ética de la Biotecnología de la Comisión Europea en su Dictamen N° 8 del 25-09-96 señaló “que el cuerpo humano, en las diferentes etapas de su constitución y desarrollo, así como sus elementos, no constituye invención patentable. Esta exclusión no se origina sólo en las usuales condiciones de patentabilidad, sino que se inspira en el principio ético de la no comercialidad del cuerpo humano³⁸.

En la ley francesa 94/653 incluida en el bloque de las leyes de bioética, que reformó la ley de propiedad intelectual, en su artículo 1611-7 estableció que el cuerpo humano incluido sus elementos y sus productos así como el conocimiento de la estructura total o parcial de un gen humano, no pueden como tales ser objeto de patentes³⁹. En el Informe presentado por Noel Lenoir al Primer Ministro para fundar estas leyes se expresa que la misma interdicción debe comprender al cuerpo humano en todos sus componentes y comprendido el material genético. Así los genes o secuencias de ADN que son identificables en el marco de un programa de investigación sobre el genoma no deberían ser comercializados, lo mismo que los órganos o tejidos.

Conforme a los criterios de la citada Directiva el soporte de la información genética, junto a la propia información que porta, adquiriría el carácter

³⁸ European Commission, SEC/9332/98, p. 73.

³⁹ Este artículo fue reelaborado por la ley que recibió la Directiva Europea 98/44/C.

de cosa por oposición a un elemento integrante de la persona, una vez que se lo separa del cuerpo. Este es un subterfugio, ya que, como bien lo enseña Cadiet, si la información genética humana es una cosa distinta del sujeto mismo, esta cosa es susceptible de apropiación y por tanto de comercialización en el sentido jurídico así como del económico. Ella podría ser patentada, cedida a las bases de ADN construidas a partir del material genético, que sería de esta forma objeto de un derecho privativo en provecho exclusivo del propietario⁴⁰.

La caracterización de la información genética como “cosa” que luego es clonada secuenciada y purificada cuando es separado del cuerpo su soporte material constituye a nuestro juicio un recurso para justificar su apropiación privada. Sea que integre funcionalmente el cuerpo o que sea separada del cuerpo para estudiar su estructura química, la información genética es parte integrante del cuerpo humano, soporte de la persona.

En rigor de verdad se patenta “información genética humana”, lo que naturalmente debería obligar a otro enfoque en el campo de la propiedad industrial, en atención a las cuestiones éticas, sociales y científicas que suscita. Claramente lo expresa Kahn, “cuando se menciona la comercialización de los genes o las patentes sobre genes, se está hablando en realidad de información genética”⁴¹.

Dos fundamentos se manejan en torno a la legitimidad de tal patentamiento: a) la equiparación del ADN a las moléculas químicas y b) la creación de una nueva molécula.

Con relación al primero de ellos, la USTPO (Oficina de patentes de los Estados Unidos) explica las “razones de esta equiparación”: “si las patentes sobre genes son tratadas de la misma manera que la de otros componentes químicos ello estimularía el progreso porque el inventor original tendría la posibilidad de recuperar gastos de investigación, porque los otros investigadores serían estimulados para inventar alrededor de la

⁴⁰ Cadiet, C.: La notion d'information génétique en droit français, en Knoppers-Cadiet-Laberge: La génétique humaine: de l'information à l'informatisation, Litec, Paris 1992, p. 53.

⁴¹ Kahn, A.: Et l'homme dans tout ça?, Nil Edit, Paris 2000, p. 307.

primer patente y porque el nuevo componente químico sería accesible para facilitar investigaciones”⁴².

Conforme a Khan un gen puede ser sintetizado químicamente sin dificultad a partir de los constituyentes de base, es decir de los nucleótidos. Sin embargo comparado con otras moléculas inermes del mundo biológico por ejemplo azúcar, ácido úrico o una proteína tal como albúmina, los genes poseen una propiedad complementaria que hace a su especificidad: constituyen el soporte del desarrollo genético⁴³.

Esta sola circunstancia hace que la comparación predicada caiga por su base.

El otro argumento parte de considerar que el aislamiento y clonado del gen implica la creación de una molécula artificial que incluye la misma información que la contenida en el gen.

Este argumento ha sido sólidamente rebatido por los investigadores en genómica. Por todos cito la opinión de Sulston –uno de los artífices del Proyecto Genoma Humano- “la secuencia de un genoma es un descubrimiento no una invención. Igual que una montaña o un río es un objeto natural que estaba allí, si bien no antes que nosotros, al menos antes que tuviésemos conciencia de su existencia”⁴⁴.

La secuenciación y clonación del gen no “crean” una molécula nueva, o sea que la información que porta es la misma que la del gen; y lo que aquí interesa es precisamente su contenido: la información genética.

En síntesis la apropiación de la información genética humana por vía del derecho de patentes carece de sustento en el orden legal en cuanto se trata de un simple descubrimiento y no de una invención patentable y paralelamente constituye un agravio a la dignidad humana en cuanto importa incorporar al mercado un elemento del cuerpo humano, que

⁴² Federal Register 66 N° 4, January 5th, 2001.

⁴³ Kahn, A.: op. cit., p. 288.

⁴⁴ Sulston, J. – Ferry, G.: El hilo común de la humanidad, Edit. Siglo XXI, p. 262.

junto a otros elementos similares conforman el genoma que caracteriza e individualiza a la especie.

Bibliografía

BERGEL, S.D.: Apropriación de la información genética, en Bergel, S.D. – Minyersky, N. (org): Genoma Humano, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004.

BERLINGUER, G.: Bioética cotidiana, Siglo XXI Ed., México 2002.

BERLINGUER, G. – Garrafa, V.: O mercado humano, Edit. UNB, Brasilia 1996.

CADIET, C.: La notion d'information génétique en droit français, en Knoppers-Cadiet-Laberge: La génétique humaine : de l'information a l'informatisation, Litec, Paris 1992.

CADIET, C.: La notion d'information génétique en droit français, en Knoppers-Cadiet-Carbonier, J.: Derecho civil, Tomo I, Volumen I, Edit. Bosch, Barcelona 1960.

CHARLESWORTH, L.: La bioética en una sociedad liberal, Cambridge University Press, Nueva York 1966.

DELMÁS MARTY, M.: Pour un droit commun, Edit. De Seúl, Paris 1994.

EDELMAN, B.: La fabrication de l'homme, en Edelman, B. – Hermitte, M.A.: L'homme, la nature et le droit. C. Bourgois, www.aaba.org.ar Paris, 1988.

EUROPEAN COMMISSION, SEC/9332/98.

FEDERAL REGISTER 66 N° 4, January 5th, 2001.

GARZÓN VALDEZ, Ernesto: Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos, en Vázquez, R. (comp.): Bioética y Derecho, FCE, México 1999.

- GONZÁLEZ VALENZUELA, J.: Genoma humano y dignidad humana, Edit. Anthropos, Barcelona 2005.
- GROSS, F.: La ingeniería de la vida, Editorial Acento, Madrid 1993, p. XVIII. Kahn, A.: Et l'homme dans tout ça?, Nil Edit, Paris 2000.
- HERMITTE, M.A.: Le corps hors du commerce, hors du marché, en Arch. Du Philosophie du Droit, Tomo 33.
- HERMITTE, M.A.: Commercialisation du corps et ses produits, en Hottois, G. – Misse, J. M.: Nouvelle Encyclopédie de Bioéthique, Edit. Broeck Université, Bruselas 2001.
- HOTTOIS, G.: Essais de Philosophie, bioéthique et biopolitique, Librairie Philosophie J. Brin, Paris 1999.
- KAHN, A.: Et l'homme dans tout ça?, Nil Edit, Paris 2000.
- KANT, I.: La metafísica de las costumbres, Edit. Tecnos, Madrid 1989.
- LABERGE: La génétique humaine: de l'information a l'informatisation, Litec, Paris 1992.
- LABROUSE RIOUX, C.: Servitude, Servitudes, en Edelman B. – Hermitte, M.A.: L'homme, la nature et le droit, Edit. Burgeous, Paris 1988.
- MAZEAUD, L.: Los contratos sobre el cuerpo humano, en ADC, Enero-Marzo 1953.
- QUERALTÓ, R.: Ética, tecnología y valores en la sociedad global, Edit. Tecnos, Madrid 2003.
- OST, F.: Naturaleza y derecho, Edit. Mensajero, Bilbao 1996.
- SÈVE, L.: Pour une critique de la raison bioéthique, Edit. Odile Jacob, Paris 1994.

RIVERA LÓPEZ, E.: Ética y trasplante de órganos, Edit. FCE, México 2001.

RODOTÁ, S.: Ipotesi sul corpo « jiuiridificato », en *Tecnologie et diritti*, Edit. Il Mulino, Boloña 1995.

SGRECIA, E.: Corpo e persona, en Rodotá, S. (a cura di): *Questioni di bioetica*, Edit. Saggiario-Latterza, Roma 1993.

SULSTON, J. – Ferry, G.: *El hilo común de la humanidad*, Edit. Siglo XXI, Madrid 2003.