

## BIOÉTICA Y RESPONSABILIDAD CIVIL: UN ENFOQUE MULTICULTURAL<sup>(1)</sup>

ENTREVISTA:

FRANCESCO BUSNELLI

Profesor Ordinario de Derecho Civil  
en la Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento S. Agostino - Universidad de Pisa;

El Derecho de las naciones crece junto a la cultura de cada pueblo, con sus virtudes, sus defectos y en relación con el mundo globalizado. Aprovechando la visita del reconocido jurista italiano Francesco Busnelli, **ADVOCATUS** tuvo la oportunidad de dialogar con él sobre dos importantes y discutidos campos del Derecho, y su desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en Latinoamérica, Europa y Norteamérica. Los principios que sientan las bases jurídicas en estos campos son muchas veces diversos y en algunos casos contradictorios; la presente entrevista tocará estos temas y su evolución en las diferentes culturas.

1. En el campo del Derecho Genético, teniendo en cuenta que la postura mayoritaria en el Derecho comparado es proteger la vida, sea desde el nacimiento o la anidación, ¿cuál es su opinión respecto a la orientación tomada por el Código Civil peruano, el cual establece que la vida humana empieza con la concepción y otorga la calidad de sujeto de derecho al concebido?

Exactamente este es el gran problema de la bioética; tradicionalmente se considera que la vida humana empieza con el nacimiento; la única gran excepción que conozco es el Código de Vélez Sarsfield, en donde se afirma que la vida se inicia con la concepción.

El problema es antiguo, ya que incluso se encuentra eso ya en el Derecho Romano, "qui in utero sunt", solo que, en esa época, no se discutían las cuestiones que hoy la ciencia médica ha traído a la atención pública, tales como la concepción asistida, el estudio de los embriones, etc.; todos asuntos modernos que hoy deben ser tenidos en cuenta.

La bioética parte de un problema más general; se pregunta qué cosa se entiende por

sujeto de derecho. Según la bioética norteamericana, lo que distingue al sujeto relevante es el principio de la "autonomy": individuo es aquel que está en grado de hacer selecciones personales, es decir, desenvolverse como "competent". Siguiendo este principio, el concebido, el neonato y al enfermo en estado de vida vegetativa no son personas, entonces, bajo este razonamiento, la solución al problema es que, bioéticamente, solo es persona quien está en grado de autodeterminarse.

La bioética de origen latino es diferente, en ella no se aplica el principio de la "autonomy", sino el de la dignidad de la persona humana, de la que goza el individuo prescindiendo de analizar si está en grado de autodeterminarse o no, si es niño o anciano, si está enfermo o sano o si es rico o pobre; persona es aquella que vive y, en consecuencia, tiene una dignidad que debe ser defendida por el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva bioética no podemos decir más que el concebido no es persona, porque no es persona igual a mí u otras; es un individuo que se va transformando en persona como yo y como todos.

Los problemas son muy concretos. El aborto ha sido admitido por el Derecho romano-

<sup>(1)</sup> La presente entrevista fue preparada y realizada por la Comisión de Edición de **ADVOCATUS**. Agradecemos al doctor Juan Espinosa Espinosa, en cuyo colaboración la presente entrevista no habría sido posible.

germánico, pero desde un enfoque diferente al norteamericano. En la experiencia norteamericana, el aborto es subjetivo; la mujer tiene, en razón de la "privacy", un principio constitucional por el cual ella es libre para escoger el ámbito de su "autonomy"; ella tiene derecho a cesar su embarazo. En el ordenamiento latino, el aborto no es considerado como un derecho subjetivo, sino como un remedio frente a la situación de la mujer; por ejemplo, los franceses llaman "dépression" a la angustia como dificultad psicológica, consideran que esta enfermedad hace que el aborto sea lícito, pero con el límite del principio que expresa que el aborto no es un derecho subjetivo, sino un remedio para la mujer que la lleva a legitimarlo.

Otro problema a considerar es el de los embriones, donde tenemos dos posiciones diferentes: según una orientación, la laica, el concebido no es –en absoluto– sujeto de derecho, por lo que los embriones pueden ser tratados como cosas; por ejemplo, de acuerdo a una posición en el ordenamiento europeo, es posible cambiar embriones destinados a la investigación científica; la posición católica, en cambio, considera que los embriones *in vitro* tienen que ser tratados como personas, estamos hablando de los "multiembriones" que son elaborados para luego ser colocados en el útero de la mujer, lo cual no ha sido posible por ser supernumerarios; según el ordenamiento católico intransigente no pueden ser destruidos, mientras que, para la orientación laica, los embriones supernumerarios pueden ser usados para la investigación en cuanto se tenga el consentimiento de los potenciales padres.

Enfocando el problema desde un punto de vista estrictamente jurídico, en Italia tenemos una ley muy reciente sobre la concepción asistida. Esta ley ha sido muy discutida e incluso llevó a un referéndum que no llevó a los resultados deseados. En ella se habla del concebido como sujeto de derecho; se establece, entonces, que, en la procreación asistida, deben ser considerados todos los

participantes, incluso el concebido, que, si bien no es considerado persona como las demás, sí es considerado sujeto de derecho.

Nosotros los juristas tenemos esta posibilidad de crear categorías que en realidad no existen, es decir, llamamos sujeto de derecho a un individuo que, sin embargo, aún no se ha convertido en persona, en el sentido total de la palabra. Esto significa que se puede conciliar la existencia de una subjetividad en el concebido con la legitimidad del aborto, entendido este como remedio.

Sobre el Código Civil peruano, podemos decir que es uno de los primeros Códigos modernos, pues ha consentido –teniendo en cuenta la opinión intuitiva de Carlos Fernández Sessarego– que se podía utilizar el término sujeto sin implicar una especie de igualdad ontológica con la persona. En uno de mis artículos, he citado el Código Civil peruano, como un elemento susceptible de conciliar la exigencia de no tratar al concebido como una cosa y también de no seguir totalmente la orientación católica, ya que para esta se debería considerar que el concebido es una persona, lo que no es posible.

## 2. ¿Usted cree que una Constitución debería regular la bioética o simplemente no debería decir nada al respecto?

Pienso que no se debe confundir las dos perspectivas; la primacía en los países debe ser la de los principios constitucionales porque la bioética es todavía una ciencia joven que no tiene su base totalmente sedimentada. La cuestión verdaderamente impresionante es que la bioética norteamericana, que tiene alrededor de 40 años, nace por la exigencia de formulación de principios. La bioética en Canadá se construye sobre cuatro principios, ninguno de los cuales coincide con los cuatro reconocidos en la Constitución Europea.

Estos cuatro principios son el principio de *autonomy*, el principio de la *beneficiary*, que consiste en encontrar la solución que sea de mayor utilidad para la generalidad; el principio de *no maleficency*, que consiste en evitar

soluciones que conlleven a una maledicencia; y, el principio de la justice.

Mientras que, por su parte, la Carta europea de los Derechos Fundamentales considera otros cuatro principios esenciales totalmente diferentes, que son el de la dignidad de la persona, el de la libertad, el principio de igualdad y el de la solidaridad.

La bioética norteamericana ha estado sometida a cambios desde hace tres años; el legislador establece que existe una gran falla en los cuatro principios y, sobre todo, en el de la *autonomy*; dice que la bioética no puede desentenderse de la vulnerabilidad del individuo, esta no es otra cosa más que un modo de acercarse a las personas que no gozan de *autonomy*. La bioética norteamericana se encuentra en una etapa de cambios respecto a sus principios, da vista a algunos excesos, como el nepotismo individualista que repropone soluciones ya trágicamente vividas en Europa, cual es el nazismo, donde los hebreos debían ser eliminados. Paradójicamente, hoy en día todavía es muy pronto para definir a la bioética como ciencia; se necesita tener aún un trabajo de intermediación entre el plano jurídico y el plano médico en términos de competencia, de interdisciplinariedad, más que hacer, por desgracia, lo que a veces se realiza en la universidad, que es una cultura de la bioética, es decir, formar jóvenes que vivan a ser bioéticos, porque el riesgo de hacer especialistas es que no tienen competencia y, según mi parecer, deben primar sobre ellos los principios del Derecho.

**3. Parte de la doctrina sostiene que la responsabilidad civil contractual y extracontractual deberían unificarse; sin embargo, nuestro Código Civil no ha tomado esta posición. ¿Qué opinión le merece nuestro sistema de responsabilidad civil?**

Esta claro que la tradición de los códigos nace con un principio que es la responsabilidad contractual, y luego surge una especie que es la responsabilidad extracontractual. La responsabilidad extracontractual era considerada como marginal y accesoría; recuerdo que en los

años sesenta la responsabilidad extracontractual era vista por los juristas como una responsabilidad no digna de ser investigada, se dejaba para ser vista solo por jueces y abogados.

Para entonces en Italia sucedió una gran tragedia: el equipo campeón de Turin falleció en un accidente aéreo, entonces se presentó un problema, ¿debía ser la sociedad indemnizada por la pérdida de los futbolistas? es decir, por la relación de estos con la sociedad. Entonces fue que mi maestro se refirió a la utilidad de estudiar el negocio jurídico. Vemos, entonces, que la responsabilidad extracontractual se convirtió en una herramienta utilizada en lo cotidiano.

Hoy en día se avocinan nuevos razonamientos, como el que encontramos en el Proyecto de Reforma del Código Civil Suizo, en el cual se prevé la disciplina de la responsabilidad civil y luego se dice que algunas normas deberán caracterizar la responsabilidad civil de la eminentemente contractual. En ese sentido, la responsabilidad extracontractual se vuelve una especie que necesita un desarrollo normativo que se adecua a la práctica existente en muchos sectores en los cuales ambas clases de responsabilidad se encuentran en paralelo.

Sin embargo, la diferencia entre ambas clases de responsabilidades ha perdido connotaciones importantes, puesto que las diferencias son tenues al momento de aplicarlas en la práctica.

En la doctrina, la posición más importante es la del jurista francés Henry Capitant, que opta decididamente por unificar la responsabilidad civil como respuesta a la competencia entre una responsabilidad y la otra; lo cual no significa eliminar la diferencia existente entre ellas. Esta orientación ha sido tomada en cuenta en los proyectos europeos en materia de responsabilidad.

**4. ¿Qué opina a usted del sistema bipolar para la clasificación del daño (daño moral y daño personal)?, ¿qué opinión le merecen aquellos ordenamientos que**

**limitan la resarcibilidad de los daños morales, encajándolos a determinados hechos?**

Normalmente el daño era previsto como una lesión a la propiedad o al derecho absoluto, y la valorización del daño se orientaba de acuerdo a la teoría alemana que confrontaba la diferencia existente entre el patrimonio anterior al daño y el patrimonio posterior al mismo.

En la actualidad, y bajo la influencia de los principios constitucionales, se ha llegado a valorar el daño considerando primero a la persona y luego a la propiedad; esto ha originado el cambio en el enfoque del derecho de daños y, por tanto, se considera que el daño más importante es aquel que afecta a la persona, el mismo que es anterior y superior al daño a la propiedad. En este sentido, el Codice Civile italiano de 1942 tiene la tendencia a conlugar el Código Napoleónico con el Alemán: este Código, después de haber previsto el daño de acuerdo al modelo napoleónico que tan sólo preveía el daño patrimonial, insertó una norma en la cual se habló del daño a la persona (calificado como daño no patrimonial siguiendo la influencia del Código Alemán).

Bipolaridad significa valorizar esta distinción entre un daño que atenta esencialmente contra la persona, de un daño totalmente diferenciado que afecta la propiedad. En Italia, se discutió el mantenimiento de esta bipolaridad, la cual se motivó por la infeliz redacción del artículo 2059 que se refiere al daño patrimonial; el Código de 1942 también contenía una norma de influencia alemana en la que se tipificaba el daño patrimonial: se resarcía únicamente en los casos establecidos en la ley, y estos casos eran esencialmente los previstos por el Código Penal.

La Corte de Casación en un caso reciente ha hecho aquello que la doctrina no ha podido hacer, es decir, se ha pronunciado sobre situaciones en las cuales se consideran el resarcimiento patrimonial en los daños previstos anteriormente.

Con una norma que específicamente lo indica recientemente se ha reafirmado la temporalidad; es decir, el Código Civil italiano prevé una temporalidad del daño no patrimonial en sentido general.

Esta no es una situación particular de Italia, sino que va más allá; en Europa y, específicamente, en Alemania, se ha dejado de lado la norma que preveía el daño moral entendido como un daño con sanción civil y se le ha trasladado a la parte general de responsabilidad civil, por tanto ha perdido ese carácter de pena para convertirse en una figura de resarcimiento del daño a la persona. Hoy en día es importante distinguir el daño a la persona del daño al patrimonio, porque mientras el primero se administra por el principio de equidad, el patrimonial debe ser probado fehacientemente.

**De otro lado, ¿podemos hablar, como hace la jurisprudencia italiana, de un "daño existencial"?**

Tal vez no soy muy objetivo, porque soy muy crítico en relación con la figura del daño existencial; la orientación que se ha manifestado en relación con esta figura no lo ha hecho todavía de manera bien definida. La jurisprudencia promueve la premisa que afirma que la persona no solamente es salud, sino también felicidad y bienestar en el sentido general. Por eso, se ha tenido que expandir el área del daño a la persona para ir más allá de un daño objetivamente relevante.

Existen dos ejemplos que pueden hacernos entender el problema: el caso que más me ha golpeado es el de un joven que con los primeros ingresos obreros en su trabajo había comprado una bella motocicleta y la había llevado a casa para mostrarla a sus padres. Al salir por las escaleras de su casa, ve que dos ladrones intentan llevársela. El joven, excitado, baja y recupera su motocicleta, sin que esta sufra ningún daño. De esta manera, podemos ver el famoso daño existencial, porque en aquellos minutos el joven no ha tenido una gran lesión a

la salud causada por preocupación o stress, pero sí ha sufrido un daño existencial real.

Otro caso es el de una señora que sufrió mucho porque tuvo que esperar más de ocho horas en el aeropuerto, por un descuido de la compañía aérea. Nosotros hemos tenido sentencias ejemplares en temas relativos al daño a la persona, específicamente en casos donde una persona ha sido procesada, encarcelada y, posteriormente, se ha verificado que no era culpable. No ha existido un daño importante a la salud, pero sí se ha producido un daño a la persona humana importante.

En mi opinión, no hay necesidad de crear otra categoría de daño, pues este se podría enmarcar en el daño moral, que siempre ha sido de gran importancia.

Si tuviésemos necesariamente que resarcir todos los daños micro-existenciales, tendríamos menos recursos para resarcir los realmente importantes; es de estos últimos que, en realidad, nos tenemos que preocupar.

**5. De acuerdo a los seguidores del Análisis Económico del Derecho, son básicamente tres las funciones que debe desempeñar todo sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual: desincentivar accidentes, compensar a las víctimas y reducir los costos administrativos. ¿Coincide usted con dicha lectura?, ¿cuáles son, a su criterio, las funciones que debe desempeñar un sistema de responsabilidad civil extracontractual?**

La función primaria es la de la compensación; esta es la causa principal del nacimiento de la responsabilidad civil. Atribuir a la responsabilidad civil una función de prevención en el sentido autónomo no me convence del todo.

Cuando se quiere tocar a la responsabilidad civil en un intento diferente al de la compensación, para prevenir o para indemnizar, a mi parecer, nos estamos saliendo del ámbito de aplicación de la responsabilidad civil.

**6. ¿Considera usted que, en caso de actividades muy riesgosas realizadas principalmente por empresas transnacionales, se deba obligar a estas a crear fondos particulares para cubrir los daños que producen regularmente?**

Considero que esta estrategia de fondos de garantía debe ser implementada, puesto que la responsabilidad civil es importante, por ejemplo, en casos de accidentes de tránsito. En Escandinavia, la prospectiva de fondos de garantía goza de gran aceptación, ya que estos países buscan el punto de prevención intermedio entre los particulares y el Estado; es una situación social donde prima el principio de solidaridad.

Nuestra sociedad puede funcionar de acuerdo a este principio o al del individualismo. Por ejemplo, cuando tuve la oportunidad de visitar la Universidad de Yale, les explicaba a los norteamericanos cómo es que una persona, en Italia, tenía la obligación legal de prestar ayuda si se encuentra frente a un accidente automovilístico. Los estudiantes americanos no lo podían creer; no podían creer que el buen samaritano existía.

Al regresar a Pisa, quise hacer la contraprueba en mi universidad y le dije a un estudiante curioso que se había aprobado una norma al respecto que eliminaba esta obligación. Él no lo podía creer y, al final, tuve que decirle que no era cierto. Así se ve la diferencia entre culturas, verificando cuán individualista es la cultura que tenemos al frente.

Un curioso estudiante de Yale se acercó y me dijo que él ayudaría siempre y cuando no haya comprado entradas para el partido de baseball, pero tampoco cree que los norteamericanos sean unos héroes, pues, sin duda alguna, otra persona sí se detendría a ayudar.

Lo que él trataba de decir era que no quería que los legisladores lo obliguen a detenerse, sino que se trata de un problema de conciencia de la persona individual. En Italia tenemos otra cultura, tal vez influenciada por la religión católica, que muchas veces quiere traducir los principios católicos en leyes.