

Aspectos patrimoniales de los derechos de las personas, o el valor económico de la identidad y del cuerpo humano



JUAN ESPINOZA ESPINOZA

Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad del Pacífico. Presidente del Tribunal de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN.

"I figured out one thing. If you're growing older or getting younger it really doesn't make any difference. Whichever way you're going you have to make the most of what this is."¹

En el periódico se reporta una noticia que proviene de Londres: Jade Goody, una polémica ex participante del programa de televisión británico *Big Brother*, saltó a la fama por ser la primera participante en mantener relaciones sexuales frente a las cámaras y emplear un lenguaje racista. En agosto del 2008 le diagnosticaron cáncer cervical. Como se comenta, "la terrible noticia no la alejó de la TV sino que, más bien, la aferró a ella hasta el final"¹, ya que vendió los derechos de las imágenes a

¹ ROTH, Eric *The Curious Case of Benjamin Button* (guion basado en el relato de Francis Scott Fitzgerald).

¹ Perú 21, Lima, 19 de Febrero del 2009, p. 13.

la Revista OK para transmitir su matrimonio en un lujoso hotel del condado de Essex. Asimismo, vendió los derechos de transmisión en directo de su agonía y muerte (que ocurrió el 22 de marzo del 2009), lo cual le reportó un ingreso de US\$ 1'450,000.00, que destinó a sus hijos ¿Puede haber un proceso de *commodification* de los derechos de las personas? ¿En verdad las categorías del ser y del tener son antagónicas? Se venden órganos y tejidos del cuerpo humano, se comercializan las funciones procreativas, hay un mercado de la información, se dispone a título oneroso de la imagen, del nombre (lo permite tímidamente el artículo 27 del Código Civil "para fines publicitarios"), de la vida privada (los melodramáticos *reality shows* son una evidencia de ello); entonces, ¿qué tan extra-patrimoniales o patrimoniales son los derechos de las personas?

Son preguntas que uno se formula cuando se leen las páginas de un texto de una atenta doctrina italiana respecto a los derechos de las personas que recaen en los "atributos inmateriales susceptibles de objetivación (como el nombre, la imagen, y otros elementos evocativos de la identidad)". Si bien es cierto que existen normas de carácter imperativo que prohíben expresamente la comercialización del cuerpo humano y de sus partes integrantes, vamos a ver que incluso esta no es una regla absoluta. Recordemos que el artículo 5 del Código Civil establece que "el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor y los demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión", salvo lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil que se refiere a los actos de disposición del propio cuerpo, cuando no ocasionen una disminución permanente a la integridad física, no sean contrarios al orden público, si corresponden a un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o están inspirados en motivos humanitarios. La Ley 26842, Ley General de Salud, del 20 de julio de 1997, en su artículo 8 prescribe que una persona puede "disponer a título gratuito de sus

órganos y tejidos con fines de trasplante, injerto o transfusión, siempre que ello no ocasione un grave perjuicio o comprometa su vida".

La Municipalidad Provincial del Callao, mediante Decreto de Alcaldía No. 008, publicado el 21 de mayo del 2001, en el cual se crea una Comisión Multisectorial para la elaboración de propuestas que promuevan el acceso de trabajadoras sexuales a la seguridad social y prestaciones de salud integral, en su parte considerativa afirma que en:

"En esta jurisdicción existen 400 trabajadoras sexuales en establecimientos formalizados y un número indeterminado de mujeres que ejercen el meretrício fuera del marco legal, sin perjuicio de una población femenina cambiante, procedentes de otros lugares del territorio del país así como del extranjero, que esporádicamente ejerce dicho oficio en esta Provincia Constitucional."

Por otro lado, se define a las trabajadoras sexuales de la siguiente manera:

"[...] toda mujer mayor de dieciocho años de edad que notaria y habitualmente ejerce el meretrício cumpliendo con la normatividad vigente en la jurisdicción en la Provincia Constitucional del Callao" (el subrayado es mío).

Con esta normatividad, el Perú se alinea a un sistema reglamentarista, en el cual se admite legalmente la prostitución, siempre y cuando se cumplan con las licencias especiales otorgadas por la municipalidad.

Como se sabe, de una etapa en la cual el ordenamiento jurídico giraba en torno a la categoría del tener y se centraba en el derecho de propiedad (la misma concepción de la categoría del derecho subjetivo fue construida en atención a este paradigma: de un sujeto titular de un objeto externo a él), pasamos a otra en la cual

2 RESTA, Giorgio, *Autoritarismo privato e diritti della personalità. Il problema dello sfruttamento economico degli attributi della persona in prospettiva comparatistica*. Jovene, Napoli, 2005, p. 4.

la persona se sitúa como eje y centro de las relaciones jurídicas, priorizando la categoría del ser. Sin embargo, la realidad nos revela que asistimos a un tercer momento, en que la dicotomía tener-ser no es ya una *summa divisio*, sino que la persona, siempre como protagonista en el derecho, justamente en el ejercicio de su autonomía privada, puede celebrar válidamente actos jurídicos respecto de los derechos que evocan su identidad a título oneroso, sin que ello sea entendido como una "desnaturalización" de los derechos de la persona. Por ello, se critica la posición de los operadores jurídicos de razonar con los esquemas sujeto/objeto, ser/tener, persona/mercado, afirmando que este es:

"Un procedimiento analítico de indudable utilidad, dado que facilita la tarea de reducción de la complejidad, pero que hace correr el riesgo, si no es debidamente controlado, de falsear la comprensión de la realidad, sugiriendo la adopción de soluciones inapropiadas. En el caso de los derechos de la personalidad tales inconvenientes son particularmente evidentes: en un tiempo se ponía énfasis en los caracteres de la extrapatrimonialidad y de la indisponibilidad, dejando bajo la sombra los más relevantes reflejos patrimoniales de la protección; hoy se acentúa el significado económico de los elementos evocativos de la identidad y se insiste en el rol de la autonomía contractual, con el resultado de oscurecer las posibles implicancias existenciales del control sobre la utilización de tales bienes".³

En suma, no se pretende decir de manera simplista que los derechos de las personas se han convertido en meras mercancías, sino que es

evidente la implicancia patrimonial que van teniendo en la actualidad y es necesaria su adecuada regulación, atendiendo también a las actuales exigencias del mercado y a los cambios sociales, a efectos de no "cosificar" a la persona.

Se le atribuye a Karl Garels y a Josef Kohler la "paternidad espiritual" del *Individualrechte*.⁴ Para el primero, *"la tutela concedida a los Individualrechte se articula en varios niveles: reconocimiento de la individualidad (Anerkennung der Individualität), reconocimiento de la actividad de los sujetos en cuanto individuos (Anerkennung ihrer Tätigkeit als Individuen) y finalmente, control exclusivo sobre la propia esfera personal (Anerkennung der Beherrschung ihres Individuellen)".⁵*

Josef Kohler distingue los *Individualrechte* de los *Immaterialgüterrechte*. En efecto, *"contraponen a los derechos que tienen por objeto los bienes de la personalidad, físicos e incorporales, de aquellos que se refieren a los bienes inmateriales externos a la persona y susceptibles de objetivación".⁶* En la primera categoría ubica al derecho a la integridad física, al honor, a la imagen, a la confidencialidad de las misivas (y más en general, a la *Geheimsphäre*) y a los derechos sobre los signos distintivos. Dentro de los segundos, al derecho al nombre, así como el derecho a la firmas y marcas, *"todos encaminados a la función de garantía de la correcta identificación del sujeto en la pluralidad de las manifestaciones de su actuar social".⁷*

Otto von Gierke prefiere utilizar el término *Persönlichkeitsrechte*, por cuanto incluiría además a las personas jurídicas. Con esta expresión se comprende a aquellos "derechos que atribuyen

3 *Ibid.*, p. 8.

4 *Ibid.*, p. 61.

5 GARELS, Karl, *Das juristische Wesen der Autorechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes*. En: *Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen und Deutschen Handels- und Wechselrechts*, 1877, p. 199, citado por Giorgio RESTA, *Op. Cit.*, 98.

6 KOHLER, Josef, *Das Autorecht. Eine zivilistische Abhandlung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigentum, vom Mitteilgenuss, von Rechtsgeschäft und vom Individualrecht* (Separatdruck aus Jhering's Jahrb. XVII), Iena, 1880, spec. 74 ss, citado por Giorgio RESTA, *Op. Cit.*, 105.

7 KOHLER, Josef, *Op. Cit.*, citado por Giorgio RESTA, *Op. Cit.*, p. 106.

al sujeto la *señoría (Herrschaft) sobre elementos esenciales de la propia esfera personal*.⁸ Tales derechos constituyen los derechos especiales de la personalidad (*besondere Persönlichkeitsrechte*), conceptualmente distintos de aquel derecho general (*allgemeines Recht der Persönlichkeit*) al cual este autor le asigna una importante función de integración de las lagunas y de "dinamización" del sistema.⁹

El común denominador de estas clasificaciones es que, dentro de los derechos de la persona, encontramos un segmento de derechos que tienen que ver con la *corporeidad* del ser humano (vida, integridad, salud) y otro que incide más en *atributos incorpóreos* (libertad, identidad, honor, imagen).

Se afirma que "el principio de la inalienabilidad de los derechos de la personalidad no implica, sin embargo, su completa sustracción a la circulación jurídica".¹⁰ De ahí:

*"(...) la neta contraposición entre los derechos de la personalidad relativos a bienes internos y por consiguiente, dotados del carácter de la inalienabilidad, y los derechos sobre los bienes inmateriales, los cuales se dirigen a los bienes externos y son, por tanto, libremente alienables y transmisibles"*¹¹

Resulta importante constatar que los derechos de las personas inicialmente fueron tutelados solo penalmente para luego ser protegidos por el derecho privado (principalmente a través del mecanismo de la responsabilidad civil) y

constitucionalmente. En la actualidad asistimos a una regulación patrimonial (vía las normas, principios del acto jurídico y los contratos) respecto a un sector de los actos de disposición de estos derechos. Ello, sin lugar a dudas hace replantear los confines de la autodeterminación de los sujetos y del principio de la autonomía privada. Por ello, se propone un modelo en el cual "el sujeto puede libremente destinar sus propios atributos a la circulación del mercado, pero debe estar siempre en grado de mantener el control sobre las modalidades de 'exposición en público' de la propia identidad".¹²

De una tutela "típicamente mediata y refleja"¹³, vale decir, de mera oposición al disfrute comercial no autorizado de algún atributo de la persona (nombre, imagen, entre otros), se pasa a la técnica del precio del consentimiento, la cual "lógicamente no debería operar si no en presencia de una situación de pertenencia jurídicamente tutelada y abstractamente susceptible de disfrute mediante actos dispositivos".¹⁴

En efecto, "el poder de control sobre la circulación de los atributos inmateriales de la persona (la imagen, pero también el nombre y los otros atributos susceptibles de objetivación) no se resuelve únicamente en una tutela en clave defensiva de los valores de la dignidad humana, sino está jurídicamente construido como verdadero y propio monopolio de disfrute, protegido sea en los efectos personales como en los patrimoniales".¹⁵

¿Qué pasaría si se usa con fines lucrativos y sin autorización, por ejemplo, la imagen de un personaje famoso? ¿Cómo se cuantifica este daño?

8 VON GIERKE, Otto, *l. Allgemeines Teil und Personenrecht*, München-L. eigzig, 1936 (reimpresión inalterada de la primera edición de 1895), pp. 702-703, citado por Giorgio RESTA, *Op. Cit.*, pp. 100-101.

9 VON GIERKE, Otto, citado por Giorgio RESTA, *Op. Cit.*, p. 101.

10 RESTA, Giorgio, *Op. Cit.*, p. 110.

11 *Ibid.*, p. 113.

12 *Ibid.*, p. 121.

13 *Ibid.*, p. 135.

14 *Ibid.*, p. 162.

15 *Ibid.*, p. 163.

Se propone que no solo cabría una indemnización por el daño ocasionado, sino además el pago por "el valor objetivo del bien".¹⁶ En el caso del derecho a la imagen, bien se puede hablar de un valor del mercado, si se trata de un afiche publicitario, por ejemplo. El precio aumentará cuando es más conocido el personaje. Por ello se propone acumular ambas pretensiones.¹⁷ Es importante tener en cuenta que:

"Frente al afinamiento de las técnicas comerciales, que multiplican las posibilidades de 'apropiación' del sujeto y de su valor simbólica, reificándolo, el sistema reacciona mediante un proceso de 'recomposición' de la persona, primero fragmentada en la pluralidad de sus atributos, ahora reconducida jurídicamente a una unidad a través de la adopción de un criterio flexible y elástico de identificabilidad. En otras palabras, se disuelven los confines entre las singulares situaciones subjetivas –derecho al nombre, a la imagen, al pseudónimo– y se define un general poder de control sobre la circulación comercial de la identidad, cualquiera que sean sus instrumentos de reclamo".¹⁸

También estaría incluida la tutela de aquellas manifestaciones que tengan un "efecto evocativo de la identidad"¹⁹, como sería el caso de un look habitual, el slogan o un estilo característico.

Como antecedente en la experiencia jurídica alemana nos podemos remontar a un pronunciamiento del Reichsgericht en 1910, en el cual un empresario había registrado como marca para puros el nombre y la imagen del conde Ferdinand von Zeppelin sin autorización. El tribunal

ordenó la cancelación de la marca y prohibió el uso de signo comercial porque era lesivo de los derechos del demandante. Además, "una lectura atenta del pronunciamiento revela que el conde von Zeppelin, en realidad, ya había dispuesto a título oneroso de sus derechos al nombre y a la imagen, concediendo una análoga licencia de uso a un competidor del demandado".²⁰

En otro caso, una foto tomada al actor Paul Dahlke fue utilizada indebidamente para el reclame de una motocicleta. El Bundesgerichtshof en 1956 decidió que "cualquier operación de aprovechamiento comercial recae en la esfera de autodeterminación del sujeto y está subordinada a su consentimiento, independientemente de la calidad de persona notoria del efigiado".²¹

Un criterio que se tiene en cuenta es el del "monto de los beneficios obtenidos por el dañante (que) debe ser asumido como parámetro de cuantificación de los daños resarcibles. Se trata de un esquema formalmente asentado en los modelos resarcitorios y centrado en la función preventiva y sancionadora del remedio. Sin embargo, si se considera que los beneficios económicos son por regla general directamente proporcionales al valor comercial del bien apropiado, es difícil sustraerse a la conclusión por la cual el mecanismo de la Geldentschädigung se perfila como perfecto sustituto funcional de las técnicas restitutorias".²²

En efecto, las ganancias económicas que se obtuvieron con el empleo de uno de los atributos evocativos de la identidad de una persona, sin su autorización, no pueden ser entendidas ni como daño emergente (no hay disminución patrimonial) ni como lucro cesante (no se está

16. Así, "en los casos de aprovechamiento económica lesivos del honor, la identidad personal o de la reserva, no debería haber ningún obstáculo de orden lógico para admitir la procedencia de ambas tipologías de remedios: la restitución del valor objetivo del bien y el resarcimiento de los daños no patrimoniales" (ibid., pp. 163-164).

17. Ibid., p. 164.

18. Ibid., pp. 165-166.

19. Ibid., p. 166.

20. Ibid., p. 172.

21. Ibid., p. 191.

22. Ibid., p. 201.

dejando de ganar). Se trata de una lesión de un derecho no patrimonial (vg. la imagen) que tiene un impacto económico y es en atención a ello que esta "ganancia" puede ser tenida en cuenta a efectos de una cuantificación del daño a la persona. Habrá que probar que si no se hubiese utilizado indebidamente ese atributo evocativo no se habría obtenido el resultado económico. Ello dependerá de que tan posicionada en el mercado esté la persona, en particular, el atributo evocativo de su identidad. En Alemania, en el caso de los famosos, se recurre a la *Lizenzanalogie*.²³

En el *common law* norteamericano, el *right of privacy* (recuérdese que este derecho tiene un alcance amplio que comprende tanto la *privacy of disclosure* como la *privacy of autonomy*) ha sido invadido por el *right of publicity*. Este último derecho nace en 1953 con la decisión *Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum*: Haelan era un productor de goma de mascar (*chewing gum*) y titular de una licencia exclusiva de utilización de la imagen de algunos jugadores de *baseball* para la realización de *cards* para incorporar a sus productos. Topp, un competidor que apenas había entrado en el mercado, había celebrado contratos análogos, además que con los deportistas, también con un intermediario, a quien aquellos habían, a su vez, cedido tales derechos en violación del pacto de exclusividad. Habiendo precluido la vía del *tort of inducement of breach of contract*, debido a la ausencia del requisito del dolo, no le quedaba otra cosa a Haelan que invocar la violación del *right to privacy* de los jugadores, protegido por el *New York Civil Rights Law* y adquirido por contrato. Puesto que la Corte consideró que el *right to privacy* es intransmisible, concluyó que adicionalmente a este derecho, a cada sujeto le corresponde también "un autónomo derecho sobre el valor comercial de la propia identidad, el cual es alienable y disponible".²⁴ Téngase en cuenta que Healen

tenía la calidad de cesionario del *right to privacy* de los jugadores. De esta manera, los *personal indicia* pueden circular en el mercado con un contenido patrimonial.

Con estos antecedentes, se delinearán dos posiciones que pretenden explicar dogmáticamente el fenómeno de la *commodification* de los derechos de la persona:

- a. Proponer una relectura en clave dualista de la estructura del derecho de la personalidad, que se articularía –igualmente que el derecho de autor en la variante francófona– en dos distintas situaciones subjetivas, contrapuestas por la naturaleza y el régimen jurídico: por un lado, un derecho de contenido no patrimonial e indisponible (el denominado *droit primaire de la personnalité*); por el otro, un derecho en exclusividad libremente alienable y transmisible (*droit dérivé de la personnalité*; *Persönlichkeitsnutzungsrecht*; derecho a la utilización económica de la identidad). De tal manera, se eliminarían las contradicciones derivadas del empleo inadecuado de la categoría de los derechos de la personalidad y, al mismo tiempo, se sentarían las bases para un óptimo disfrute del valor comercial de los atributos inmateriales de la persona.²⁵
- b. Reconocer abiertamente que el poder de control sobre el aprovechamiento comercial de la personalidad representa una parte integrante del derecho de la personalidad, el cual no debe ser reconocido como un puro y simple *droit de défense*, sino que "debe ser repensado (según el modelo gierkieano) como derecho de doble estructura y de contenido complejo".²⁶ Por ella, "al lado del tradicional núcleo personal debe ser revisado un verdadero y propio nú-

23 *Ibid.*, p. 202

24 *Ibid.*, p. 226

25 *Ibid.*, p. 240.

26 *Ibid.*, p. 245.

cleo patrimonial, consistente en la facultad de disponer en exclusiva de las utilidades económicas contenidas en los elementos evocativos de la identidad.²⁷

La crítica que se hace a la primera teoría es que:

"(...) consiste en presuponer que el sistema de tutela civil de la persona represente —y haya siempre representado— una suerte de "isla" que el mar de las relaciones patrimoniales podría solo rozar pero no penetrar. De ello la idea de la crisis inducida por los procesos de commodification; y de ahí también la convicción por la cual esta deba ser resuelta confinando a un diverso y más apropiado subsistema teórico (el de la propiedad intelectual) los elementos perturbadores del equilibrio original".²⁸

En mi opinión, las diferencias entre ambas posiciones son aparentes. Los puntos firmes son los siguientes:

- i. La naturaleza de los derechos de la persona es extrapatrimonial.
- ii. Existe, como en todo derecho, la facultad de disposición. Esta puede ser a título gratuito o a título oneroso.
- iii. Hay un sector de los derechos de las personas en los cuales, por su particular relevancia, está restringida su disposición a título gratuito y prohibida la disposición a título oneroso (derechos sobre el propio cuerpo a efectos de trasplante).
- iv. El sector de los derechos evocativos de la identidad (imagen, voz, nombre, entre otros) es susceptible de disposición tanto a título gratuito como oneroso.

- v. El hecho que se disponga a título oneroso de un derecho de la persona, no convierte al mismo en un derecho patrimonial.

Creo que se debe distinguir la patrimonialidad de la prestación de la pretendida patrimonialidad de los derechos de la persona. Cuando, por ejemplo, se celebra un contrato de cesión de la imagen a efectos de su difusión comercial, *sic et simpliciter* la relación jurídica patrimonial recae en un servicio (al posar, dejándose tomar algunas fotografías y ceder a título oneroso este modo de ser de la persona) al igual que la obligación de hacer si uno, por ejemplo, pinta un cuadro o una casa. Los derechos de las personas son de contenido extrapatrimonial, pero su facultad de disposición puede tener un contenido económico.

Sin embargo, por la particular naturaleza de los derechos de la persona, incluso la disposición de los mismos, debe estar regulada en función de principios especiales. Por ejemplo, en los actos de disposición del propio cuerpo (v.g. si uno va a someterse a un acto médico) es un principio básico el del consentimiento informado. El consentimiento es entendido como un *"acto jurídico dirigido a legitimar un comportamiento ajeno objetivamente lesivo de un interés del que presta el asentimiento"*.²⁹ Sin embargo, siempre en materia de actos de disposición del propio cuerpo existe el principio de revocabilidad (artículo 9 del Código Civil). Por ello se propone, cuando se trate de un contrato de cesión de los derechos evocativos de la identidad, autorizar su lesión (es decir, su utilización por terceros) solo hasta la revocación.³⁰ Queda a salvo el *ius poenitendi* delponente y, en tutela de la confianza de la contraparte, el derecho a obtener una indemnización.³¹ De ello se deriva la *"estructural precariedad de los acuerdos relativos a tales situaciones subjetivas"*.³²

27 *Ibid.*, pp. 245-246.

28 *Ibid.*, p. 241.

29 *Ibid.*, p. 252.

30 *Ibid.*, p. 257.

31 *Ibid.*, p. 259.

32 *Ibid.*, p. 260.

Un ejemplo del esquema de la revocabilidad lo tenemos en el párrafo del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en España. Ello consagra una suerte de "derecho de arrepentimiento".³³ Piénsese en los contratos de *merchandising* y de *sponsorship*. Por ello, "la posibilidad de prometer vinculándose constituye, en efecto, un instrumento inigualable de ampliación de la libertad de acción de los individuos y su limitación, cuando no sea justificada por razones considerables, lejos de perseguir una efectiva garantía de los intereses en juego, no produce otro resultado que el de obstaculizar la cooperación entre los sujetos en detrimento de los mismos valores de la autodeterminación de la esfera personal".³⁴

De esta manera "Los atributos personales del sujeto pueden asumir un significativo valor de intercambio, sin perder con ello su connotación 'estructuralmente' personal".³⁵ Entonces "el nombre, la imagen, la voz y los otros signos distintivos del sujeto, si bien revelan una indudable aptitud para satisfacer demandas y necesidades de naturaleza económica y tiendan a ser socialmente contruidos como mercancías, no pueden ser jurídicamente equiparados a otros bienes, puesto que tienen la característica de producir constantemente –cuales representaciones 'simbólicas' del individuo– un efecto evocativo de la identidad personal".³⁶

Consecuentemente, estos derechos "deben necesariamente someterse a una disciplina mayormente protectora respecto a la ordinaria: lo

sugieren precisas consideraciones de eficiencia económica".³⁷

¿Qué técnicas de control de contenido se deben emplear? Se proponen las siguientes:

- a. Criterio de la especificidad del consentimiento, la manifestación de voluntad debe asumir un carácter puntual y debe ser expresada no en una manera genérica ni omnicompreensiva, sino con referencia a determinadas prestaciones o actividades que incidan en la esfera de la persona. El objetivo de esta regla es "de asegurar que el sujeto esté puesto en condiciones de prever la exacta extensión y el real alcance del propio acto de disposición (*Vorhersehbarkeitstheorie*). Solo así es posible hablar de una determinación de voluntad efectivamente ponderada y razonable".³⁸
- b. Los parámetros de determinación del objeto del contrato, se deben fijar las "modalidades de interferencia" con la esfera de la personalidad. Ello significa "que no solo el tipo de atribuciones involucradas (nombre, imagen, etc.) sino también el contexto y la finalidad de la utilización deben ser conocidas previamente, de modo que el sujeto esté en grado de evaluar ex ante las exactas implicaciones del propio acto dispositivo y asumir una decisión efectivamente consciente".³⁹ Piénsese en el caso de un *reality show*. Es importante determinar la extensión temporal del negocio.⁴⁰

33 *Ibid.*, p. 264.

34 *Ibid.*, p. 278.

35 *Ibid.*, p. 280.

36 *Ibid.*, Loc. Cit.

37 *Ibid.*, p. 281.

38 *Ibid.*, p. 286.

39 *Ibid.*, p. 288.

40 *Ibid.*, p. 291.

- C. El principio de la interpretación restrictiva, la declaración de nulidad del contrato por vicios en el objeto debe ser considerada como *extrema ratio*.⁴¹ En la experiencia italiana, "de los pronunciamientos en tema de circulación del nombre y de la imagen se deduce claramente como la jurisprudencia aplica constantemente un criterio de decisión, en razón del cual la concesión de la facultad de disfrute de los atributos individuales debe entenderse naturalmente limitada en sentido objetivo y subjetivo y estar subordinada al criterio del uso previsible. Ello implica que, incluso en presencia de cláusulas de contenido amplio y potencialmente omnicompreensivo, el contrato no es interpretado en sentido literal, sino de manera tal de realizar solo la transferencia de las facultades instrumentales para el logro de la finalidad a la cual este ha sido teleológicamente orientado".⁴² Esta regla es entendida como un útil complemento al criterio de determinación del objeto del contrato.⁴³ Ello implica la "carga de ser preciso" por parte del contrayente que pretenda valerse de un reglamento con un contenido extenso.⁴⁴

Refuerza el derecho de arrepentimiento (*droit de repentir*) del que dispone a título oneroso de sus atributos distintivos, el carácter mutable del derecho a la identidad. Recordemos que la identidad no es una entidad estática⁴⁵, debe ser "comprendida solo como un flujo al interior de un determinado lapso temporal; es un dato estructural suyo el de modificarse y desarrollarse continuamente y desplegar representaciones di-

versas para cada uno de los contextos temporales que describen el cambio".⁴⁶ Piénsese en el caso, que se presentó en Italia, de dos conocidas animadoras de televisión, que veinte años atrás eran *porno-stars*, y se hizo circular en una revista las fotos de sus pininos artísticos. Como técnica de solución, se propone el apartamiento del contrato (*recesso*), de tal manera se genera la carga del pre-aviso a quien tiene el derecho de apartarse (el sujeto que dispone de su atributo evocativo) como tutela de la posición jurídica de la contraparte.⁴⁷ Sin embargo, en este contexto "subsiste un elevado riesgo de falla del mercado, desde el momento en el que la contraparte, consciente del alto valor idiosincrónico de los bienes en juego, está fuertemente incentivada a asumir comportamientos oportunistas y a celar las propias valorizaciones, siendo capaz de imponer un precio notablemente excesivo respecto del valor objetivo de las prerrogativas cedidas".⁴⁸

Frente a ello, se propone como solución "económicamente racional la de invertir las posiciones de partida, atribuyendo al titular del derecho de la personalidad un derecho de apartamiento, basado en presupuestos justificadas y subordinado al pago de una indemnización".⁴⁹ Téngase en cuenta que, en materia de derechos personales o morales del autor, el primer párrafo del artículo 27 del Decreto Legislativo No. 822, Ley de Derechos del Autor, del 23 de abril de 1996, reconoce el derecho de retirar la obra del comercio dentro de los siguientes términos:

"Por el derecho de retiro de la obra del comercio, el autor tiene el derecho de suspender cualquier forma de utilización

41 *Ibid.*, p. 292.

42 *Ibid.*, p. 294.

43 *Ibid.*, Loc. Cit.

44 RESTA, Giorgio, *Op. Cit.*, 295.

45 J. HELLE, *Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht. Das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort und der Schutz des beschriebenen Wortes*, Tübingen, 1991, p. 119, citado por RESTA, Giorgio, *Op. Cit.*, p. 298.

46 RESTA, Giorgio *Op. Cit.*, p. 299.

47 *Ibid.*, pp. 300-301.

48 *Ibid.*, p. 301.

49 *Ibid.*, p. 302.

de la obra, indemnizando previamente a terceros los daños y perjuicios que pudiere ocasionar”.

Sin embargo, este derecho de arrepentimiento, materializado el apartamiento del contrato se delinea con las siguientes precisiones:

- i. Es un remedio de carácter excepcional, esto quiere decir que solo sería amparado este derecho cuando haya una manifiesta vulneración de los derechos de la persona, haciendo que “el mantenimiento del vínculo contractual sea objetivamente *inexigible (unzumuthar)* para la persona”⁵⁰, siendo intrascendentes los intereses oportunistas o meramente económicos.
- ii. No está subordinado al resarcimiento integral de los daños sufridos por el otro contratante, bastaría una indemnización en medida no superior al interés negativo.⁵¹

En mi opinión, no debería establecerse *a priori* un límite en la indemnización: está claro que no hay *sináagma* entre el derecho del apartamiento y el pago de una indemnización, pero puede haberse establecido una penalidad contractual que –salvo que sea desproporcionada– debería respetarse y en el caso de no haber tomado esa previsión, debe aplicarse el principio de reparación integral del daño.

En lo que se refiere a la transmisión *mortis causae* de estos derechos, “es un dato de común experiencia o que la desaparición de un sujeto no elimina el valor patrimonial ni las posibilidades de aprovechamiento de los elementos evocadores de la identidad, es más, en algunos casos, los puede hacer crecer”⁵². En efecto, se habla de una “protección póstuma de la personalidad” o de

la “posibilidad de ‘persistencia’ (*Fortwirkung*) de la tutela en la fase postmortal”. Se advierte que “no se está en presencia, en criterio de la posición dominante, de un fenómeno auténticamente sucesorio; cuando, más bien, de la adquisición de una parte de los familiares –independientemente de su calidad de herederos– de un derecho nuevo, autónomo por presupuestos y extensión respecto al correspondiente al de *culus*; o, según una diversa (y más convincente) reconstrucción, de una peculiar hipótesis de legitimación fiduciaria al ejercicio de un derecho ajeno, aunque carezca de un titular actual”⁵³.

El modelo jurídico asimilado por el Código Civil peruano es que la “tutela ultraexistencial” corresponde al cónyuge (viudo o viuda), descendientes, ascendientes o hermanos, “excluyentemente y en ese orden”. Así, en disposición del cadáver para fines médicos (artículo 10), decisión sobre necropsia, incineración y sepultura (artículo 13), disposición de la intimidad personal y familiar (artículo 14), disposición de la imagen y la voz (artículo 15). Solo en la divulgación de la correspondencia epistolar y comunicaciones confidenciales se hace referencia a los herederos. En efecto, los familiares cercanos son los legitimados a ser los “custodios” de la memoria del difunto, así como de disponer a título gratuito u oneroso de aquellas manifestaciones que evocaban su identidad. Ello por la proximidad al que en vida fue, no por su calidad de herederos. En atención a estas consideraciones se sostiene que se trata “de una verdadera y propia adquisición *iure successionis* (y no *iure proprio*), la cual responde evidentemente al esquema de una sucesión anómala”⁵⁴. En otras palabras: los beneficiarios heredan por un criterio distinto al de la sucesión legal.

¿Hasta cuándo puede durar este derecho de exclusividad? Se propone, en posición que com-

50 *Ibid.*, p. 304.

51 *Ibid.*, p. 306.

52 *Ibid.*, p. 375.

53 *Ibid.*, pp. 378-379.

54 *Ibid.*, p. 396.

parto, que empleando la argumentación *a simili*, se aplicaría el plazo de 70 años establecido por la Ley de Derechos de Autor (artículo 52 del Decreto Legislativo No. 822).⁵⁵

Siempre se ha sostenido que las partes del cuerpo deben ser cedidas con fines altruistas. Sin embargo, si observamos atentamente las coordinadas legislativas, nos damos cuenta que esta restricción es a efectos de transplantes (artículo 7 del Código Civil) o fines de interés social (artículo 8 del Código Civil); pero ¿qué pasa si las células de una persona tienen una característica particular y a través de las mismas se quiere crear una línea celular para patentarla? ¿Acaso el titular de las células no puede percibir una remuneración por su cesión? Este es el caso del "hombre de las células de oro", John Moore, quien tuvo un tratamiento por leucemia en el Centro Médico de la Universidad de California en Los Angeles (UCLA Medical Center). Los cinco demandados son: (1) Dr. David W. Golde, un médico que atendió a Moore en el UCLA Medical Center; (2) Los Regentes de la Universidad de California, quienes son los dueños y operadores de la universidad; (3) Shirley G. Quan, una investigadora que trabajaba para los Regentes; (4) Genetics Institute Inc.; y (5) Sandoz Pharmaceuticals Corporation y entidades relacionadas.⁵⁶

Moore visitó por primera vez el UCLA Medical Center el 5 de Octubre de 1976, poco después de que se le informó que tenía leucemia. Después de hospitalizar a Moore y extraerle grandes cantidades de sangre, aspirada la médula ósea y otras sustancias corporales, Golde confirmó el diagnóstico. Para este momento, todos los demandados, incluyendo a Golde, sabían que "ciertos productos y componentes de la sangre tenían un gran valor para una serie de esfuerzos comerciales y científicos" y que el acceso a un paciente cuya sangre contenía estas sustancias daría "ventajas competitivas, comerciales y cientí-

ficas". El 8 de Octubre de 1976, Golde recomendó removerle el bazo a Moore. Golde le informó que "había razón para temer por su vida, y que él proponía que la esplenectomía (...) era necesaria para demorar el progreso de la enfermedad". Basado en los consejos de Golde, Moore firmó el consentimiento para dar lugar a la operación. Antes de la operación, Golde y Quan "tuvieron la intención e hicieron los arreglos para obtener porciones del bazo de Moore después de removerse" y llevarlo a una unidad de investigación separada. Golde dio instrucciones escritas con este propósito el 18 y 19 de Octubre de 1976. Esta investigación no tenía nada que ver con el tratamiento médico de Moore. Sin embargo, ni Golde ni Quan informaron a Moore de sus planes para llevar a cabo la investigación ni le pidieron su permiso. Cirujanos del UCLA Medical Center, no incluidos en la demanda, retiraron el bazo de Moore el 20 de Octubre de 1976. Moore regresó varias veces al UCLA Medical Center entre Noviembre de 1976 y septiembre de 1983. Lo hizo a pedido de Golde, que aconsejaba "que tales visitas eran necesarias y requeridas para su salud y bienestar, y basado en la confianza inherente a la relación médico-paciente". En cada una de estas visitas, Golde retiraba muestras de "sangre, suero sanguíneo, piel, aspirado de médula ósea y espermia". En cada ocasión Moore tenía que viajar hasta el UCLA Medical Center desde su hogar en Seattle debido a la orden de Golde de solo tener estos tratamientos allí y solo bajo su supervisión.

En realidad, durante el periodo que Moore estaba bajo supervisión de Golde, al mismo tiempo los demandados estaban llevando a cabo una serie de actividades que le ocultaban a Moore, "específicamente los demandados estaban realizando una investigación en las células de Moore y planeaban beneficiarse competitiva y financieramente de ella (al explotar las células y su acceso exclusivo a ellas gracias a la relación médico-paciente entre Golde y Moore). En algún

55 *Ibid.*, p. 400.

56 Los datos han sido extraídos de la Sentencia No. S006987 de la Corte Suprema de California, del 9 de julio de 1990. Agradezco vivamente al estudiante de Derecho Walter Piazza-Risi por la traducción de esta sentencia.

momento antes de agosto de 1979, Golde desarrolló una línea celular derivada de los linfocitos T de Moore.⁵⁷

El 30 de Enero de 1981, los Regentes decidieron patentar la línea celular, listando a Golde y Quan como los creadores. "Por virtud de una política establecida (...) los Regentes, Golde y Quan compartirían las ganancias y regalías provenientes de la patente". La patente fue emitida el 20 de marzo de 1984, nombrando a Golde y Quan como creadores de la línea celular y a los Regentes como asignados de la misma. Mientras el código genético de la linfoquina no varía de individuo a individuo, sí puede ser difícil ubicar el gen responsable de la formación de una linfoquina en particular. Debido a que los linfocitos T producen muchos tipos de linfoquinas, encontrar el gen deseado puede ser como buscar una aguja en un pajar. Los linfocitos T de Moore eran de interés para los demandados debido a que sobreproducían ciertas linfoquinas, haciendo al material genético que la producía más fácil de identificar (en varios artículos publicados, los demandados y otros investigadores demostraron que la sobreproducción se debía a un virus -HTLV-II human t-cell leukemia virus tipe II- y que los linfocitos T sanos que fuesen infectados por este virus también se sobreproducían).

Las células removidas directamente del cuerpo (células primarias) no son muy útiles para estos propósitos. Las células primarias típicamente se reproducen cierto número de veces y luego mueren. Uno puede, sin embargo, algunas veces continuar utilizándolas por un periodo más extenso si las transforma en una línea celular, un cultivo que tiene la capacidad para reproducirse indefinidamente.

Esto no es, sin embargo, siempre un trabajo fácil. "El crecimiento a largo plazo de células y tejidos humanos puede ser difícil, incluso un arte" y la probabilidad de éxito con cualquier muestra celular es baja, excepto con algunos tipos de célula no contempladas en este caso. La patente de los Regentes también cubre varios métodos para utilizar la línea celular para producir linfoquinas. Moore admite en su demanda que "el verdadero potencial clínico de cada linfoquina es difícil de predecir, pero empresas comerciales en esta materia han publicado reportes en periódicos de la industria biotecnológica que predicen un mercado potencial de aproximadamente US\$ 3.01 billones para el año 1990" para toda una gama de este tipo de linfoquinas.

Con la ayuda de los Regentes, Golde negoció acuerdos para el desarrollo comercial de la línea celular y sus productos derivados. Bajo un acuerdo con Genetics Institute, Golde "se volvió un consultor pagado" y "adquirió el derecho a 75,000 acciones". Además, Genetics Institute aceptó pagar a Golde y los Regentes "por los menos US\$ 330,000.00 a lo largo de tres años, incluyendo una acción pro-rata del salario de Golde y beneficios sociales, a cambio de un exclusivo acceso a los materiales y a la investigación realizada. El 4 de Junio de 1982, Sandoz "fue agregado al acuerdo" y las remuneraciones de Golde y los Regentes se incrementaron en US\$ 110,000.00". Durante todo ese periodo, Quan pasaba el 70% de su tiempo trabajando para los Regentes en las investigaciones relacionadas a la línea celular. Basado en estos alegatos, Moore trató de establecer 13 causas de acción.⁵⁸ Cada demandado presentó excepciones a cada causa de acción,

57 Un linfocito T es un tipo particular de glóbulo blanco. Los linfocitos T producen linfoquinas que son proteínas que regulan el sistema inmunológico. Algunas de estas linfoquinas tienen valor terapéutico. Si se identifica el material genético que produce un tipo particular de linfoquina, se puede utilizar para manufacturar grandes cantidades de esta a través de técnicas de ADN recombinante (ver: U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *New Developments in Biotechnology: Ownership of Human Tissues and Cells*, 1987, pp. 31-46 (hereafter OTA Report); también fn. 29, post.).

58 En el common law, cuando se presentan excepciones a una demanda, se abre un proceso para determinar si el demandante tiene o ha establecido una "causa de acción", esto es si los hechos alegados en la demanda justifican la apertura de un proceso; en esencia, si el caso es justiciable. Esto se distingue del interés para obrar en que este se refiere al agotamiento de todos los medios pacíficos de resolución de conflictos y a la legitimidad de una persona para actuar en un proceso (Nota del traductor).

La Corte Superior, sin embargo, solo consideró expresamente la validez de la primera causa de acción, que era por *conversion*.⁵⁹ Al razonar que las causas de acción restantes incorporarían los alegatos defectuosos de la primera, la Corte Superior aceptó una excepción general a la demanda entera, dando un plazo dilatorio para corregirla. En el siguiente procedimiento, la Corte Superior estimó las excepciones de Genetics Institute y Sandoz sin dar un plazo dilatorio ya que Moore no había demostrado que hubiera una causa de acción por *conversion* y porque los alegatos de responsabilidad secundaria de las entidades eran demasiado conclusivos sin tener suficientes pruebas. En concordancia con su decisión anterior, que había determinado que los alegatos defectuosos sobre *conversion* hacían a la demanda entera insuficiente, la Corte Superior retiró de su calendario la consideración de las excepciones restantes.

Con un Juez en desacuerdo, la Corte de Apelación cambió la decisión inicial, decidiendo que la demanda sí establecía una causa de acción por *conversion*. La Corte de Apelación concordó con la Corte Superior que los alegatos contra Genetics Institute y Sandoz eran insuficientes, pero ordenó a la Corte Superior darle a Moore un plazo para corregir su demanda. La Corte de Apelación también le ordenó a la Corte Superior pronunciarse *"acerca de las causas de acción restantes, que no han sido sentenciadas expresamente"*.

La Corte Suprema de California, con sentencia No. 5006987 del 9 de Julio de 1990, decidió que no se trataba de *conversion*, sino de rompimiento del deber fiduciario o de confianza y falta al consentimiento informado. El Juez Edward Panielli fue el ponente y se adhirió a él tres (Lucas, Eagleson y Kennard) de los siete magistrados. Hay un voto singular del Juez Arabian, otro parcialmente concordante del Juez Broussard y una *dissenting opinion* del Juez

Mosk. La sumilla de la decisión de la mayoría es la siguiente:

"Cuando el paciente solicite tratamiento médico, el médico tiene la obligación fiduciaria de revelar toda la información material a la decisión del paciente.

El médico debe dar a conocer intereses personales no relacionados con la salud del paciente, así sean económicos o de investigación, que podrían tener efecto en su juicio profesional a la hora de obtener el consentimiento al tratamiento médico por parte del paciente, la falta del médico al no revelar tales intereses puede dar lugar una causa de acción por ejecutar procedimientos médicos sin consentimiento informado o por incumplimiento del deber fiduciario.

El paciente demandó por incumplimiento de deber fiduciario del médico y falta de consentimiento informado, basándose en alegatos que el médico no cumplió con revelar que, antes de obtener el consentimiento del paciente para el retiro quirúrgico del bazo de este, el médico había hecho arreglos para obtener porciones del bazo en conexión con su deseo de tener acceso continuo y regular a los inusuales y únicas sustancias sanguíneas y corporales del paciente con propósitos de investigación.

El paciente demandó por incumplimiento de deber fiduciario del médico y falta de consentimiento informado, basándose en alegatos que el médico ocultó su interés económico en la extracción de sangre y otras muestras después de la esplenectomía, al no informarle que había comenzado a investigar la misma y a iniciar procedimientos para obtener la patente de la línea celular desarrollada de las células del paciente.

59. La *conversion* es el uso o contratación ilícita con los bienes de otro. Se difiere de la apropiación en que esta se refiere únicamente a la adquisición ilícita de los bienes de otro mientras que la *conversion* puede darse cuando hay una apropiación lícita con un propósito establecido y se utiliza el bien para un propósito distinto o de una manera distinta a la ordenada por el dueño (Nota del traductor).

El paciente cuyas células extraídas fueron utilizadas en el programa de investigación para crear una línea celular patentada no tiene causa de acción bajo la teoría de la conversión; el paciente no retuvo un interés propietario en las células una vez extraídas; la ley estatutaria limitó drásticamente el control del paciente sobre células extraídas y la línea celular patentada es tanto fáctica como legalmente distinta de las células tomadas del paciente y, por lo tanto, no era propiedad del paciente. Código de Salud y Seguridad de West Ann California 7001,7054.4.

La teoría de la responsabilidad por conversión no puede ser extendida a un caso donde células extraídas fueron utilizadas en un proyecto de investigación para producir una línea celular patentada; extender la ley de conversión estorbaría la investigación al restringir el acceso a las materias primas necesarias, y los derechos del paciente son protegidos por la doctrina del consentimiento informado" (el subrayado es mío).

Para la mayoría "tampoco es necesario forzar los tornillos redondos de la "dignidad" y la "privacidad" en los agujeros cuadrados de la "propiedad" para proteger al paciente porque las teorías del deber fiduciario y el consentimiento informado ya lo hacen al requerir divulgación total". Además se sostiene que:

"La siguiente consideración que hace problemático el reclamo de propiedad de Moore es la ley estatutaria de California, la cual limita drásticamente el control del paciente sobre sus células. Conforme a la sección 7054.4 del Código de Salud y Seguridad "Salvo disposición legal contraria, las partes anatómicas reconocibles, tejidos humanos, restos anatómicos humanos, o desechos infecciosos, después que termine su uso científico, deberán ser desechados por entierro, incineración, o cualquier método determinado por el departamento de Estado de Servicio de Salud para proteger la salud y seguridad públicas". Claramente el

Legislativo no trató específicamente de resolver la cuestión con respecto a si el paciente tiene derecho a una remuneración por el uso no consensuado de sus células. El objeto primario de este estatuto es asegurar el uso seguro de desechos biológicos posiblemente dañinos. Aun así, no se puede negar que el efecto práctico de este estatuto es limitar, drásticamente, el control del paciente sobre sus células. Al restringir como es que estas células deben usarse y requiriendo su eventual destrucción, el estatuto elimina tantos de los derechos que vienen de la mano con la propiedad que uno no puede asumir que lo que permanece es propiedad para los propósitos de la ley de conversión".

Por otro lado, el Juez Arabian, basándose en criterios estrictamente morales, emitió el siguiente voto singular:

"El demandante ha pedido que reconozcamos y que hagamos cumplir el derecho de vender el propio tejido corporal por lucro. Él invita a que consideremos al ser humano –el sujeto más venerado y protegido en cualquier sociedad civilizada– tan igual como el commodity comercial más básico. Él nos impulsa a mezclar lo sagrado con lo profano. Él pide mucho".

El Juez Broussard está de acuerdo que se ha configurado una ruptura del deber fiduciario, pero admite que hay conversión en los siguientes términos:

"Cuando se trata de la causa de acción por conversión, sin embargo, la opinión mayoritaria fracasa en mantener su atención en los alegatos específicos frente a nosotros. Preocupados con que la imposición de responsabilidad por conversión vaya a impedir la investigación médica por científicos inocentes que usan los recursos de depósitos celulares existentes –un escenario fáctico no presentado aquí– la opinión mayoritaria basa su decisión, que una acción de conversión no puede ser mantenida, mayormente en la proposición de que un paciente generalmente no tiene ningún

derecho sobre una parte corporal que ya ha sido removida de su cuerpo. Aquí, sin embargo, el demandante ha alegado que los demandados interfirieron con sus derechos legales antes que la parte corporal fuera removida. Aunque un paciente puede no retener ningún interés legal en una parte corporal luego su extracción, cuando ha consentido propiamente a su extracción y utilización para propósitos científicos, queda claro bajo la ley de California que antes de que una parte corporal sea extraída, es el paciente, no su doctor o el hospital, quien posee el derecho a determinar el uso para el cual la parte corporal será puesta después que haya sido extraída. Si es que, como se ha alegado en este caso, el doctor del demandante interfirió inapropiadamente con el derecho del demandante a controlar el uso de una parte corporal al injustamente retener información material del paciente antes de que fuera extraída, bajo principios tradicionales del common law, el demandante puede mantener una acción por conversión para recobrar el valor económico del derecho a controlar el uso de sus partes corporales. En consecuencia, estoy en desacuerdo con la opinión mayoritaria en el punto que rechaza la causa de acción por conversión del demandante.

(...)

En lo que respecta a la causa de acción por conversión, disiento de la conclusión de la mayoría que los hechos alegados en este caso no establecen una causa de acción por conversión. Si este fuera un caso típico en el que un paciente consiente al uso de un órgano removido para propósitos de investigación generales y el doctor del paciente no tiene ningún conocimiento previo del valor científico o comercial, estaría de acuerdo que el paciente no podría mantener una acción por conversión. En ese escenario común, el paciente ha abandonado cualquier interés en el órgano extraído y no está titulado a exigir compensación si luego se descubriera que el órgano o células tienen un valor inesperado. No puedo estar de acuerdo, sin embargo, con la mayoría en que un paciente nunca puede mantener

una acción de conversión por el uso no autorizado de órganos o células extraídas, incluso en contra de una parte que sabía del valor del órgano o células antes que fueran extraídas y faltó a su deber de divulgar dicho valor al paciente. Debido a que el demandante alega que los demandados injustamente interfirieron con su derecho a determinar antes de la extracción de sus partes corporales, cómo dichas partes serían utilizadas después de la extracción, concluyo que la demanda establece una causa de acción bajo los tradicionales principios de conversión del common law* (el subrayado es mío).

Esta decisión pone en evidencia que la mayoría se centró en un momento *ex post* a la extracción de las células de Moore, cuando en verdad, se trató de un engaño sistemático que se produjo *ex ante* y ello colisiona con el derecho del paciente "antes de la extracción de un órgano, a controlar el uso para el cual se pondrá dicho órgano después de ser extraído". Así:

"Si estas alegatas son ciertas, los demandados claramente interfirieron inadecuadamente con el derecho del demandante sobre su parte corporal en un momento cuando este tenía la autoridad de determinar el uso futuro de dicha parte, y por lo tanto, se apropiaron indebidamente del derecho de control del demandante para su propio beneficio. Bajo estas circunstancias, la demanda satisface completamente los requerimientos establecidos para una acción por conversión.

(...)

Aunque la sección 7054.4 limita el control de un paciente sobre una parte corporal extraída, en el sentido que le prohíbe llevarse la parte extraída a su casa y guardarla en la repisa, el estatuto ciertamente no sugiere que un paciente no tiene el derecho a escoger entre los usos legalmente permitidos para su órgano. Similarmente, no hay nada en la sección 7054.4 que indique que un doctor o un establecimiento médico que extrae el órgano de un paciente poseen ningún derecho mayor que el mismo paciente a escoger

el uso al cual el órgano extraído será puesto. (...) Aunque las reparaciones que el demandante pueda recuperar en una acción por conversión pueden no incluir el valor de la patente y los productos derivados, el hecho que el demandante no pueda estar legitimado para todas las reparaciones que pide su demanda, no justifica rechazar su derecho a mantener ninguna acción por conversión. Similarmente, aunque la cuestión de si las células del demandante son "únicas" puede afectar la cantidad de reparaciones que el demandante podrá conseguir en una acción por conversión, la cuestión de la naturaleza única no tiene ninguna influencia en el derecho básico del demandante de mantener una acción por conversión, la propiedad ordinaria al igual que la propiedad única, es, por supuesto, protegida por la conversión. (...)

Pero el rechazo de la mayoría de la causa de acción por conversión del demandante no significa que las partes corporales no puedan ser compradas o vendidas para propósitos comerciales o de investigación o que ningún individuo o entidad privada pueda beneficiarse económicamente del valor fortuito de las células enfermas del demandante. Lejos de elevar estos materiales biológicos por encima del mercado, la postura de la mayoría simplemente bloquea al demandante, la fuente de las células, de obtener el beneficio del valor de las células, pero permite a los demandados, quienes se alega obtuvieron las células del demandante a través de medios inapropiados, retener y explotar el valor económico completo de sus ganancias mal obtenidas, libres de la ordinaria responsabilidad por conversión del common law" (el subrayado es mío).

En su dissenting opinion, el Juez Mosk advierte que:

"El punto de la mayoría evade totalmente tratar con el alegato de Moore que está titulado a compensación por el uso desautorizado de sus tejidos corporales por parte de los demandados antes de que

patentaran la línea celular Moore: los demandados llevaron a cabo este uso inmediatamente después de la esplenectomía el 20 de Octubre de 1976, y continuaron a extraer y usar las células y tejidos de Moore al menos hasta el 20 de Septiembre de 1983; la patente, sin embargo, no fue emitida hasta el 20 de Marzo de 1984, más de siete años después que empezara el uso desautorizado. Cualesquiera que fueran las consecuencias legales de este evento, no operó retroactivamente para inmunizar a los demandados de rendir cuentas por una conducta llevada a cabo mucho antes que la patente fuera otorgada".

Se pone en relieve que las células de Moore son "materias primas únicas" y que:

"Al proveer a los investigadores con materias primas únicas, sin las cuales el producto resultante no podría existir, los donantes se vuelven contribuyentes necesarios del producto. Es cierto, la patente no se otorga por la célula como se encuentra en la naturaleza, si no por el producto biogénico modificado. Sin embargo, la naturaleza única del producto la cual hace posible que sea patentable deriva de la naturaleza única de la célula original. El reclamo de un paciente de participar en las ganancias provenientes de una patente sería análogo al de un inventor cuya colaboración fue esencial para el éxito de un producto resultante. El paciente no fue contribuyente igual pero fue uno necesario para la línea celular" (Danforth, Cells, Sales, & Royalties: The Patient's Right to a Portion of the Profits (1988) 6 Yale L. & Pol'y Rev. 179, 197, cursivas añadidas (en adelante Danforth)). Bajo este razonamiento, que encuentro persuasivo, la ley de patentes no sería un impedimento suficiente para Moore para afirmar un interés propietario en sus células y sus productos y para participar en las ganancias de su explotación comercial."

Sobre la conducta de los demandados, se observa que:

“La solicitud de la mayoría de proteger a ‘partes inocentes’ parece irónica. La demanda está repleta de alegatos fácticos –que debemos aceptar como ciertos en esta apelación– que muestran que los demandados le mintieron repetidamente a Moore sobre la explotación comercial de su tejido. Por ejemplo, la demanda contiene alegatos detallados que los demandados falsamente le dijeron a Moore que los numerosos viajes postoperatorios de su hogar en Seattle al Centro Médico de la Universidad de California en Los Ángeles entre 1976 y 1983 eran necesarios porque su sangre y otros fluidos corporales solo podían ser extraídos en la instalación anteriormente mencionada; que los demandados falsamente le dijeron a Moore que el propósito de estas extracciones era promover su salud cuando, en realidad, era solo promover la continuación de las actividades comerciales y de investigación de los demandados; y que incluso que cuando Moore expresamente preguntó si los demandados habían descubierto algo en su sangre que pudiera tener un valor comercial potencial, los demandados falsamente le dijeron ‘que no habían descubierto nada de algún valor comercial o financiero en sus Sustancias Sanguíneas o Corporales y, de hecho desalentaron tales preguntas’. Estos no son los actos de una ‘parte inocente’.

abuso directo del cuerpo a través de la tortura u otras formas de castigo cruel o inusual. Otra es nuestra prohibición contra el abuso indirecto del cuerpo a través de su explotación económica para el beneficio de otra persona. La forma más aberrante de tal explotación, por supuesto, fue la institución de la esclavitud. Formas más leves, como la servidumbre por deudas o incluso la prisión por deudas, han desaparecido también. Aun así, su espectro pena en los laboratorios y salas de directorio de los complejos de investigación industrial de las compañías biotecnológicas. Surge donde sea que los científicos o industrialistas sostengan, como sostienen los demandados aquí, el derecho a apropiarse y a explotar el tejido de un paciente para su propio beneficio económico –el derecho, en otras palabras, de excavar o cosechar libremente las propiedades físicas valiosas del cuerpo del paciente: ‘la investigación con células humanas que resulte en ganancias económicas significativas para el investigador y en ningún beneficio para el paciente ofende los valores tradicionales de nuestra sociedad en una manera imposible de cuantificar. Una investigación así tiende a tratar al cuerpo humano como un commodity– un medio a un fin de lucro. La dignidad y santidad con la cual vemos al humano entero, cuerpo así como mente y alma, están ausentes cuando permitimos que investigadores adelanten sus propios intereses sin la participación del paciente al usar las células del paciente como la base de un producto comercializable. (Danforth, *supra*, 6 Yale L. & Pol’y Rev. en la p. 190).

(...)

Como el Dr. Thomas H. Murray, un respetado profesor de ética y política pública, testificó ante el Congreso ‘la persona (que provee el tejido) debe ser justamente recompensada. (...) Si los biotecnólogos no hacen provisiones para la justa división de las ganancias con la persona cuyo regalo las hizo posible, el sentido de justicia del público será ofendido y nadie será el ganador (Murray, Who Owns the Body? On the Eth-

El comportamiento de los demandados se llegar a parangonar con la explotación económica propia de la esclavitud. Así:

“En cualquier caso, en mi opinión, cualquier mérito que pueda tener la consideración de política de la mayoría es superada por dos consideraciones contrarias, i.e. por políticas que son promovidas al reconocer que un individuo tiene un interés propietario legal y protegible en su propio cuerpo y sus productos. Primera, nuestra sociedad reconoce un profundo imperativo ético de respetar el cuerpo humano como la expresión física y temporal de naturaleza única de la persona humana. Una manifestación de ese respeto es nuestra prohibición del

ics of Using Human Tissue for Commercial Purposes (Jan.-Feb.1986) IRB: A Review of Human Subjects Research, p. 5)."

El Juez Mosk es enfático cuando sostiene que:

"El hecho que el Uniform Anatomical Gift Act no prohíba la venta de órganos que no sea para "trasplante" o "terapia" plantea que también es legal para cualquiera vender tejido humano a una compañía de biotecnología para propósitos de investigación y desarrollo."

Finalmente, a propósito del argumento de la mayoría que se basa en que bastaba interponer una acción por no divulgación, se afirma que:

"No estoy de acuerdo, sin embargo, con la conclusión siguiente de la mayoría, que en el contexto presente una causa de acción por no divulgación es sustituto adecuado -de hecho, superior- para una causa de acción por conversión. En mi opinión, la causa de acción por no divulgación queda corta en al menos tres puntos.

*Primero, la mayoría razona que "si se hace cumplir las obligaciones de divulgación de los médicos" asegurará la libertad de opción de los pacientes (Ma). opn., ante, p. 164 de 271 Cal. Rptr., p. 497 de 793 P.2d). (...) El remedio es ampliamente ilusorio. "Una acción basada en la falta del médico de divulgar información material es negligencia. En la práctica, sin embargo, puede ser difícil recuperar con en este tipo de teoría de negligencia porque el paciente debe probar una conexión causal entre su lesión y el fracaso del médico de informar" (Martin & Lagud, *Biotechnology and the Commercial Use of Human Cells: Toward an Organic View of Life and Technology* (1989) 5 Santa Clara Computer & High Tech L.J. 211, 222, fn. omitted). Hay dos barreras a la recuperación. La primera, "el paciente debe mostrar que si él o ella hubiera sido informado con toda la información pertinente, él o ella no hubieran consentido al procedimiento en cuestión (Ibid.) Como hemos explicado en*

el caso seminal de Cobbs v. Grant (1972) 8 Cal.3d 229, 245, 104 Cal. Rptr. 505, 502 P.2d 1, "Debe haber una relación causal entre el fracaso del médico en informar y la lesión al demandante. Tal conexión causal surge solo si se establece que si se hubiera dado la revelación, no se hubiera dado el consentimiento al tratamiento".

(...)

La segunda barrera para la recuperación es todavía más alta y está erigida sobre la primera. Ni siquiera es suficiente que el demandante pruebe que el personalmente hubiera rehusado su consentimiento al tratamiento propuesto si hubiera estado plenamente informado; debe demostrar también que en las mismas circunstancias ninguna persona razonablemente prudente hubiese dado tal consentimiento. (...) La segunda razón por la que la causa de acción de no divulgación no es adecuado para la tarea que le asigna la mayoría, es que fracasa en resolver la mitad del problema frente a nosotros: "le da al paciente solo el derecho a rehusar su consentimiento, es decir, el derecho a prohibir la comercialización de su tejido; no le da el derecho a otorgar su consentimiento a esta comercialización con la condición de que reciba parte de las ganancias". A pesar de que existen buenas razones para apoyar el consentimiento informado sin la comercialización del tejido, el requisito de divulgar solo es el primer paso hacia el reconocimiento pleno del derecho del paciente a participar enteramente. El consentimiento informado a la comercialización, sin el derecho a participar en las ganancias de este desarrollo comercial, solo le daría a los pacientes el veto a su propia explotación. Pero reconocer que los pacientes tienen un interés propietario en su propio tejido le daría a los pacientes un derecho afirmativo de participación. Entonces los pacientes podrían asumir el rol de socios igualitarios con sus médicos en la investigación comercial biotecnológica" (Howard, supra, 44 Food Drug Cosm. L.J. en la p. 344)."

Así, invirtiendo las palabras de la vieja canción, la causa de acción de no divulgación

acentúa lo negativo y elimina lo positivo: el paciente puede decir que no, pero no puede decir que sí y tener la expectativa de participar de los ingresos de su contribución. Pero, como expliqué anteriormente (pt. 4 ante), hay razones sólidas de ética y equidad para reconocer el derecho del paciente a participar en estos beneficios. La causa de acción de no divulgación no protege ese derecho, para este punto, no es un sustituto adecuado del remedio de conversión, el cual sí protege este derecho.

Tercero, la causa de acción por no divulgación fracasa en llegar a una clase importante de demandados: todos aquellos que están fuera de la relación estrictamente paciente-médico con el demandante. (...) Hasta el punto que un demandante como Moore es incapaz de argumentar o probar una teoría satisfactoria de responsabilidad secundaria, la causa de acción por no divulgación será por lo tanto, inadecuada para llegar a cierto número de participantes de la explotación comercial del tejido. Tales partes incluyen, por ejemplo, el médico-investigador que no trata personalmente al paciente, cualquier otro investigador que no es médico, cualquier empleador de los mencionados anteriormente (o incluso del médico tratante) y cualquier persona o corporación que luego participe en la explotación comercial del tejido. Aun así, algunas o todas estas partes podrían haber participado más, y ganado más, de la explotación que el médico particular contra el cual el demandante tenía una relación formal doctor-paciente en ese momento.

En suma, la causa de acción de no divulgación (1) difícilmente será exitosa en la mayoría de casos, (2) fracasa en proteger los derechos del paciente a participar de los ingresos de la explotación comercial de su tejido, y (3) puede permitir a verdaderos explotadores escapar de la responsabilidad. No es, por lo tanto, un sustituto adecuado, en mi opinión, de la causa de acción por conversión* (el subrayado es mío).

Estas decisiones merecen las siguientes reflexiones: ¿Qué mecanismo es el más adecuado para solucionar conflictos como este? La conversión del *common law* surge del uso indebido del bien ajeno, porque, efectivamente el usurpador "convierte en suyo" un bien que no le corresponde. ¿Es suficiente el remedio de la indemnización por incumplimiento del deber de información para que se configure un válido consentimiento informado? Tengo la impresión que el voto de la mayoría de la Corte Suprema de California elude el tema principal: si los derechos de las personas, concretamente, el de disponer de partes del cuerpo, también tienen un contenido patrimonial. Aquí la ironía que advierten tanto la Corte de Apelación como los votos de los Jueces Broussard y Mosk: se le precluye el derecho del titular a disfrutar económicamente de sus células, ¡pero no a quienes con engaños sistemáticos se apropiaron de ellas!

En la primera parte de esta investigación, ha quedado claramente establecido que, no obstante la naturaleza extrapatrimonial (o existencial) de los derechos de la persona, coexiste la facultad de disposición de los mismos, la cual puede ser a título oneroso o gratuito. En mi opinión, en este caso se ha configurado tanto una apropiación indebida como el incumplimiento del deber de información. Téngase en cuenta que no se trataba de donación de partes del cuerpo con fines de trasplante. Los jueces de la mayoría no han querido ver lo evidente: frente a una situación excepcional, urgía un remedio que esté a la altura de esa circunstancia. No se puede aplicar la norma que establece que los residuos corporales, una vez extraídos, debían ser destruidos por fines de sanidad, ¡porque ese no era el caso! Aquí se trataba de unas células que tenían una propiedad que las hacía únicas en su género y el médico que atendió a Moore ocultó ello (estando frente a una situación manifiesta de conflicto de intereses): en todas las visitas que hizo Moore desde 1976 hasta 1983, es decir, durante siete años, fue engañado sistemáticamente. Esas células tenían un valor en el mercado y ello fue ocultado. El médico y los demás demandados tenían un evidente interés económico.

Es indiscutible que quien disfruta los derechos (*royalties*) de la patente de invención es el creador de la obra de ingenio. Si bien Moore no participó en esa etapa, de no mediar sus células, no se hubiera creado la línea celular millonaria. Aquí es donde discrepo con la *dissenting opinion*: no es que Moore tenga derechos sobre las regalías; pero estas son un parámetro importante para determinar el *quantum* del daño ocasionado.

Un argumento efectista es el de que, si se le reconoce la titularidad de las células a Moore, se desincentivarían las investigaciones científicas. Ello no resiste al análisis: La regla siempre ha sido que el galeno tiene la obligación de información completa y relevante, a efectos que el consentimiento del paciente a someterse a cualquier acto médico sea válido. Ello lo reconoce, incluso, el voto de la mayoría, sobre todo, si existen indicios razonables –como en este caso–

que el interés económico del médico entre en conflicto con el bienestar del paciente.

A manera de conclusión, insisto en que no propongo que los derechos de las personas se han convertido en mercancías: simplemente pongo en evidencia que hay un fenómeno de patrimonialización de cierto sector de los mismos (concretamente la facultad de disposición) y es un imperativo del jurista estar atento a esta nueva situación, sin que ello lleve a *“la preocupación de ver la condición de enfermo completamente transformada por la perspectiva de convertirse en “proveedor” de material para la industria farmacéutica. Es justo el temor de ver extendida, también en este campo, la lógica mercantil, además de las motivaciones directamente obtenidas por los procedimientos de la investigación científica, justifican la hostilidad a hacer penetrar la lógica de la repartición de los beneficios en un sector tan delicado.”*⁶⁰

60 La conversión es el uso o contratación ilícita con los bienes de otro. Se difiere de la apropiación en que esta se refiere únicamente a la adquisición ilícita de los bienes de otro mientras que la conversión puede darse cuando hay una apropiación lícita con un propósito establecido y se utiliza el bien para un propósito distinto o de una manera distinta a la ordenada por el dueño (Nota del traductor).