

PRESENTACIÓN

La Revista Judicial ofrece esta vez importantes colaboraciones en materia de Derecho Comunitario, Derecho de Personas y de Obligaciones.

Ofrecemos, en primer lugar **“Integración y constitucionalidad”**, brillante ponencia presentada por el **Lic. Eduardo Sancho**, Magistrado de la Sala Constitucional, en el reciente Congreso “Democracia y la Reforma del Estado en América Latina”, el cual se desarrolló en la sede de la Corte Constitucional Italiana, en Roma. El autor trata aquí el actualísimo tema de la reforma del Estado; realiza una síntesis histórica del proceso de integración regional centroamericano, desde la colonia, pasando por el proceso de independencia hasta los tiempos modernos en que se reactivaron en el área las intenciones unionistas. Nos narra la experiencia de la ODECA y de algunos acuer-

dos regionales como el Protocolo de Tegucigalpa y el SICA (Sistema de Integración Centroamericana), el Tratado de Integración Social de 30 de marzo de 1995, el cual fue sometido en consulta a la Sala Constitucional en el que se confirma la jurisprudencia relativa a los límites constitucionales y a los alcances del Derecho Comunitario. Realiza finalmente unas reflexiones sobre la integración centroamericana, inspiradas en la realidad de un proceso de integración desorientado y en la necesidad de afrontar los retos de la globalización, para lo cual debe tomarse en cuenta la experiencia europea. En sus conclusiones reafirma el valor de la democracia y la juridicidad en este proceso, el cual deberá tener contenidos reales para ser efectivo.

Recomendamos especialmente el magistral aporte de la **Dra. Valeria Antos**, de la Facultad de Derecho de la Universidad

de Córdoba, Argentina, titulado **"Responsabilidad civil por daño genético"**, donde se analiza la situación jurídica de los "laboratorios" de FIV y de TE (técnica donde se experimenta con "seres humanos", de la cual se arrepintió públicamente su propio creador Eduards), en los que mueren o son asesinados embriones no implantados (que también son niños como lo hemos demostrado en la Revista de Ciencias Jurídicas N° 84), al tiempo que se presentan en nuestro país en la Asamblea Legislativa proyectos de ley para regular o prohibir estas actividades comerciales por atentar contra la vida humana y otros valores fundamentales de la personalidad. La autora se refiere a los avances en áreas específicas como la biotecnología y la genética, que nos llevan a plantearnos nuevos interrogantes respecto de su regulación, debido al riesgo en que ponen la dignidad humana, a la humanidad misma y en modo irreversible al ser humano de carne y hueso, por lo que la Dra. Antos reafirma la necesidad de contenidos éticos en esta materia. Seguidamente, en el plano estrictamente jurídico, se refiere a

la responsabilidad civil por daños y perjuicios, comprendidos los daños morales del Estado, del médico y del equipo médico frente a los padres, frente al niño y frente al donante. La autora nos recuerda que el proceso es concluido por un equipo médico y que en él participa gran cantidad de profesionales de la salud (como técnicos en ultrasonido, biólogos, bioquímicos, genetistas, ginecólogos, radiólogos, laboratoristas, obstetras, etc.). Nos muestra como, una vez comprobada la responsabilidad de uno de los integrantes del equipo por los daños causados al paciente, surge la responsabilidad directa del jefe o director pues en su persona concentra las funciones de dirección y coordinación (culpa "in eligendo" y culpa "in vigilando"). Esta responsabilidad es analizada por la ilustre jurista en sus diversas dimensiones: frente a los padres, frente al niño y frente al donante; afirma, por ejemplo, que los profesionales de la salud deben responder por el daño moral que le causare al paciente el fracaso del tratamiento o el nacimiento con deficiencias físicas, psíquicas o génicas, cuando estas sean previsibles, y evitables

y no las evitó o no evitables y no informó adecuadamente los riesgos que involucraba el tratamiento. También muestra como los miembros del equipo médico responden por todas las consecuencias dañosas que el tratamiento pudiere provocar al niño, ya sea las derivadas de una defectuosa selección del material humano a utilizar, como las causadas por la mala implementación, las enfermedades genéticas transmitidas y las infectocontagiosas detectables y posibles de erradicar, lo mismo que del daño moral que se le pudiere causar. Asimismo, sostiene la Dra. Antos, puede el donante reclamar Daño Moral, cuando existieran secuelas que lo afectaran en su intimidad. Plantea finalmente los delicados temas de la responsabilidad de los padres y del donante.

Del Dr. Julio Fernández Bulté, profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, presentamos: **“Notas sobre los desafíos a la unificación jurídica en América Latina”**, brillante ponencia presentada en el Seminario sobre Unificación del

Derecho y Derecho de la Integración en América Latina, patrocinado por la Universidad de Roma II, en diciembre de 1996. El autor ofrece sus reflexiones sobre las expectativas y desafíos relacionados con los procesos de integración en América Latina y destaca en ellos el papel que puede jugar el Derecho Romano. Señala el aporte de los romanistas en la elaboración de los códigos; en especial: Andrés Bello, Clovis Bevilacqua y Dalmacio Vélez Sársfield, en medio de una serie de fuerzas progresistas. Seguidamente se refiere a la complejidad de factores actuales, entre ellos el reacomodo del capitalismo norteamericano, en especial frente a las fuerzas económicas europeas y asiáticas, lo que le ha llevado a reasumir su atención sobre América Latina, poniendo a prueba la capacidad de resistencia de ésta frente al empuje de las corrientes neoliberales y las fuerzas “desreguladoras”. A este panorama responde afirmando que América Latina no tiene otra opción que su propia integración, la que en el plano jurídico es posible en torno al Derecho Romano. En este cambio de época (más que época

de cambios) destaca el papel que deben asumir las universidades y la importancia de las revistas y demás publicaciones periódicas.

Continuamos con la publicación de nuestra acostumbrada sección, **Jurisprudencia.**

Dr. Víctor Pérez Vargas.

* * *

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
SECCIÓN I: ESTUDIOS.	
Integración y constitucionalidad.	11
Lic. Eduardo Sancho. Magistrado de la Sala Constitucional.	
Responsabilidad civil por daño genético.	21
Dra. Valeria Antos.	
Notas sobre los desafíos a la unificación jurídica en América Latina.	31
Dr. Julio Fernández Bulté.	
SECCIÓN II: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES.	
Contenido de votos salvados en resoluciones de interés.	39
Licda. Cecilia Sánchez.	
SECCIÓN III: JURISPRUDENCIA	85
Centro Electrónico de Información Jurisprudencial.	

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



INTEGRACIÓN Y CONSTITUCIONALIDAD

EDUARDO SANCHO

*Magistrado de la Sala Constitucional
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*

I. PRESENTACIÓN

Con el nombre que he sugerido para esta ponencia, que someto a consideración de este Coloquio sobre "Democracia y la Reforma del Estado en América Latina", en el que participo representando a la Sala Constitucional de mi país y atendiendo la gentil invitación que nos hiciera la Corte Constitucional de Italia, el Instituto Italo-Latinoamericano y la Asociación de Estudios Sociales Latinoamericanos, pretendo dejar señalados algunos aspectos que me parece son de singular importancia y permean directamente los procesos de transformación de los Estados democráticos.

La reforma del Estado, como fenómeno político, es el vehículo moderno, de gran actualidad, que conduce a la necesidad de hacer una intensa revisión de las estructuras organizativas, así como los objetivos y metas de los países, en la permanente búsqueda de

hacer más eficiente el aparato público; pero esa aspiración la debemos concebir de tal manera, que ello no implique declinar la profunda convicción de que se logren los objetivos de ese proceso, pero manteniendo incólumes los principios que dan forma al Estado de Derecho.

Con el propósito de conducir mi exposición en ese rumbo, me propongo, en primer lugar, presentar una estrecha síntesis histórica del proceso de integración regional centroamericano; luego, comentar recientes decisiones de la Sala Constitucional sobre el tema; señalar posibles puntos de divergencia, que en mi criterio, surgen en la génesis de un sistema comunitario con el Derecho constitucional interno de los estados, para concluir proponiendo algunos tópicos de interés, que puedan servir de base de análisis, de investigación y de discusión.

II. SÍNTESIS HISTÓRICA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA

Estimo que el desarrollo de las ideas comunitarias en Centroamérica, ocupa, al menos, cuatro etapas distintas: una que podría llamar "colonial"; la segunda, que corresponde al período de la formación de los estados independientes; la tercera, que llamaría la etapa moderna; y por último, los tiempos actuales. Señalo aspectos muy generales de cada una de ellas.

1. La Colonia.

La primera muestra de actuación conjunta, la hicieron las entonces provincias del Reino de

Guatemala y corresponde a los acontecimientos en los que se vio envuelta España a partir del año 1808, a raíz de la ocupación político-militar francesa. Sin duda, estos eventos dispararon el proceso revolucionario en España y, desde luego, posteriormente, el de América, dando origen al movimiento del liberalismo político del siglo XIX.

España se constituyó soberana y convocó al pueblo para que procediera a darse un nuevo régimen político, para lo cual llamó a Cortes Generales y Extraordinarias, invitando a participar a los pueblos americanos como parte de ella.

El Reino de Guatemala cumplió, inmediatamente, los términos de la convocatoria y cada una de las seis provincias (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Ciudad Real de Chiapas), eligió al diputado que la representase en ese proceso.

Es de notar, y en esto se conforma el antecedente de lo que llamo, una manifestación de integracionismo en la época de la Colonia, que la diputación de todas las provincias se adhirió a las instrucciones del Ayuntamiento de Guatemala, tituladas "Instrucciones para la Constitución Fundamental de la Monarquía Española y su Gobierno", que serían

"...el hilo conductor del pensamiento de la fracción centroamericana y la clara demostración de lo que querían y anhelaban los habitantes de estas tierras. Se le dieron —a cada diputado— instrucciones sobre el bien particular de la provincia, a fin de lograr una serie de medidas que viniesen a favorecer la agricultura y el comercio. Estos eran los medios para salir de la postración y la pobreza en que se hallaban".¹

Indudablemente que la Constitución de Cádiz, tanto para España, como para América, es el origen de nuestro constitucionalismo, sobre todo desde la perspectiva de lo que hoy conocemos como Estado de Derecho y sociedad democrática, fundada en los principios de soberanía nacional, justicia e igualdad.

Pero en lo que respecta al Derecho comunitario, debemos decir que la realización de las Cortes Generales y Extraordinarias significaban, para los diputados del antiguo Reino de Guatemala, la oportunidad de reclamar una serie de derechos en beneficio de cada una de las provincias.

Así se dio un doble rol para los diputados representantes: formaron una sola unidad o fracción parlamentaria desde la perspectiva del interés ideológico y de lucha, en todo lo que tenía que ver con los lineamientos generales del nuevo régimen que se buscaba establecer —que en realidad era, en los términos actuales, una verdadera reforma del Estado—, pero, además, serviría de plataforma para la conquista de derechos políticos, administrativos, económicos, culturales y religiosos para cada una de las provincias.

Es importante notar que las provincias del Reino de Guatemala definieron y se sometieron a una estrategia única, formada por una parte general, de interés para todos los pueblos, que debían apoyar sus diputados con el respaldo de los poderes y las instrucciones que les habían dado cada uno de los cabildos (Derecho comunitario) y por una parte específica, de interés solo para la respectiva provincia (Derecho interno).

Desde luego que desde el punto de vista de lo que debía ser una estructura de integración, esta primera etapa se distingue por el empirismo conceptual, tanto en lo político como en lo económico, pero a la vez, por la magnífica unidad jurídica y filosófica que le imprimió a la representación, el delegado costarricense Dr. Florencio del Castillo, sobre todo en la defensa de los Derechos Humanos, la lucha por la igualdad, la autonomía de los gobiernos locales y el desarrollo de los principios democráticos.

2. La Independencia.

La segunda etapa, que como he dicho, se dio en el proceso de la Independencia, es examinada con gran acierto, por el muy distinguido

1. HISTORIA GENERAL DE COSTA RICA, Euroamericana de Ediciones Costa Rica, Sociedad Anónima, 1989, Vol. III, páginas 10 y 11.

Profesor costarricense José Miguel Alfaro Rodríguez,² en dos conferencias tituladas "La Historia de la Integración Centroamericana" y "Contexto Jurídico de la Integración Europea y Centroamericana". De la primera tomo los siguientes párrafos:

"Al independizarse nuestros países pretendieron integrar una Federación. No obstante, fue una estructura muy débil desde sus orígenes. Por un lado, producto de una mala traducción de la Constitución Norteamericana, se generó una propuesta que fortalecía a los Estados frente a la Federación. Por otro lado, a los ingleses, potencia con presencia creciente en la región, no les interesaba una Centroamérica unida. Todo ello coadyuvó a la atomización. Sociológicamente, no se registraba la experiencia comunitaria y una estructura federal débil con aliento de agentes externos a la confrontación entre naciones nacientes, hizo que la Federación fracasara en dos décadas.

La desunión regional hizo posible el avance de México por el norte y de Colombia por el sur, sobre territorios que en épocas coloniales habían sido centroamericanos.

Pese a que se rompe la Federación, se mantuvo la conciencia de que la unión hace la fuerza. Mientras se consolidan las ciudades capitales en torno a poderes nacionales centrales, los pueblos de Centroamérica empiezan a buscar vínculos de reunión militar, política o económica desde la mitad del siglo pasado. En los años 60 y 70 del siglo XIX, hay ejemplos de esa noción compartida, de que los pueblos centroamericanos poseen destinos comunes frente al concierto internacional. Costa Rica, por ejemplo, solicita ante Francia y Bélgica cobijo en igualdad de circunstancias frente a un tratado firmado previamente por Guatemala.

En el siglo pasado encontramos textos que perfilan el derecho público centroamericano en el campo del asilo y la integridad territorial de la región entre otros principios. Ha habido un tratamiento sui generis, especial, que sustenta la cláusula centroamericana de excepción, que permitió tener embajadores comunes, así como el hecho inusitado en otras partes del mundo de que los ciudadanos nacidos en un país fuesen presidentes en otros. La Corte Centroamericana de Justicia de inicios de siglo, conoció en diez años de existencia solo 10 ó 12 asuntos; lo que podría parecer un desperdicio burocrático. Fue sin embargo vital para la región pues la presencia de este órgano, impidió guerras. No cabe duda de que su existencia, salvaguardó la paz de la región.

Un hecho central de nuestra historia fue la guerra nacional de 1856, la gesta centroamericana contra el filibustero armado de la Doctrina Monroe. Bajo el lema de "las cinco o ninguna" buscaba la anexión de la región bajo su dominio imperialista. Ante esta amenaza para la joven nacionalidad, Costa Rica le declara la guerra a William Walker que se había instaurado como Presidente de Nicaragua, y juntos los ejércitos de Centroamérica lo vencen.

Esta guerra es la gran pelea de Centroamérica por su independencia y fue una experiencia de unidad. El Batallón Moravia jefado por el General Cañas, héroe nacional costarricense, quien había nacido en El Salvador, estaba integrado por soldados de diversas naciones centroamericanas".³

Como puede observarse, esta segunda etapa fue rica en experiencias que propendieron todas hacia el esfuerzo comunitario. Pareciera que existió una conciencia para actuar como unidad regional, aunque la falta de

2. Don José Miguel Alfaro Rodríguez, es abogado graduado en la Universidad de Costa Rica en 1963 y profesor de ese centro de educación superior desde 1964, en donde fundó e imparte la cátedra de Derecho Comunitario Centroamericano, desde 1965. Fue Vicepresidente de la República en el período constitucional 1978-1982 y fungió a la vez, como Ministro de Economía (80-82) y como Ministro encargado de Asuntos de Integración ante los Organismos del Mercado Común. Actualmente es Coordinador de la Comisión de Juristas de la Integración y Consultor Externo, entre otros, de la Secretaría General del Sistema de la Integración Centroamericana, la Secretaría Técnica del Comité Regional de Acción Social, del Banco Centroamericano de Integración Económica, de la Secretaría Técnica del Consejo Agropecuario Centroamericano, del Comité Coordinador Regional de Instituciones de Agua Potable y Saneamiento de Centro América, Panamá y República Dominicana, de la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit GMBH, de la Secretaría del Consejo Monetario Centroamericano, del Comité Centroamericano de Coordinación Intersectorial, del Comité de Empresarios de la Microempresa de la Región Central de América y de la Organización Internacional del Trabajo. Además, fue Magistrado suplente de la Corte Suprema de Justicia de 1991 a 1995.

3. ALFARO RODRÍGUEZ, José Miguel, Conferencias sin editar "La Historia de la Integración Centroamericana", 1995, pág. 2.

un verdadero proceso estructurado jurídicamente y organizativo de la comunidad de esfuerzos, desencadenó en que la defensa de los privilegios e intereses locales, prevalecieran por sobre los ideales y aspiraciones comunitarios.

3. Los tiempos modernos.

La tercera etapa se inició después de la Segunda Guerra Mundial; se reactivaron en el área las intenciones unionistas y se crearon las primeras instituciones de interés regional, como el Consejo Superior Universitario Centroamericano (CSUCA) y el Instituto de Nutrición de Centroamérica y Panamá (INCAP); poco tiempo después se creó la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA).

La historia se ha encargado de demostrar que la ODECA no logró cumplir con las metas que se propusieron sus impulsores, sea por la inoperancia que la caracterizó, sea por las condiciones políticas que imperaban en los países, con gobiernos autoritarios en la mayoría de los casos o por la lucha no declarada de ciertos sectores por imponer su hegemonía en toda la región.

Es cierto que la ODECA impulsó la creación de importantes nexos entre los países miembros, sobre todo en el campo de la integración económica con el apoyo de CEPAL; propició, también, el desarrollo de la red vial del área; se coordinaron políticas uniformes para agilizar el tránsito de y hacia los países integrantes; y se creó el Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP), con el objeto de formar administradores especializados en el manejo de las incipientes relaciones comerciales.

El Lic. Alfaro agrega en los documentos citados:

"La primera expresión multilateral se formalizó en 1958, con un tratado cuya excepción era el libre comercio. Justamente, por esta

excepción, careció de dinámica y rápidamente hizo crisis. Por esa razón, se redefine. Su replanteamiento evoluciona hacia el Tratado de Integración Económica, que da pie al libre comercio como regla y que otorga un impulso sin precedentes, a las relaciones regionales. El final de los años 60 y la década del 70 fue escenario de un crecimiento importante, pese a que tuvo un problema propio del contexto, no necesariamente consecuencia del libre comercio. Cada uno de los Tratados regionales se proponía finalidades sociales, pero estas dimensiones no eran prioridades de los gobiernos nacionales y eso estalló en la gran convulsión en los años 80".⁴

La falta de una correcta definición de los alcances del Tratado de Integración Económica implicó que este instrumento regional, que debía operar como impulsador del desarrollo de los países signatarios, no cumpliera con estas metas y consecuentemente, antes de favorecer los intereses de los seres más necesitados, coadyuvó al deterioro del equilibrio social, con el natural ensanchamiento de la brecha social.

4. Los tiempos actuales.

Según el Lic. Alfaro, la caída de la tiranía de los Somoza en Nicaragua, marca un hito en la transformación de las estructuras del poder en Centroamérica; inmediatamente, se inicia en El Salvador el proceso de democratización y en Guatemala se agrava el enfrentamiento entre los militares y la izquierda.

El grave estado en que llegó a estar la conflagración social centroamericana, los efectos devastadores de la guerra, la demanda de las elementales soluciones a las necesidades de los pueblos y la búsqueda incesante de la paz, produjeron un efecto interesante, una desacostumbrada presión de las comunidades sobre la clase dirigente, que produjo, como resultado directo, el acuerdo de Esquipulas.

Y los resultados fueron evidentes. En junio de 1990 se reúnen en la Ciudad de Antigua los

4. ALFARO RODRÍGUEZ, José Miguel, *op. cit.*, pág. 3.

presidentes centroamericanos, en la que se dio la circunstancia de que por primera vez, todos fueran civiles y tuvieran mandato constitucional. Se abrió así una nueva etapa de comunicación entre los países y en las subsiguientes reuniones, se discutió sobre la necesidad de convertir a toda el área en una región de paz, libertad, democracia y desarrollo. Estos cuatro principios conformarán, desde ese momento y a manera de lema, el ideario de los esfuerzos integracionistas de esta etapa.

El proceso culminó con la firma del llamado Protocolo de Tegucigalpa y con la creación de la Corte Centroamericana de Justicia.

La firma del acuerdo de Esquipulas es lo que determina el inicio del proceso actual que se vive en los tiempos actuales.

En el Protocolo de Tegucigalpa se señala la necesidad de actualizar el marco jurídico de la ODECA, readecuándolo a la realidad y necesidades actuales, para alcanzar efectivamente la integración centroamericana y con tal propósito, se establece lo que, desde ese momento, se llamará SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SICA), para lo cual se reformó la Carta de la ODECA, que fue suscrita en la Ciudad de Panamá el 12 de diciembre de 1962.

III. EL SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SICA)

El Protocolo de Tegucigalpa, que adiciona y modifica la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos y crea el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), es un tratado internacional que pone en vigencia un nuevo orden regional.

El sentimiento que envuelve la adopción de un nuevo instrumento, que tienda a la efectiva y real integración en lo económico, en lo social, en lo cultural y en lo político, ha tenido como base esencial, la reiterada declaración de los Presidentes de los países en las reuniones celebradas, en el sentido de que la paz, la democracia, el desarrollo y la libertad, son inseparables.

"El fin buscado es consolidar un orden de bienestar y justicia económica y social, mediante el funcionamiento eficiente del sistema regional, que nos haga asumir el papel que nos corresponde como protagonistas responsables de nuestro desarrollo integral y como socios eficaces de la cooperación internacional... El Protocolo señala las bases sobre las cuales se apoya el logro de ese propósito y, entre ellas, reconoce como esencial la tutela, respeto y promoción de los derechos humanos que es el

principio aglutinador de los otros principios importantes como la unidad armónica e indivisible entre los conceptos de paz, democracia, desarrollo y libertad; la identidad y solidaridad centroamericana; la gradualidad, progresividad, globalidad y democratización del proceso de integración, su seguridad jurídica y el respeto efectivo al derecho que deriva del Sistema Regional (OEA) y del Sistema Mundial (ONU)".⁵

Según se lee en párrafos de la monografía del Doctor H. Roberto Herrera Cáceres, Secretario General, titulada "el Sistema de la Integración Centroamericana".

En consecuencia, resulta más que evidente que "El SICA es la organización centroamericana que engloba todos los órganos e instituciones centroamericanos, los cuales seguirán funcionando sujetos a sus propios y particulares tratados, convenios o acuerdos, sin depender de nuevos órganos, pero sabiendo situarse en la nueva realidad centroamericana y ejercer sus competencias sectoriales en el marco de una necesaria y coherente coordinación intersectorial, que asegure el cumplimiento de los propósitos y principios del Protocolo,

5. HERRERA CÁCERES, H. Roberto, «El Sistema de la Integración Centroamericana».

la ejecución eficiente y el seguimiento constante de las decisiones emanadas de la Reunión de Presidentes".⁶

El Protocolo tiene las siguientes características:

- a) el Sistema de Integración Centroamericana, se define como el marco institucional de la integración regional y queda integrado por los Estados Miembros originales de la ODECA y se incorpora a Panamá como Estado Miembro; tiene personalidad jurídica y su sede en la Ciudad de San Salvador;
- b) los órganos del Sistema son:
 - la Reunión de Presidentes, que es el órgano supremo y que actúa por consenso;
 - el Consejo de Ministros, integrado por los Ministros del Ramo, al que le corresponde, principalmente, dar el seguimiento que asegure la ejecución eficiente de lo acordado en las reuniones de presidentes; el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores es el órgano principal de coordinación;
 - el Comité Ejecutivo, cuyas principales competencias son las de establecer políticas sectoriales, elaborar el proyecto de presupuesto del sistema, proponer la creación de secretarías y de órganos subsidiarios y aprobar los reglamentos e instrumentos del sistema;
 - la Secretaría General, a cargo de un Secretario General nombrado por la Reunión de Presidentes por cuatro años, que es el más alto funcionario administrativo y quien tiene la representación legal del Sistema, excepto en lo que concierne a los asuntos eco-

- nómicos, que lo será la Secretaría Permanente del Tratado de Integración Económica Centroamericana (SIECA);
- con el carácter de órgano de asesoría y consulta, la reunión de los Vicepresidentes o Designados;
- c) además, el Parlamento Centroamericano, como órgano de planteamiento, análisis y recomendación, que se regula por su propio Tratado Constitutivo y sus Protocolos;
- d) la Corte Centroamericana de Justicia, que garantiza la interpretación y ejecución del Protocolo, sus instrumentos complementarios y los actos derivados;
- e) y, por último, el Comité Consultivo, integrado por los sectores empresarial, laboral, académico y otras fuerzas vivas del Istmo, con función de asesor de la Secretaría General, en cuanto a la política de organización en el desarrollo de los programas.

De especial relevancia es el artículo 35 del Protocolo, al señalar que su normativa y la de sus instrumentos derivados y complementarios, prevalecen sobre cualquier convenio, acuerdo o protocolo suscrito entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre materias relacionadas con la integración centroamericana, pero dejando vigentes todos esos antiguos instrumentos, cuando sus disposiciones no se opongan u obstruyan al nuevo orden.

Afirma el Lic. Alfaro que **"El Protocolo de Tegucigalpa es abiertamente humanista; por tanto su adhesión no es un proceso sólo de los gobiernos. Desde el momento en que dice fundarse en los derechos humanos y la democracia participativa, implica que todos los habitantes, como sujetos protagónicos de ese proceso, están involucrados, tienen obligaciones y les pertenece esta vivencia..."**.⁷

Se entiende, por consiguiente, que de nuevo los países de la región intentan integrarse en

6. HERRERA CÁCERES, H. Roberto, *op. cit.*

7. ALFARO RODRÍGUEZ, José Miguel, *op. cit.*

un solo bloque de relevancia, a partir de los fundamentos básicos del irrestricto respeto a los Derechos Humanos, y la promoción y defensa de la conformación del poder político interno, entendido como el mandato que es consecuencia del ejercicio del sufragio universal, libre y secreto.

Es evidente que la intención es la de disponer de los medios jurídicos necesarios, para

que Centroamérica se manifieste como una Región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo, como lo indica textualmente el artículo 3 del Protocolo.

El desarrollo del Sistema se hace, por ahora, con base en cuatro subsistemas: económico, social, cultural y político, los que todavía se encuentran en el proceso de aprobación y estructuración.

IV. EL TRATADO DE INTEGRACIÓN SOCIAL

El proceso de integración, según lo dicho, se conduce hacia la aprobación de los instrumentos necesarios para dotar al sistema de la adecuada organización jurídica. Se han ido formalizando, por separado, los tratados de los distintos subsistemas y con tal propósito, el 30 de marzo de 1995 se firmó el Tratado de Integración Social Centroamericana, por los Gobiernos de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

En el proceso de aprobación interna del Tratado en Costa Rica, es obligación constitucional contenida en el artículo 10 de la Constitución Política, someter a consulta el proyecto ante la Sala Constitucional, la que debe ejercer la opinión consultiva en forma preceptiva.

La Sala absolvió la consulta en su Resolución Nº 4638-96 de las 9,03 horas del 6 de setiembre de 1996 y como aspectos de interés, no solamente por el valor que tiene para el proceso de integración, sino por provenir de la Sala Constitucional, cuya jurisprudencia y antecedentes son vinculantes erga omnes (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), se analizaron los siguientes:

- a) el reconocimiento expreso de que el proceso de integración centroamericano se inició en la década de los años sesentas, siendo lo actual, una etapa más de esos esfuerzos conjuntos;
- b) la declaración del principio esencial del Derecho comunitario, en el sentido de que penetra el orden jurídico interno de los países miembros, con aplicación inmediata, efecto directo y con primacía por sobre ese orden interno;

- c) la compatibilidad de establecer un sistema regional con la Constitución Política de Costa Rica, en virtud de lo que dispone expresamente el artículo 7, en el sentido de que los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tienen desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes;
- d) la confirmación de una antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en voto de minoría, en el sentido de que **"...No es dable rebasar la Carta Política, en su letra o en su espíritu, visto que en ella se fijan los principios fundamentales del Estado y se establecen, por consecuencia, los límites de acción de los Poderes Públicos, así en lo sustancial como en lo formal y tanto en lo interno como en lo externo"**; consecuentemente, no es válido aprobar tratados internacionales que reduzcan los niveles de protección de los derechos fundamentales;
- e) la distinción entre los tratados institucionales, que son los que articulan y estructuran el sistema y sus instituciones y los normativos, que son los que desarrollan las competencias que se transfieren a la organización comunitaria.

Los tópicos examinados por la Sala conducen, a no dudarlo, a poner en discusión para los estudiosos del Derecho y de la política, los alcances del Derecho comunitario.

V. REFLEXIONES SOBRE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA

Dicho todo lo anterior, resulta ser que el desiderátum de los países centroamericanos es la elección que se debe tomar, entre convertirse en una compleja organización comunitaria —lo que conduciría a una posible unión económica y política—, para enfrentar el reto que impone la globalidad del futuro; o por el contrario, seguir actuando individualmente, pero con la expresión casual de actos conjuntos, según se presenten las coyunturas históricas, como hasta ahora ha sucedido.

Encuentro que el proceso de integración centroamericano está un poco desorientado, no en el determinar las metas y objetivos que persiguen los países miembros, sino en el natural ejercicio que debe hacer la dirigencia política, de influenciar en lo interno de cada una de las naciones, para transmitir a los habitantes las bondades, razones de conveniencia y la oportunidad de ingresar en una organización de este tipo.

Es sabido que la creación de un esquema comunitario modifica tanto las relaciones entre los Estados miembros como los derechos de sus nacionales, y de él, surgen a lo largo de su vida, múltiples cuestiones que sólo la madurez, la experiencia y el esfuerzo conjunto pueden superar; todo ello hace suponer, en consecuencia, que el de integración sea un largo proceso en el que no se pueden "saltar" etapas, intentando encontrar vías que acorten el tiempo del proceso.

Estimo que desde esta perspectiva, los dirigentes políticos de los países centroamericanos están claros al concebir la unión como el instrumento idóneo para la defensa de sus intereses comunes, pero no advierto, en la situación actual de las cosas, que se haga la luz en el sentido de optar por una construcción federal; o si fuera del caso, por una redefinición de las nacionalidades, con el fin de unificar la aplicación de las políticas internacionales, pero únicamente en el campo económico.

Es notorio que Centroamérica retoma, a partir del acuerdo de Esquipulas, las antiguas ideas comunitarias, en un nuevo intento por buscar la integración; pero en mi criterio, el

proceso es lo bastante inicial para que resulte evidente que carece de definiciones completas de hasta dónde se pretende llegar.

Bastaría con recordar el proceso de integración europeo, para advertir que es probable que Centroamérica deba pasar por el mismo tamiz, si se mantienen las ideas de la integración.

Recordemos que en la década de los años cincuentas, el fracaso relativo a la Comunidad Europea de Defensa, abrió el camino del funcionalismo en materia económica, en tanto en lo político provocó que la vía a utilizar fuera la interestatal y no es sino en el Informe de Luxemburgo de 1970, cuando se sientan las bases de lo que se ha denominado "la Cooperación Política Europea", proceso este que se complementa en 1974 con la transformación de las Cumbres Europeas en el Consejo Europeo, que es el que establece las líneas directrices de la Comunidad Europea y de la Cooperación Política Europea; completándose con el desarrollo de la "doctrina de los dos pilares (el comunitario y el intergubernamental)" de 1985 del Acta Única Europea y hasta el Tratado de Unión Europea. El resultado final, aún está por verse.

Pero de todas formas, estos largos años de gestación de la Unión Europea, con los múltiples problemas que ha tenido que solucionar, constituye, con mucho, el más digno ejemplo que a mi juicio debiera seguir Centroamérica en sus esfuerzos por constituirse en una verdadera región unida.

Desde luego que es necesario dejar señalado que los países centroamericanos acusan una calificada ausencia de vocación federal; que la política de producción y aprobación de instrumentos parciales, para resolver asuntos concretos y a veces causales, no ha ayudado a conformar un auténtico esquema integracionista; y por último, que la complejidad con que se han concebido las modificaciones y adecuaciones de esos instrumentos, para hacerlos efectivos, no han dado un conveniente resultado. Estos factores implican, desde mi punto de vista, que se debe hacer un esfuerzo por

crear una estrategia general, un marco de referencia al que se pueda acudir con seguridad, para proyectar en el tiempo, el desenvolvimiento, la conformación y la creación jurídica de los órganos concebidos en el Sistema de la Integración Centroamericana.

Aclaro lo anterior de la siguiente manera:

- a) desde los años cincuentas hasta la fecha, lo que ha existido es un intento por establecer una comunidad económica, que no dio los frutos que se esperaban de ella;
- b) los cambios sociopolíticos ocurridos en la región y la adhesión incondicional a desarrollar el principio democrático y a lograr la instauración del Estado de Derecho en todos los países, ha conducido a pensar que de esa etapa inicial —históricamente demostrado que quedó incompleta— se

pueda incursionar pasando a un nuevo esquema que implicará la atribución de competencias que normalmente le corresponden a los Estados, al sistema de integración, lo que deberá manifestarse en un nuevo sistema de regulación jurídica de las relaciones entre los ciudadanos, entre los pueblos y entre los estados miembros;

- c) el paso se ha dado sin evaluar, a ciencia cierta, si los países centroamericanos están culturalmente maduros para ingresar en un proceso de integración social y político, puesto que los niveles alcanzados por cada uno de los países miembros, es, a veces, radicalmente distinto, como distintas, también, las más recientes experiencias en la evolución hacia las formas democráticas de gobierno.

VI. CONCLUSIONES

Centroamérica no ha escapado —con evidentes variantes propias de cada país— de la corriente del llamado constitucionalismo social; los hechos históricos de la segunda parte del siglo que termina, han provocado profundas transformaciones que conducen, como he dicho anteriormente, a la consecución, en cada país, de un Estado de Derecho fundamentado en la democracia, en la forma como lo expresa el distinguido autor Manuel García-Pelayo, según la cita que de él hace el Profesor Ricardo Combellas en su obra "Una Constitución para el Futuro", que refiriéndose a lo que llama "la tríada conceptual conformada por el Estado Social y Democrático de Derecho", ha expresado lo siguiente:

"Cada uno de los términos sin perjuicio de su propia autonomía está vinculado con los demás mediante relaciones de coordinación que, de un lado, establecen limitaciones a su desarrollo y, de otro, amplían sus posibilidades de realización, lo que en sus términos más generales significa lo siguiente:

- i) El componente social no podrá desarrollarse ni autoritaria ni arbitraria-**

mente, sino por métodos democráticos y sometido a la disciplina del Derecho. Pero, a su vez, el principio democrático es la garantía de que los intereses sociales sean atendidos por la legislación y las políticas gubernamentales en proporción a su menor o mayor presencia en la sociedad. Su vinculación al Estado de Derecho asegura, por su parte, la realización ordenada de los valores sociales y garantiza su respeto frente a posibles actos arbitrarios en los poderes públicos.

- ii) El componente democrático encuentra sus límites en la estructura normativa del Estado de Derecho, a la vez que es generalmente considerado como una parte integrante y esencial de éste. Su contenido se amplía a la dimensión social, que pone, a su vez, los límites al decisionismo democrático, ya que debe respetar los valores sociales constitucionalmente protegidos.**

- iii) El formalismo del Estado de Derecho no podrá extenderse hasta bloquear los**

valores sociales y democráticos, a la vez que la orientación hacia estos valores contribuye a que el Estado de Derecho no degenera hasta convertirse en un simple Estado legal compatible con formas autoritarias o con cualquier especie de contenido material».⁸

Pero si Centroamérica se encuentra en esta etapa inicial de la conformación de una estructura política, basada en el Estado de Derecho y se pretende que éste sea, simultáneamente, objeto de reformas para lograr estructuras políticas más eficientes y que logren promover en forma acertada el desarrollo de estos pueblos, entonces pareciera más que conveniente que el proceso de integración estuviera influenciado, directamente, por la definición multilateral de los estados miembros sobre qué es lo que se quiere y cómo se pretende lograr esas metas.

Indudablemente que a partir de estas dos ideas que apenas se esbozan, surge una antinomia procesal: se deben organizar y estructurar internamente, primero y en forma preferencial las partes (los países miembros); o es posible, simultáneamente, promover la reforma de los Estados miembros y a la vez, desarrollar el sistema de integración propuesto.

De todas formas, cualquiera que sea el derrotero que escojan los países centroamericanos, también deberá observarse que la homologación constitucional del ordenamiento

interno y el comunitario es vital para evitar que se puedan cometer deslices que lleven a disminuir los derechos fundamentales de los nacionales.

En otras palabras, una cosa es la cooperación para el desarrollo humano y económico, creando, eliminando o renovando instrumentos jurídicos para lograr un concepto de unión; y otra cosa muy distinta, es mantener el régimen interno como reflejo de la idiosincrasia de cada país, pero en armonía con el modelo integracionista.

Por ello, en mi manera de ver las cosas, pareciera que la primera trinchera para promover un esquema adecuado, debe ser el necesario balance que debe hacerse desde el punto de vista constitucional, para evitar que la política de desarrollo que se fundamente en el sistema centroamericano, concebido dentro del Derecho comunitario, no sea, ni pueda ser en el futuro, una simple política común pero vacía de contenido, como sucedió con los ejemplos que recordamos de la integración económica.

En vez de ello, creo que debe insistirse mucho más en hacer realidad los mecanismos de coordinación, de conciliación de intereses mutuos, de definición de competencias estatales y comunitarias, de firma y aprobación de textos jurídicos explícitos y por último, de vías claras y expeditas para la resolución de controversias y todo ello, hasta que se alcance una idea final de la unión que se pretende.

8. GARCÍA-PELAYO, Manuel, «Obras Completas», II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 1664. Citado por COMBELLAS, Ricardo en «Una Constitución para el Futuro», Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1994, pág. 19.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO GENÉTICO

Dra. VALERIA ANTOS*

ÍNDICE

	Pág.
Conclusiones	22
Responsabilidad del Estado	22
Responsabilidad del Cuerpo Médico:	24
Ante los padres	24
Ante el niño	26
Ante el donante	26
Responsabilidad de los padres	27
Responsabilidad del donante	29
Referencias	29

* FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, REPÚBLICA ARGENTINA.

CONCLUSIONES

¿Quién será responsable por las generaciones aún no nacidas?

El avance obtenido por la ciencia en áreas específicas como la biotecnología y la genética, nos llevan a plantearnos nuevos interrogantes respecto de su regulación.

La materia está impregnada de consideraciones éticas debido a las trascendentes consecuencias que provoca la implementación de procesos de fecundación asistida y de experimentación con material humano, los cuales ponen en riesgo el derecho a la dignidad del hombre y el de heredar una estructura genética no modificada artificialmente.

La ciencia no proporciona una legitimación a priori de aquellas investigaciones que pueden acarrear grave perjuicio para la humanidad ni de aquellos procesos y tratamientos donde el daño infligido al paciente y su grupo familiar es irreversible.

La legitimidad necesaria para continuar el avance científico debe partir de un contenido ético, que se halle plasmado en una regulación específica, y debe lograr efectividad por medio del control sanitario policial que ejerce el Estado.

Hasta tanto el Estado no asuma su responsabilidad en el tema, todo esfuerzo por encontrar un marco normativo adecuado, se diluirá

por la desidia de quienes no toman la decisión política de proteger su herencia genética.

Asimismo, no debemos olvidar que el médico, genetista o investigador responden por los perjuicios provocados con su accionar a los particulares, víctimas de su impericia, negligencia; como así también objetivamente por la deficiente utilización del instrumental y tecnología de alta complejidad, especialmente responden ante el niño gestado con defectos genéticos irreparables, aun respecto del daño moral que tales dolencias le ocasionan como a su grupo familiar.

El ámbito de la responsabilidad por daño genético, es campo propicio para la existencia de sanciones tanto administrativas como penales cuando la aplicación de la ley sustantiva así lo permitiera, como también para la reparación civil, objetiva, subjetiva y por daño moral.

El campo de las experimentaciones biogénicas, su constante avance y su materialización imponen delinear con urgencia la responsabilidad que enfrentan los científicos, no para detener el progreso sino para no dejar librado al libre albedrío del médico o del investigador la utilización de la información genética de la humanidad, y para reparar en alguna medida los daños que la utilización de las mencionadas técnicas hubiere ocasionado.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El Estado es el primer responsable por las consecuencias dañosas que el empleo de las modernas técnicas de biogenética pudiera causar, no solo a la comunidad en general sino también a los particulares damnificados.

Es el responsable administrativo porque le corresponde controlar los servicios que se prestan dentro del Sistema Nacional de Salud, tanto los brindados por establecimientos públi-

cos como privados; poseyendo facultades reglamentarias, fiscalizadoras, consultivas y actuando en delegación-cooperación con los colegios profesionales (Policía Sanitaria).

Actualmente se encuentran en la República Argentina diversos proyectos en proceso de trámite parlamentario, estando los mismos destinados a reglar el desenvolvimiento de las técnicas de fecundación humana asistida y las

investigaciones en biogenética. El derecho comparado ha legislado coincidentemente la necesidad de tecnificar y legislar respecto de la prestación de servicios de procreación asistida y la profilaxis de enfermedades de transmisión hereditaria, debido al impacto de alcance general (mundial) que las mencionadas técnicas involucran.

Los legisladores están de acuerdo en resguardar la salud e identidad génica de la población de sus respectivos estados, imponiendo a los científicos la obligación de actuar bajo rígidas normas de fiscalización estatal y sometidos a leyes especiales de salud pública.

Así lo establecen en la República Argentina distintos proyectos de ley¹ como también en derecho comparado.²

La nueva legislación, en estos momentos en discusión, deberá aportar soluciones sobre diversas cuestiones, muchas de ellas extremadamente técnicas, pero el esfuerzo que actualmente requiere rendirá frutos no solo en cuanto al ordenado desarrollo de los procesos de fecundación asistida y experimentación sino también al reparto de las responsabilidades que generen la implementación de las mencionadas técnicas.

Los principales temas a legislar abarcan los más variados problemas, a saber:

- Asesoramiento técnico jurídico a colegios profesionales e instituciones dedicadas a llevar a cabo procesos de fertilización asistida.
- Regulación y sanción de las contravenciones cometidas en el desarrollo de experimentación-investigación en genética humana.
- Planteamiento de los requisitos indispensables para el correcto desenvolvimiento

de las técnicas de procreación; v. gr.: consentimiento informado, gratuidad de las donaciones del material humano, anonimato, condiciones clínicas del donante y

- Condiciones de donantes, receptores, crioconservación, banco de espermatozoides y óvulos, bancos de gametos, bancos de información genética, etc.

El Estado tiene la responsabilidad de preservar la salud general, cumpliendo con su función legislativa, fiscalizadora-administrativa, y en casos muy particulares respondiendo subsidiariamente ante los damnificados, cuando por imprevisión o incumplimiento de su función de policía sanitaria no sancionó contravenciones que conllevaron a hechos dañosos.

Existen antecedentes jurisprudenciales en la República Argentina, así el caso de contagio masivo de virus de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) por medio de la deficiente prestación (contravencional) del servicio de hemodiálisis, en una institución privada, que redundó en la responsabilidad subsidiaria del Estado Provincial por no haber cumplido éste con las requeridas inspecciones.³

Analógicamente se podría aplicar idéntica solución en contravenciones que pongan en peligro no solo la salud y condiciones de vida de los damnificados en los procesos de fecundación asistida, sino cuando dichas técnicas u otros métodos de investigación-experimentación den lugar a manipulaciones génicas por medio de las cuales se afecte la identidad genética de la población, con las repercusiones que dichas consecuencias dañosas pueden acarrear.

1. Proyecto Storani-Laferrère: art. 4. Proyecto Gómez Miranda: art. 12.

2. Denmark Law 03/06/87: art. 1. Israel Rules 1981, arts. 1, 2. España Ley 1981, art. 4. Sweden Law, art. 3. U.S.A. Federal Regulation Biomedical Ethic Board, T. 42 S. 275.

3. Fallo reseñado en Semanario Jurídico Córdoba 1035 p. 477 ss. 04/05/95.

RESPONSABILIDAD DEL CUERPO MÉDICO

La complejidad que involucra llevar adelante las técnicas de fecundación asistida determinan la existencia de una extensa red de relaciones de intercambio. El proceso es concluido por un equipo médico y participan en él gran cantidad de profesionales de la salud (biólogos, bioquímicos, genetistas, ginecólogos, radiólogos, laboratoristas, obstetras, etc.). Es indudable que la responsabilidad que analizamos tiene fuente contractual y que la prestación comprometida no es un objeto determinado sino la obligación de comprometer los medios, condiciones y personal adecuado para llevar adelante el proceso con eficacia y seguridad.

Comprobada la responsabilidad de uno de los integrantes del equipo por los daños causados al paciente, cae por sí la responsabilidad directa del jefe o director pues en su

persona concentra las funciones de dirección y coordinación.

Se trata de obligaciones concurrentes e indistintas que afectan a todo el grupo de profesionales, salvo a aquellos miembros que pudieran demostrar que no tuvieron participación en el accionar dañoso. Cuando los perjuicios causados son resultado de la utilización de instrumental defectuoso, la responsabilidad es extracontractual⁴ y surge del deber de garantizar al paciente que no sufrirá daño por fallas en los elementos utilizados en la prestación asistencial.

La responsabilidad médica se pone de manifiesto respecto de los diversos sujetos que intervienen en los procesos de procreación o investigación; los padres, los donantes, el concebido.

RESPONSABILIDAD ANTE LOS PADRES

Algún sector de la doctrina sostiene que la persona por nacer no puede materializar derechos a favor de terceros, sus padres, sino desde su nacimiento con vida y consideran que el *nasciturus* no posee existencia independiente de su madre.

Este es un concepto anacrónico dado que la ciencia misma ha reconocido que el embrión posee vida autónoma y expectativas de un "propio existir". Su derecho a nacer es una manifestación del derecho de vida reconocido por las convenciones de derechos del hombre.⁵ Es correcto aducir que si este derecho es

protegido por medio de la penalización del aborto⁶ y de otras consecuencias jurídicas que se le atribuyen, las expectativas cifradas en el nacimiento de este nuevo ser, también merecen ser protegidas.

La doctrina se divide al analizar los argumentos de dicha protección. Ciertamente sector admite que la vida humana tiene valor *per se*, por lo cual la pérdida del embarazo debe ser indemnizada (daño material), aunque para esta teoría se hace difícil seguir su razonamiento para establecer el *quantum* del daño en virtud de la gran trascendencia axiológica del derecho a la vida.

4. Conforme la regulación argentina art. 1113 del Código Civil.

5. Decl. Univ. de Der. del Hombre, art. 25 inc. 1). Conv. sobre Der. del Niño, art. 24. Pacto de Der. Econ. y Soc., art. 12. Conf.: Tratado de Der. Constitucional Argentino, T. III, p. 177 ss. German Bidart Campos, Ed. Ediar, 1991, Bs. As.

6. Como lo es en la legislación latinoamericana y en la argentina. Cfr.: art. 85/ 88, Código Penal.

Otra orientación se inclina por considerarlo como pérdida de una oportunidad (ayuda económica que virtualmente los padres pueden esperar de sus hijos).

Parece más acertado considerar que el daño que los padres pueden esgrimir legítimamente por la pérdida del embarazo (logrado por medio de técnicas de fertilización asistida) es sin duda un daño de carácter no patrimonial.

En nuestro derecho no existe el requisito de que el daño moral producido por la muerte de un ser querido sea producto sólo de la comisión de un ilícito,⁷ por lo tanto el genetista deberá responder por las contravenciones en que incurriera, así como por su negligencia, impericia o incumplimiento de su obligación de garantía si se produce el aborto espontáneo del concebido fruto de los modernos procesos de fecundación. No respondería sin embargo, si dicha interrupción del embarazo tuviera lugar por causas remotas que no le fueran atribuibles y que rompieran el nexo de causalidad (v. gr.: accidente de tránsito, cuando la paciente no cumpliera las previsiones necesarias para preservar el embarazo, etc.).

Cuando el tratamiento y el cuidado de la gestación fueran delegados a un equipo de obstetras diverso de aquél que llevara adelante los procesos de fecundación, la responsabilidad por la pérdida del embrión recaerá sobre estos profesionales.

"La concepción de un hijo, por este solo hecho, importa un enriquecimiento y enaltecimiento de la persona humana, por ende digna de toda protección y respeto, aun en el caso de que no llegara a nacer vivo".⁸

Existe aún un problema por dilucidar: el *quantum* de la indemnización, pero esta es una cuestión que no le compete a la doctrina ni al legislador, sino al juez que resolverá cada caso en particular.

El genetista no se obliga a la consecución de un resultado sino que se compromete con

su paciente a llevar a cabo todos los procedimientos y poner a disposición todo el instrumental y personal, para adecuar las condiciones necesarias a fin de que el tratamiento de procreación asistida se desarrolle en forma eficiente y segura.

Las técnicas de terapia génica determinan los caracteres del nuevo ser, por lo tanto resulta contraria a la moral toda manipulación que impida al hombre realizar en plenitud la humanidad que le es propia.

Es así que los profesionales de la salud deben responder por el daño moral que le causare al paciente el fracaso del tratamiento o el nacimiento con deficiencias físicas, psíquicas o génicas, cuando estas sean previsibles, y evitables y no las evitó o no evitables y no informó adecuadamente los riesgos que involucraba el tratamiento.

Cuando analizamos los daños sobrevinientes a la procreación natural, la responsabilidad asistencial surge del incumplimiento por parte de los médicos de la prestación debida en el contrato con su paciente cuando se trata de centros de atención privados. En cambio, en los procesos de procreación asistida, al disgregar la responsabilidad del genetista y de otros profesionales, existe una mayor posibilidad de prever los perjuicios y siendo estas técnicas tan especiales por su finalidad (procrear) es lógico que la entidad de las afecciones que las mismas puedan conllevar sean consideradas también de manera particular.

Por lo expuesto cabe concluir que a los padres corresponde el ejercicio del derecho a perpetuar la estirpe con dignidad y preservando su intimidad, por lo cual todo desconocimiento de su derecho, toda manipulación de los rasgos génicos que no posean finalidad profiláctica o terapéutica, y todo daño infligido a la entidad y calidad de vida del hijo engendrado mediante las técnicas de fecundación asistida, debe ser reparado por el cuerpo médico que intervino en

7. Cf.: art. 1078, Código Civil argentino.

8. Cf.: fallo Cam. Nac. Civil, sala F 24/03/80 L.L. 1981 B, p. 62.

proceso de su concepción, aun cuando se alegue que los padres que recurren a estas técnicas

se exponen voluntariamente a los perjuicios que pueden sobrevenir.

RESPONSABILIDAD ANTE EL NIÑO

El equipo médico responde por todas las consecuencias dañosas que el tratamiento pudiere provocar al niño, ya sea las derivadas de una defectuosa selección del material humano a utilizar, como las causadas por la mala implementación, las enfermedades genéticas transmitidas y las infectocontagiosas detectables y posibles de erradicar.

Las enfermedades y malformaciones cuya transmisión no esté aún controlada por la ciencia no generan responsabilidad de los profesionales que asisten la fecundación.

Asimismo, responde por daño moral, porque aun cuando el embrión sólo sea titular potencial de derechos y no goce de capacidad de hecho, es susceptible de padecer las consecuencias dañosas del accionar médico y por lo tanto manifestar una alteración disvaliosa en su "manera de existir". En forma alguna se puede alegar que la persona por nacer no existe, ni que el niño malformado no existió de manera diversa a su malformación o que el niño debe agradecer el hecho de vivir (aun con taras genéticas) porque es mejor a no vivir. Sin duda este argumento sirve para fundamentar doctrinas en contra del aborto terapéutico pero no podría ser empleado inescrupulosamente para permitir que el genetista evada su responsabilidad.

Los médicos que se desempeñan en tratamientos de fecundación asistida no están obligados a "producir" un resultado específico, previsto en detalle en el contrato con su paciente; sólo debe cumplir con la obligación de asegurar que el proceso será llevado con cuidado y previsión de las consecuencias dañosas que pudiera acarrear a la vida que están gestando, y de las manipulaciones del material genético que aun cuando no cause daño físico pueden alterar la identidad biológica del nuevo ser y atentar contra el derecho a la intimidad de la familia en cuyo seno el niño fue concebido.

Por todo lo dicho, deben los profesionales de la salud ser conscientes de que en el transcurso de su actuar deben respetar la dignidad del embrión y de todos los que intervengan en el proceso de fecundación y asimismo de que deben responder por todos los perjuicios que su accionar provoque al menor, tanto en su posterior desenvolvimiento físico, intelectual, volitivo y en su futura vida de relación.

Sería una incongruencia sostener que en caso de pérdida del embarazo o nacimiento del niño con deficiencias génicas, responden los médicos ante los padres por el daño causado, siendo estos últimos damnificados indirectos, si no existiese mediatización es decir sin un damnificado directo sobre el cual recaiga el accionar dañoso en primera instancia.

RESPONSABILIDAD ANTE EL DONANTE

Indudablemente el equipo médico que dirige el tratamiento de fecundación asistida responderá ante el donante por los daños físicos causados durante el proceso de extracción

de gametos. Si hubiera delegados dicho procedimiento en un laboratorio o banco de material genético, será éste quien responda por los daños y perjuicios causados. Algunas legisla-

ciones prevén el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de la donación.⁹

Asimismo, puede el donante reclamar daño moral, cuando existieran secuelas que lo afectaran en su intimidad o en su vida de relación, por ejemplo cuando perdiera su capacidad generatriz, o cuando en violación a lo pactado se dé a conocer su identidad poniendo en peligro el derecho a la intimidad de su grupo familiar. El derecho del niño a conocer su origen biológico propugnado por la Convención

de los Derechos del Niño en su art. 6 y otras convenciones sobre derechos humanos, que fueran ratificadas por la Constitución de la República Argentina, las cuales poseen actualmente jerarquía constitucional al ser incorporadas al texto de la nueva constitución reformada durante 1994, estarían en marcada contradicción con el derecho del donante y su familia de conservar su anonimato, por ende deberá el legislador establecer una jerarquía y respetar en la nueva regulación los derechos ya enunciados en la Carta Magna.

RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES

La ciencia y la técnica en su evolución ha modificado no solo los principios generales de la responsabilidad civil sino también el contenido de otras obligaciones que surgen de las diversas relaciones jurídicas; entre ellas las relaciones paterno-filiales.

Sabemos que la procreación es uno de los fines reconocidos al matrimonio y que las obligaciones y prerrogativas que surgen de las instituciones de la filiación y el matrimonio son reguladas por el Derecho de Familia.

Del análisis de ambos institutos se desprende la existencia de dos derechos simétricos: de los padres a procrear y de los hijos a nacer.

Asimismo, estos son derechos cualificados, es decir: los padres tienen derecho a procrear a pesar de los riesgos que pueden generar en la vida naciente y los hijos tienen derecho a nacer con dignidad.

¿Responden los padres por el daño que provocan a sus hijos nacidos con disminución

o defecto de sus capacidades o facultades? ¿Existe actuar antijurídico culpable en el acto de procrear?

En primer lugar el derecho de procrear está contenido en uno más amplio, el derecho a la intimidad (y dentro de éste, en el derecho a la intimidad sexual), por lo cual bajo ninguna perspectiva los padres pueden ser responsables por el ejercicio de un derecho que les fuera reconocido, que al mismo tiempo constituye un deber: obligación marital y que implica un fin último del matrimonio.¹⁰

No podemos afirmar que mantener relaciones sexuales y sus consecuencias, entre ellas la procreación, puedan generar responsabilidad objetiva derivada de la práctica de actividad riesgosa; tampoco podemos atribuir responsabilidad subjetiva,¹¹ porque para ello sería necesario determinar atento las condiciones personales de cada pareja, su posibilidad de previsión y evitación del daño lo que nos llevaría a la práctica de la eugenesia

9. Cf.: Sweden Law, Denmark Law, y en el mismo sentido en R. A. Ley 24.193 de Transplantes de Órganos, art.16.

10. Cf.: Tratado de Derecho Constitucional Argentino. Bldart Campos German, Ed. Edlar, Bs. As., 1991, tomo 1, p. 253 ss. Libertad del individuo consiste en tener expedito el campo propio de los derechos personales y liberarse de interferencia en la moral personal o autoreferente, siempre que no afecte la moral intersubjetiva. Derecho a la Intimidad, reconocido en Pacto de San José de Costa Rica, art. 11 inc. 2/3.

11. Cf.: Código Civil argentino, art. 512, lo identifica con el concepto de culpabilidad.

negativa,¹² no como selección de lo mejor, sino como rechazo de lo peor, dependiendo la decisión de lo que conviene descartar de parámetros sociales absolutamente inestables y de lo que cada pareja considera dañino para esa nueva vida en gestación.

Las teorías que fundamentan la obligación de los progenitores de reparar los defectos congénitos de sus hijos, podrían tener aplicación en aquellos países donde es admitido el aborto terapéutico, no en aquéllos, donde como en el nuestro se penaliza el aborto, donde los padres no pueden invocar un interés legítimo en interrumpir un embarazo.¹³⁻¹⁴

Existen en el derecho comparado antecedentes jurisprudenciales que tratan el tema desde la década de los cincuentas, los mismos acogen las diversas teorías que en el ámbito del derecho han evolucionado de la mano con la ciencia. Todos ellos han hecho mención de diversa manera a la irresponsabilidad de los padres en el acto de procrear, conociendo las posibles consecuencias dañosas que podría soportar el nuevo ser, y han analizado con detenimiento la jerarquía de prelación de derechos en pugna.

El derecho a la vida es el primero en dicha escala de valores,¹⁵ porque todas las demás prerrogativas se gozan a partir de que se radican en la vida humana, debiendo respetarse este derecho desde el momento de la concepción, porque el individuo desde entonces sólo experimenta evolución mas nunca cambio sustancial.

Siguiendo este razonamiento, sería ilógico otorgar legitimación activa al niño que ha nacido con deficiencias génicas contra sus padres, porque la opción hubiera significado interrumpir su vida en gestación, y en nuestro

derecho nadie está legitimado a peticionar su muerte ni se admite el aborto terapéutico; tampoco sería aconsejable legitimarlo, en virtud del principio de estabilidad y conservación de la familia, el cual implica el mutuo respeto de sus integrantes.

Asimismo, los padres también son damnificados por las deficiencias de sus hijos; es un dolor compartido, y en el ámbito patrimonial deberán procurar el tratamiento de sus afecciones y solventar los gastos adicionales que un hijo disminuido puede ocasionar, conforme lo establecen las obligaciones que surgen del ejercicio de la patria potestad.

No tendría sentido reclamar una indemnización que en rigor de verdad no implica ni una transferencia patrimonial ni un cambio de destino de los respectivos fondos. La responsabilidad de los padres que acceden a técnicas de fecundación asistida es idéntica a la de los padres que procrean naturalmente; aunque dichos procedimientos involucren un deber mayor de previsión y profilaxis de determinadas enfermedades, las mencionadas obligaciones recaen en el cuerpo médico y no sobre los progenitores, cuyos deberes respecto del concebido se desenvuelven en el campo de las relaciones de familia; por ende corresponde responsabilizar al genetista que informó erróneamente o que consintió el tratamiento no obstante los riesgos que implicaba para el niño por nacer.

Si bien el avance de la ciencia influye en el progreso de la humanidad, no podemos permitir que dicho desarrollo signifique hacer manipulable la concepción misma del hombre ni alterar los principios básicos de las relaciones paterno-filiales.

12. Cf.: Elisabeth Beck-Gersheim rev. UNESCO, Jul. Dic. 1986, p. 480 ss. Andrew C. Vargas, *BIOÉTICA*, De. San Pablo, 1994, p. 97 ss.

13-14. Cf.: Código Penal argentino, art. 85/7. Convención Americana de los Derechos del Hombre, art. 4.

15. Cf.: Tratado de Der. Constitucional argentino. De. Ediar, 1991, German Bidiart Campos, tomo 3, p. 177. Cf.: Dec. Univ. Der. Humanos, art. 25, inc. 1). Dec. Der. del Niño, art. 24. Pacto de Der. Econ. y Soc., art. 12.

RESPONSABILIDAD DEL DONANTE

Para comprender la situación del donante de material genético hay que establecer un paralelismo con el donante de órganos. En el derecho extranjero (España, Israel, Gran Bretaña, Suecia, etc.) y en nuestros proyectos de regulación la donación de gametos debe ser gratuita. Prima en estos actos de disposición del propio cuerpo, un interés social, en caso de la donación de órganos: la prolongación o el mejoramiento de la calidad de vida, en la donación de material genético: la concepción de un nuevo ser (un hijo).

Por ende mientras la donación mantenga sus rasgos de gratuidad y anonimato¹⁶ no pue-

de atribuírsele al donante responsabilidad en caso de la transmisión de afecciones génicas o hereditarias; es obligación del equipo médico realizar los análisis correspondientes para determinar la idoneidad y compatibilidad del material donado, eliminando toda posibilidad de transferencia de patologías.

El donante no responde ante los receptores ya que entre ellos no debe haber relación ni conocimiento, ni ante el niño concebido con quien se obliga a romper todo lazo jurídico, ni ante los médicos porque a ellos compete la obligación de garantizar el mejor desenvolvimiento del proceso de fecundación asistida.

REFERENCIAS

ANDRUET, Armando S., *"La eticidad de las ciencias médicas"*, E.D. 127 830 ss.

BANCHIO, Eduardo Carlos, *"Daño genético y responsabilidad civil"*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1990.

BELLUSCIO, César A., *"Aspectos jurídicos de la fecundación extracorporal"*, L.L. 1987, C 929 ss. *"Obligaciones de medios y resultado. Responsabilidad de los sanatorios"*, L.L. 1979, C 19 ss.

BERGOGLIO, María T.- FOURCADE, María, tesis doctoral. *"La responsabilidad civil: los profesionales de la salud"*, U.N.C., 1987, 174 p.

BUERES, Carlos, *"Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos"*, Bs. As., 1979.

BUSTAMANTE ALSINA, *"Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de la profesión"*, L.L. 1976, C 63 ss.

BIDART CAMPOS, German, *"Tratado de Derecho Constitucional argentino"*, tomos 1/3, Ed. Ediar, Bs. As., 1991.

BORDA, Guillermo J., *"La genética actual y el Derecho de Familia"*, L.L. 1988 A 661 ss.

ECHEVESTI, Carlos, *"El daño moral: legitimación activa y pasiva"*, L.L. 1992 A 904/9.

HOOFT, Pedro, *"Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica"*, E.D. 124 685 ss.

16. No existe uniformidad respecto de la obligación de mantener el anonimato en las donaciones en el derecho comparado, ni tampoco respecto de las situaciones de excepción que permitirían revelar la identidad del donante. En nuestro derecho, mantener el anonimato sería incompatible con el principio de realidad biológica que prima en las relaciones de familia y con el derecho reconocido al niño en la Conv. de Derechos del Niño, art. 6, de conocer su origen biológico. Convención que al ser incorporada al texto de la Constitución reformada en 1994 le otorga al derecho jerarquía constitucional.

II JORNADAS MARPLATENSES DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO, Comisión 1º, *"El impacto de la biotecnología en el derecho"*, 1992, República Argentina.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *"Legitimación activa para reclamar daño moral"*, E.D. 140 892 ss. *"Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano"*, E.D. 153 929 ss.

PROYECTOS LEGISLATIVOS STORANI-LAFERRIERE GÓMEZ MIRANDA en *"Derecho de Familia"*, N° 6, Córdoba año 1991.

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO SUIZO DE DERECHO COMPARADO, De. Schulthess Polgraphischer Verlag Zürich 1990.

VARGAS, Endrew C., *"Bioética"*, Ed. San Pablo, Colombia, 1994.



NOTAS SOBRE LOS DESAFÍOS A LA UNIFICACIÓN JURÍDICA EN AMÉRICA LATINA

Dr. Julio Fernández Bulté*

Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Al introducir unas brevísimas reflexiones sobre las expectativas y desafíos relacionados con los actuales procesos de integración en América Latina y el papel que en ellos pueda y deba desempeñar el Derecho Romano, he pretendido únicamente traer a la consideración de este foro un ángulo del asunto que me parece que no puede ser desatendido. Al hacerlo quiero insistir en que se trata, a mi juicio, de la constatación objetiva de una situación real que nos obliga a asumir el problema con todo realismo, aunque no se me escapa que a su vez supone un enfoque metodológico que seguramente algunos cuestionarán. Quisiera entonces, ante todo, dejar constancia de que no pretendo tender un velo de pesimismo sobre nuestras reflexiones, sino quizás todo lo contrario, elevar nuestra percepción del asunto en función de calar en toda su profundidad el desafío que afronta en el momento actual el Derecho Romano.

Parto entonces de la extraordinaria investigación del Prof. Sandro Schipani, publicada bajo el título de "Los códigos latinoamericanos de la **transfusión** del Derecho Romano y de la independencia hacia códigos de la **mezcla** y **códigos tipo**."¹

Asumo las conclusiones de Schipani y ello me ahorra tener que repetir conceptos y reiterar discursos sobre cuestiones tales como el universalismo del Derecho Romano, el papel

del derecho justiniano como **ius Romanum Commune** y la influencia global de ese Derecho Romano sobre la producción jurídica de las antiguas colonias portuguesas y españolas.

Quisiera entonces centrar la atención en las observaciones de Schipani en cuanto al perfil de lo que él llama modernos códigos latinoamericanos, para examinar si, y hasta qué punto, esos elementos siguen encontrándose en las alternativas políticas y jurídicas de hoy, en punto a un camino de posible integración.

Schipani subraya atinadamente que esos códigos que él llama de la transfusión son obras confiadas a juristas con formación romanista y que además están integrados activamente a la práctica del Derecho y vinculados políticamente a los nuevos poderes políticos.

Me parece muy aguda la observación de Schipani en el sentido de que en el debate en torno a la codificación que se observa en esos momentos, en América Latina, de hecho se someten a discusión general los temas controvertidos en Europa, pero *"ligada esa discusión a la perspectiva específica de la afirmación de la independencia."*²

No quisiera soslayar que en esos trabajos de codificación, casi siempre colegiados, descolló siempre una figura cimera o, en otros casos se trató de encargos directos: código chileno de Andrés Bello; **Consolidação o**

* Seminario sobre Unificación del Derecho y Derecho de la Integración en América Latina. Roma 4-7, Dic. 1996.

1. SCHIPANI, Sandro, "Los códigos latinoamericanos de la transfusión del Derecho Romano y de la independencia hacia códigos de la mezcla y códigos tipo", texto que según el autor es fruto de una investigación sobre codificación y unificación del Derecho en América Latina que ha coordinado el autor en el cuadro del proyecto especial "Italia-América Latina", del CNR, fotocopia facilitada por el autor.
2. Ob. cit., pág. 50.

Esboço del código de Brasil, con la intervención de Augusto Texeira de Freitas y Clovis Bevilacqua, o código argentino con Dalmacio Vélez Sarsfield.

Ahora bien, hay un ángulo de este hecho histórico, sin dudas advertido por Schipani, pero temo que no suficientemente explicitado. Me estoy refiriendo a las fuerzas y sectores sociales que liderean los movimientos políticos y centran el poder en los mediados del pasado siglo en América Latina; a las formas que adopta ese poder, en dependencia de lo anterior, y a la constelación ideológica de dichas fuerzas progresistas.

Quisiera recordar que las gestas independentistas discurren como expresión de una doble pugna política: de las colonias contra las metrópolis, y al interior de las primeras, como lucha nada oculta entre una verdadera clase terrateniente feudal que derivaba su riqueza de la renta de la tierra y que en los siglos XVI y XVII *"alcanzó una riqueza y esplendor incontrastables con la situación de estancamiento y pobreza experimentada por el resto del continente"*³ y otra clase muy activa en que preponderaban latifundistas pero agroexportadores —plantadores y ganaderos— y los comerciantes propiamente dichos. Esta nueva clase, de hecho una naciente burguesía comercial portuaria, había avanzado en sus espacios económicos después de la guerra de Sucesión Española y al amparo de la casa de los Borbones y había alcanzado gran fuerza bajo el conocido como Despotismo Ilustrado.⁴ Fue esta clase la que llevó el pulso de la lucha independentista e incluso no es difícil advertir que la mayor o menor radicalidad y virtualidad de esa lucha dependió, en grandísima medida, de la mayor o menor extensión que tuviere, en

distintos lugares del continente, esa nueva clase activa y radical.

Alcanzada la independencia fue la fuerza motriz de las nuevas repúblicas, y tuvo que defenderse no sólo de posibles intentos de retrotraer la historia al pasado colonial, sino también y sobre todo de los sectores conservadores representados por el latifundismo semifeudal. Entonces es claro comprender que esa nueva clase asumió, como constelación ideológica dominante, los principios del iluminismo, del racionalismo, del liberalismo económico, librecambista y mercantilista, y también las ideas del liberalismo político que entonces no podía ser entendido sino como lo más avanzado.

Es preciso entonces significar que el movimiento codificador dentro del cual se inscriben los llamados **códigos de la transfusión** fue un proceso homogeneizado por esas raíces ideológicas, filosóficas, culturales y por una notable identidad de intereses económico-sociales de rango casi continental. Fueron, sin duda, las fuerzas más avanzadas y progresistas, que teniendo en sus manos en esos momentos el timón de muchas de las recién nacidas repúblicas, emprendieron la labor de su ordenación perspectiva y, dentro de ella, las codificaciones.

Todos los aludidos codificadores romanistas de los códigos de la transfusión fueron hombres de esa radicación social, política, filosófica y económica. Quisiera además señalar ahora sólo que el aparato estatal surgido de aquellos primeros momentos de la independencia no estaba resentido aún por transformaciones de una política parlamentaria, a la que algunos llaman política plebiscitaria y de la burocracia tradicional a la tecnocracia o tecnoburocracia.

3. PRIETO ROZOS, Alberto, *"La burguesía contemporánea en América Latina"*, Edic. Ciencias Sociales, La Habana, 1983, pág. 13.

4. No se pierda de vista que el movimiento jurista, a cuyo calor empezaron las guerras de Independencia, tuvo manifestaciones irregulares, en función sobre todo de la existencia de la clase de comerciantes, ganaderos y agroexportadores. Así por ejemplo, en México, donde predominaban los terratenientes feudales y sólo en la costa había una débil capa de plantadores, se produjo una fuerte guerra campesina. En la Capitanía General de Guatemala, sólo hubo brotes de rebeldía en El Salvador y Nicaragua. En los territorios con predominio de plantadores y ganaderos se produjeron los más fuertes movimientos liberadores que hasta 1815-1825 no vieron la incorporación de grandes masas populares.

Son esos poderes progresistas los que, como agudamente advierte Schipani, primero encargan y después promulgan tales proyectos de códigos.

Además, también lo advierte Schipani, son códigos que resultan *"de una renovación radical de la afirmación del principio de la competencia originaria del pueblo para establecer el derecho, que se junta con la tendencia a la formación de la conciencia de una específica unidad latinoamericana."*⁵

No quiero dejar de mencionar el rasgo, también apuntado por Schipani, en el sentido de que obedecen a un diseño que en ocasiones reconoce una relación entre divinidad e historia y otras, tiene de ésta una visión secularizada.⁶

Me parece también muy importante tomar nota de otros rasgos o perfiles que destaca Schipani en esos códigos de la transfusión, en cuanto a su objeto. En ese sentido apunta el profesor Schipani que son obras hechas en el marco de una ideología revolucionaria e independentista, pero qué precisamente se propone la realización del proceso revolucionario y de la independencia con obediencia al Derecho. Creo también muy significativa su conclusión de que son códigos que surgen de un movimiento cultural-jurídico sumamente vinculado a la formación del jurista, es decir, a la academia universitaria.

Es justamente a partir de esas observaciones, que me parecen inobjetables, que considero indispensable advertir que el proceso integrador y codificador de hoy, aún planteado en términos de la búsqueda de los llamados **códigos modelo** discurre en medio de circunstancias totalmente diferentes, y formando parte de un proceso histórico singular, que no podemos dejar de tomar en cuenta y que, a mi modesto entender, hace mucho más compleja la misión de integración en torno al núcleo romanístico, y mucho mayores los desafíos que

tienen que enfrentar nuestros países de América Latina.

En efecto, nuestro subcontinente está insertado actualmente en un proceso general de reorganización o reacomodo del capitalismo y de sus países de punta que tiene un impacto singular en nuestra región.

Es conocido que desde finales de la Segunda Guerra Mundial y hasta 1973 el capitalismo se orientó sobre el modelo de organización y desarrollo que algunos han llamado **keynesiano-fordista** y otros **taylorista** y que constituyó un extraordinario esfuerzo de vertebración de cuatro esferas fundamentales de la reproducción social: la esfera de la producción, la de la circulación mercantil; la del consumo social requerido y la de la reproducción de la fuerza de trabajo.

Ese modelo exigió un desempeño especial de la política y del mecanismo estatal, y el Estado asumió esos desempeños. En ese esquema, según lo ha dicho plásticamente Germán Palacio, sólo el Estado podía ser la bisagra que permitiera rotar y articular ordenadamente la esfera de la producción de colosales volúmenes de mercancías, la de su fluida circulación comercial, la del consumo social requerido y la necesaria reproducción de la fuerza de trabajo.

Pero a partir de los años 70 empezaron a revelarse los indicadores de deficiencias del modelo. Estados Unidos, que había sido el país líder del capitalismo de posguerra, vio disminuir su ventaja económica frente a los nacientes, pero ya poderosos bloques de Europa y, sobre todo, de Asia. Y comenzaron desde entonces las búsquedas de reajustes, reacomodos o, incluso de modelos alternativos. La actual política neoliberal no es más que la explicitación de ese reacomodo del capitalismo y de sus países de punta.

En ocasiones se suele simplificar el modelo reduciéndolo a la esfera del libre comercio,

5. SCHIPANI, Sandro, *ob. cit.*, pág. 58.

6. SCHIPANI, Sandro, *ibídem*, pág. 60.

pero en realidad la subversión se opera, primero que todo, en la esfera de la producción, que pasa de aquella seriada, propia del fordismo, a la que algunos llaman **especialización flexible** (Harvey 1990) o a lo que Reich denomina **producción de altos valores**.⁷

Las grandes empresas líderes son desmontadas y sustituidas por verdaderas redes empresariales universales en las que los capitales, gerencias, insumos, montajes e investigaciones, amén de la fuerza de trabajo, se difuminan a escala mundial, al punto de que es prácticamente imposible afirmar que tal o más cual empresa es norteamericana o japonesa.⁸

A los fines de nuestras reflexiones considero que es necesario tomar en cuenta algunos particulares importantes en relación con la suerte de los Estados Unidos en este reacomodo capitalista, por cuanto a ella está unido todavía, en importante medida, el destino económico, político y jurídico de nuestros países.

Por eso me parece imprescindible recordar que al ingresar en la última década de este siglo, EE. UU. lo hizo con evidente desventaja económica en relación con sus competidores europeos y asiáticos. Ambos bloques han avanzado más en el plano del reajuste económico del modelo y en la consecución práctica de los procesos de integración.

Para EE. UU. se abren entonces disyuntivas complejas. No necesariamente su desarrollo ulterior tiene que depender de la estructuración del enfrentamiento intercapi-

talista dentro de un sistema de bloques. De hecho podría avanzar hacia una globalización total, por encima de los bloques, o apoyándose en ellos.

Pero tácticamente EE. UU. está obligado, asumiendo cualquier estrategia, a recomponer los ejes de su hegemonía o, como algunos dicen, reorganizar su patio trasero. Y el patio trasero somos los pueblos de América Latina

En su lucha por rescatar el terreno perdido tienen que tender a, y están llevando adelante, un rápido proceso de integración con nuestro subcontinente, pero marcado por el signo de su absoluta dominación económica, política y evidentemente también jurídica.

Ese proceso de **integración** no supone la igualación, sino todo lo contrario. Es fácil ver que esa es la tendencia no sólo de los acuerdos encaminados a constituir tratados de libre comercio, sino que incluso otros acuerdos subregionales más auténticos, como el llamado Grupo de los Tres, el Pacto Andino o Mercosur, son sin embargo, amenazados de caer dentro de la misma tónica de dominación. En esas condiciones, la agresividad del sistema jurídico anglosajón se eleva considerablemente y pone a prueba, con altísima tensión, la capacidad de resistencia del sistema latinoamericano, que no es más que una especificidad dentro del sistema romanístico.⁹

Es imprescindible asumir con total realismo las problemáticas de hoy para nuestro subcontinente. Las mismas están muy lejos de ser, siquiera semejantes a las condiciones que

7. REICH, Roben B., *"El trabajo de las naciones"*, Edic. Javier Vergara S.A., 1993. Es bueno subrayar que Robert Reich es Secretario del Trabajo del gabinete de Bill Clinton.

8. Algunos datos pueden ilustrar lo enunciado: la famosa empresa holandesa Phillips, al inicio de la presente década, empleaba 43.500 trabajadores esparcidos en 45 países. La Seagate Technology, empresa californiana, líder mundial en la fabricación de discos rígidos, tenía en 1990 nada menos que 40.000 trabajadores, pero de ellos 27.000 laboraban en el sudeste asiático. En términos más generales, 200 empresas supuestamente norteamericanas empleaban en Singapur nada más y nada menos que 100.000 trabajadores. De modo paradójico, se sabe que la industria automotriz norteamericana despidió en EE.UU. entre 1987 y 1990 a 9.063 trabajadores, pero en ese mismo lapso la industria automotriz japonesa radicada en EE.UU. empleó a 11.050 trabajadores, de donde no sería fácil decir cuál industria respondió mejor a los intereses nacionales norteamericanos.

9. Ver al respecto a CATALANO, Pierangelo, en *Sistemas Jurídicos, Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho Romano*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo LXXXV, de la segunda época, No. 3, Madrid, 1982, editado con otros dos trabajos por el Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano.

permitieron la adopción de los códigos de la transfusión.

No estamos ante una clase social en ascenso, con pretensiones y visión continental, sino todo lo contrario, ante una extraordinaria liquidación de las economías nacionales y la erosión del Estado-nación.

No estamos ante una clase apoyada en una constelación ideológica definida, de orientación universal, dueña de un poder recién estrenado y que defendía consecuentemente, sino todo lo contrario. Estamos ante una difuminación de las fuerzas económicas nacionales; ante la desorientación de la clase política y ante el empuje de las corrientes neoliberales que comprometen el porvenir de nuestros pueblos.

No estamos ante una visión teleológica del derecho, que hacía acudir a las fuentes romanas en busca de la coherencia y la universalidad, sino ante el avance de las zonas de desregulación jurídica que crecen en favor de las prácticas comerciales cada vez más influidas por el Common Law y el utilitarismo, y ante la creciente desregulación de la vida empresarial que erosiona la unidad jurídica y compromete los intentos de homogeneización.

No estamos en fin, ante las prácticas jurisferantes que caracterizaron las primeras décadas de la pasada centuria, sino todo lo contrario, ante el crecimiento de la tecnoburocracia y los desmesurados poderes de la rama ejecutiva, amén del deterioro de las fuentes de legitimación popular del Derecho.

Creo sinceramente que no apreciar estos particulares y no medirlos en todo su calado nos puede llevar a hacer falsas transpolaciones de situaciones lamentablemente ya inexistentes.

¿Querrá decir ello que supongo estéril cualquier esfuerzo integrador y supongo imposible que el mismo se haga en torno al núcleo aglutinador del Derecho Romano?

Nada más lejos de mi ánimo e intención que sostener tal pesimismo.

Creo, por el contrario, que a nuestra América no le cabe más que un destino posible: el de su genuina y auténtica integración, y que la misma, en el plano jurídico sólo puede alcanzarse en torno al Derecho Romano, y que el

camino hacia los llamados códigos modelo puede ser estratégicamente acertado. Pero he pretendido advertir cuáles son los grandes obstáculos y en qué terreno nos movemos.

Quiero entonces significar que la lucha por la integración pasa por la lucha contra el esquema neoliberal, en algo más que su publicitada libertad comercial. Quiero significar además que ahora estamos más que nunca obligados a hacer los primeros esfuerzos en un ámbito que estuvo presente en la preparación de los códigos de la transfusión y que Schipani atinadamente indicara. Me refiero al espacio académico, de la formación de los juristas.

Nunca como hoy es imprescindible, a mi modo de ver, alcanzar una perspectiva romanística en uno de los pocos espacios en que aún podemos ejercer una influencia sensible. Sólo por excepción podríamos alcanzar iguales niveles de influencia en los espacios parlamentarios o de los ejecutivos. Sin embargo, la Universidad puede y debe devenir el eje aglutinador de un pensamiento romanístico que prepare el camino a pasos posteriores. Asumir así la necesidad de mantener y ampliar la formación romanística constituye un imperativo histórico ineludible. Así lo hemos entendido y lo defendemos en Cuba.

De igual modo creo que en esta estrategia de andar paso a paso, debemos prestar atención priorizada a las publicaciones continentales regulares, hablo de revistas, anuarios, etc., que sirvan de comunicadores y galvanizadores de este camino espinoso. No se trata, evidentemente, de un simple intento intelectual o editorialista más, sino de un requerimiento y una exigencia ineludible para la verdadera integración americana que es, por demás, el único camino de su ingreso en el Tercer Milenio con verdaderas esperanzas de decorosa subsistencia.

Quisiera terminar esta comunicación recordando algo que dije en el X Congreso Latinoamericano de Derecho Romano celebrado este año en Lima. Recordaba allí que en seminario recién celebrado en Cuba sobre los Derechos Humanos auspiciado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la

Unión Nacional de Juristas de Cuba, el Director Ejecutivo del Instituto, Prof. Cançado Trinda-de, decía que estábamos no sólo en una época de cambios, sino ante un cambio de época. Yo expresaba entonces mi acuerdo con esta visión de la actualidad y agregaba que en ocasiones, al hablar a mis alumnos un poco en broma y muy en serio, decía que el siglo presente ha sido un siglo informal, impuntual. Se instaló prematuramente, en 1901, pero en realidad el cambio de siglo se produjo años más tarde, en 1917 ó, para los que no quieran asumir esa fecha, en 1914 al iniciarse la gran crisis que supuso la Primera Guerra Mundial. Ahora el siglo se empeña en permanecer, y algunos

esperan el 2001 para dar la bienvenida al XXI, cuando ya el siglo concluyó. De hecho terminó con el derrumbe del campo socialista, que ha provocado el ingreso de la humanidad en una nueva época. Puede ocurrir que no seamos capaces de sostener inteligentemente la obra civilizatoria milenaria del hombre, o puede ser que seamos capaces de enrumbar la historia hacia caminos de racionalidad. Por eso último luchamos, convencidos además de que esos caminos pasan por la integración americana, la solidaridad, la coexistencia, la universalidad del destino humano, conseguible bajo el Derecho Romano y, en fin, la esperanza de un porvenir de justicia, allegable y sostenible.

* * *