

La Bioética Jurídica como Clave de Lectura: Breves Apuntes al Derecho de las Personas

Paula Siverino Bavio*

“Con ocasión del vigésimo quinto aniversario de nuestro Código Civil, la autora propone una interesante mirada al desarrollo de la bioética jurídica, su conexión con la constitucionalización del Derecho Privado y la influencia de estos fenómenos en el Derecho de las Personas. Del mismo modo, se propone una relectura y futura modificación de algunos artículos que entendidos a la luz de la bioética jurídica resultan desfasados y ameritan ser reformulados.”

1. Introducción

Hace poco se han cumplido veinticinco años de vigencia del Código Civil peruano, siendo quizás, una de las características más notorias de su Libro I (Derecho de las Personas) la clara apuesta por una visión humanista del Derecho, en contraste con las posturas patrimonialistas tradicionales. A lo largo de estos años han habido diversos intentos de actualización del Código, a las que proponemos sumar, como comentamos en su momento¹, el análisis de dos fenómenos “externos” al Derecho Privado que deben ser tenidos en cuenta al momento de estudiar las categorías jurídicas involucradas: uno de ellos es la constitucionalización del derecho privado y la otra es la influencia de la Bioética.

Intentaremos presentar entonces muy esquemáticamente la disciplina llamada Bioética y su área específica de la Bioética Jurídica en aras de señalar algunos conceptos del Derecho de las Personas para cuya actualización entendemos puede ser muy útil el auxilio de esta disciplina. Asimismo, en tanto compartimos una comprensión de la Bioética estrechamente ligada a los Derechos Humanos, habrá una innegable ligazón con los procesos de constitucionalización del derecho privado.

2. Breves apuntes sobre la Constitucionalización del Derecho Privado

La idea de constitucionalización del derecho que aquí trataremos está conectada con el efecto expansivo de las normas constitucionales. En este sentido, una de las consecuencias que de ello se desprenden, es la tendencia a borrar o hacer más difusas las barreras entre el derecho público y el derecho privado². Así, es patente como el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos han incorporado en sus textos numerosas normativas, que por influencia del derecho romano tradicionalmente se reputaban confinadas al derecho privado, tales como: el derecho al nombre, la identidad, la nacionalidad, los derechos de la mujer, los niños y adolescentes, cuestiones relativas al matrimonio, la unión civil, la filiación, etcétera, constituyéndose en el principal motor de la evolución del derecho de familia³, y nos animamos a decir, también del derecho de personas.

Hablar de constitucionalización del derecho implica decir que la Constitución irradia sus valores, fines y normas a todo el ordenamiento jurídico^{4,5}. Los valores, los fines y principios de la Constitución condicionan la validez y el sentido de todas las normas

* Abogada, Profesora de Derecho Civil I y Bioética y Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Directora del Observatorio de Bioética y Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 SIVERINO BAVIO, Paula. “A veinticinco años del Código Civil algunos comentarios desde la Bioética al Derecho de las Personas” Revista Persona, en prensa.

2 FAVOREU, Louis Joseph. “La constitucionalización del derecho”. Rev. derecho (Valdivia) [online]. ago. 2001, vol.12, no.1 [citado 02 Febrero 2009], p.31-43. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

3 GIL DOMINGUEZ-FAMÁ- HERRERA. Derecho Constitucional de Familia, Bs. As., Ediar, 2006, T I p.5.

4 BARROSO, Luis, Roberto. El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho Biblioteca jurídica Virtual, UNAM, p.21. <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2538/pl2538.htm>, web consultada el 20 de junio de 2008.

5 Op. Cit. p.20

infraconstitucionales⁶, entre las cuales se encuentran lógicamente el Código Civil y demás disposiciones que regulan diferentes instituciones jurídicas. Se ha dicho que la constitucionalización del Derecho presenta dos tipos de efectos: directos e indirectos⁷. Así, es posible mencionar tres efectos directos: a) la configuración del Estado se entiende a partir de la Constitución (constitucionalización jurisdicción); b) como pautas para la configuración del sistema de fuentes (constitucionalización elevación) y c) cómo esto afecta las disciplinas e Instituciones jurídicas (constitucionalización transformación). Esto último es central en el tema que nos ocupa ya que no sólo será relevante lo que afecta la institución jurídica directamente, sino también colateralmente, (veamos por ejemplo las categorías filiatorias y la cuestión de la igualdad (tema central) y su vinculación con los derechos sucesorios, (tema colateral). Entre los efectos llamados indirectos, se suelen mencionar: la modernización del derecho, porque los cambios se analizan como avances dirigidos por la lógica de los derechos fundamentales y la unificación del orden jurídico⁸.

Así las cosas, se presente otro fenómeno de importantes consecuencias: lo que podríamos llamar de manera coloquial la “internacionalización” del derecho, o cómo los Tratados de Derechos Humanos entran en la escena del derecho privado. En el Perú la Constitución Política de 1979 reconocía en el artículo 105 el rango constitucional de los Tratados de Derechos Humanos. Esto entró en discusión con la reforma constitucional del año 1993 la cual suprime la mención directa sobre el rango constitucional de los Tratados de Derechos Humanos. Sin embargo, en el año 2005 el Tribunal Constitucional en el caso “PROFA”⁹ se pronuncia claramente sobre el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, habiendo desde entonces una interpretación sostenida del Tribunal en este sentido. Lo dicho abona la idea de que ya no se trata sólo de la lectura de la Constitución, sino de la lectura de la Constitución a la luz de los Tratados de Derechos Humanos. Pero además debe tenerse en cuenta que dentro de los Tratados de Derechos Humanos, algunos instituyen intérpretes vinculantes. Así la Convención Americana de Derechos Humanos instituye dos: a) La Comisión Interamericana de DDHH (hace recomendaciones) y b) la Corte Interamericana de DDHH (emite sentencias y opiniones consultivas con carácter vinculante).

Habiendo planteado esquemáticamente este tema, pasemos entonces a la presentación de la Bioética y su relación con los Derechos Humanos.

3. Definición de Bioética

La Bioética es una disciplina joven considerada parte de la ética normativa, pero cuya vocación interdisciplinaria

ha propiciado un fértil campo de estudio en diversas áreas científicas y sociales, unidas por el interés en la reflexión sobre el presente y futuro de la humanidad. Nacida formalmente en los años setenta en el contexto de la preocupación por la regulación ética de las investigaciones sobre seres humanos, hoy, al menos en Europa y América Latina, es considerada una disciplina esencial para la supervivencia humana en tanto se ocupa de las relaciones entre ética, tecnología, sociedad, equidad y desarrollo, teniendo en vista que no todo lo técnicamente posible es éticamente recomendable.

La Bioética es definida en la primera edición de la Enciclopedia de Bioética editada por Warren Reich (1978) como “el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales”. Luego, en la edición de 1995 será definido como “... el estudio sistemático de las decisiones morales -incluyendo visiones, decisiones conductas y políticas morales- de las ciencias de la vida y la atención a la salud, empleando una variedad de metodologías éticas en un contexto ético. Las dimensiones morales que se examinan en la bioética están evolucionando constantemente, pero tienden a focalizarse en algunas cuestiones mayores: ¿Qué es o debe ser la visión moral de uno (o de la sociedad)? ¿Qué clase de persona debería ser uno (o debería ser la sociedad)? ¿Qué debe hacerse en situaciones específicas? ¿Cómo nos encontramos armoniosamente?”¹⁰

“la bioética (...) ha propiciado un fértil campo de estudio en diversas áreas científicas y sociales.”

La Bioética, integrada por las voces *bíos*, del griego, ‘vida humana’ y *ethiké*¹¹ denota así no solo un campo particular de investigación, la intersección de la ética y las ciencias de la vida, sino también una disciplina académica, una fuerza política en los estudios de medicina, biología y medio ambiente y una perspectiva cultural¹². Expresa, de alguna manera, el dilema moderno entre la libertad individual y la responsabilidad social. Se caracteriza por ser un campo en formación, de abordaje interdisciplinario, eminentemente práctico.

Hoy se acepta que la Bioética nace de una triple raíz:

a) La defensa de los derechos humanos en la postguerra mundial y el movimiento por los derechos civiles en los Estados Unidos, ambos en su relación con la medicina y la salud;

6 Ibidem.

7 FAVOREU, Op.cit. Loc. Cit.

8 Ibidem.

9 Exp. 00025-2005-PT/TC y Exp. 00026-2005-PI/TC.

10 TEALDI, Juan Carlos. “Teoría Tradicional” en Diccionario Latinoamericano De Bioética, TEALDI (Director), UNESCO-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, p.127.

11 MAINETTI, José A. Antropo-Bioética, La Plata, Quirón Editora, 1995. p.13

12 CALLAHAN, Daniel; ‘Bioethics’, En Warren Reich (ed.), Encyclopaedia of Bioethics, New York, Simon&Shuster Macmillan, 1995, Vol.1 págs. 247-58

- b) El poderío y la ambigüedad moral del poderío del desarrollo científico tecnológico para la supervivencia de la especie humana y el bienestar de las personas;
- c) Los problemas de justicia en los sistemas de salud.¹³

La rama de la disciplina llamada Bioética Teórica estudia los problemas relativos a los fundamentos de la disciplina, básicamente cuestiones de orden teórico (cuál o cuáles teorías éticas ofrecen mejores elementos para resolver los dilemas que se presenten) y metodológico (encontrar o desarrollar la metodología para enfrentar los nuevos problemas morales). Respecto de las cuestiones metodológicas, el método de los principios nacido al calor del Informe Belmont¹⁴ y reformulado por Beauchamp y Childress¹⁵ devino el más popular y extendido al momento de analizar los dilemas surgidos de la práctica clínica. Es un modelo deductivo, que parte de la base de la moralidad común y la tradición médica, donde principios no absolutos formen el nivel general de enunciados normativos, los que deben ser en cada caso interpretados, balanceados y especificados conforme el modelo de coherencia. Estos son los principios de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia.

El principialismo, si bien muy extendido, ha sido también muy criticado: se le ha objetado el rol asignado a los principios como meros nombres vacíos sin substancia moral o poder de guía; el ofrecer una posición sumamente confusa; la incompatibilidad entre deontología y utilitarismo en su propuesta; el carecer de una teoría general, y el no fijar un sistema para dirimir los conflictos entre principios¹⁶. Pero sin duda una de las críticas más fuertes proviene del enfoque latinoamericano de Bioética y Derechos Humanos, al denunciar que “la conversión de la idea de justicia en un principio prima facie y la desvinculación entre derecho legal y derecho moral, conduce en el principialismo a la disolución de la salud como derecho humano básico”¹⁷ al subordinar los derechos humanos a los principios éticos, cuestionando el carácter absoluto e inalienable de éstos y el rol gravitante del concepto de dignidad humana.

Como reacción al auge de la propuesta principialista surgen posiciones con distintas alternativas metodológicas a este modelo, tales como el casuismo, la teoría de la virtud, la ética feminista y la hermenéutica¹⁸,

y el enfoque que entiende como indisoluble la relación entre bioética y derechos humanos.

4. Bioética y Derechos Humanos¹⁹

Reconociendo como base a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948, fortalecida luego por la Declaración de Helsinki (1964) y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (1966) y de Derechos Económicos Sociales y Culturales, encontramos una serie de documentos internacionales que abonaron el camino a la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Así, entre los instrumentos que contienen un explícita asociación entre Bioética y Derechos Humanos podemos señalar: la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997) y las Orientaciones para su Aplicación (1999); el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo, 1997), la Declaración Universal sobre Datos Genéticos Humanos (2003) y finalmente la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005).

Desde una de las perspectivas promovidas desde América Latina, la postulación de una Bioética de los Derechos Humanos fue realizada por primera vez en octubre del 2001 en Buenos Aires como apertura del Encuentro Nacional de Bioética y Derechos Humanos, y se desarrolló entonces a partir de dos premisas básicas: la primera de ellas consiste en que si bien la Bioética es un campo de reflexión ético-normativo que admite diferentes maneras de aproximación teórica, debe reconocerse como mínimo indiscutible el respeto a la moral universal de los derechos humanos. La segunda premisa sostiene que “toda concepción teórica de la bioética debe dar cuenta del lugar que ocupa la moral del sentido común, los valores, los principios y las virtudes en la dimensión ética de la teoría, pero a la vez debe fundamentar las relaciones que la racionalidad moral tiene con otras racionalidades, como la jurídica, la científica, la tecnológica y la estética, en el conjunto del campo normativo denominado bioética”²⁰.

Es preciso aclarar que el universalismo de una Bioética cuyos principios especifiquen los contenidos mínimos de la moral básica común de los derechos humanos es compatible con el respeto de la diversidad cultural

13 TEALDI, Juan Carlos. Bioética de los Derechos Humanos. Investigaciones médicas y dignidad humana. México, UNAM, 2008, p.52.

14 The National Commission for The Protection of Human Subjects in Biomedical and Behavioral Research, (1974- 1978) The Belmont Report DHWE, Washington, 1978.

15 BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James . Principles of Biomedical Ethics, New York, Oxford University Press, fth. ed, 1994.

16 ARAMINI, Michele. Introducción a la bioética. Bogotá, San Pablo, p. 24 y ss.

17 TEALDI, “Los principios de Georgetown, análisis crítico” en Estatuto Epistemológico de la Bioética, GARRAFA, KOTOW, SAADA coord. México, UNAM Red Latinoamericana de Bioética. 2005. p.43

18 MAINETTI, José.A. Antropo-Bioética, La Plata, Quirós editora, 1995 p.33

19 Una versión más completa de este punto puede consultarse en SIVERINO BAVIO, Paula “Una Bioética en clave latinoamericana: Aportes de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de UNESCO”. Revista Derecho Nro. 63 PUCP, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

20 TEALDI entrada “Bioética de los Derechos Humanos” en Diccionario Latinoamericano De Bioética, TEALDI, Juan Carlos (Director). Bogotá, UNESCO-Universidad Nacional de Colombia, 2008, p.127.

y el pluralismo. El universalismo moral supone un sistema de principios éticos que se impone a todas las personas, asignando a todos los mismos beneficios y las mismas cargas y de un modo tal que no se perjudique ni se privilegie de modo arbitrario a ninguna persona o grupo determinado.^{21, 22} La preocupación por la defensa de la dignidad humana y los derechos fundamentales en relación con la Bioética ha sido recogida por la comunidad internacional y plasmada en un importante documento de UNESCO: la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, promulgada en octubre del año 2005²³, siendo la primera vez en la historia de la bioética que los Estados Miembros se comprometían, y comprometían con ello a la comunidad internacional, a respetar y aplicar principios fundamentales de la bioética reunidos en un texto único²⁴, reconociendo así la necesidad de que la sensibilidad moral y la reflexión ética sean partes integrantes del proceso de desarrollo tecnológico y científico, trabajando en la elaboración de nuevos enfoques de responsabilidad social.

5. Bioética Jurídica

Habida cuenta las complejidades propias de la disciplina, la doctrina ha propuesto a grandes rasgos campos de trabajo de la bioética, complementarios entre sí, teniendo cada una de ellas su propia metodología y puntos de interés:²⁵ Bioética Teórica, Bioética Clínica, Bioética Jurídica, Bioética Cultural, Bioética Social y Bioética Política. En esta ocasión y para los fines de nuestro trabajo reseñaremos simplemente a qué refiere la denominada "Bioética Jurídica".

Si partimos de reconocer que "la bioética es una disciplina normativa en tanto prescribe como debe ser el obrar o el pensar sin detenerse en una mera descripción de los hechos o en un relativismo de la acción"²⁶ se vuelve casi inevitable reflexionar acerca de los puntos de contacto que este campo del saber puede establecer con otra disciplina centrada en el deber ser y la regulación de la conducta humana, el Derecho. Se han propuestos diferentes términos para definir la esfera de confluencia entre la Bioética y el Derecho: "bioderechos", "biojurídica" "la respuesta del derecho al surgimiento de los problemas de la bioética", etcétera. En lo personal, nos parece acertada la delimitación conceptual que realiza Tinat al respecto, prefiriendo a éstos la denominación "bioética jurídica", como un término que permite conservar la mención explícita al ethos, en la medida en que en el análisis

sobre las cuestiones involucradas "la ética debe presidir el debate".²⁷

La Bioética Jurídica ha sido definida como "la rama de la bioética que se ocupa de la regulación jurídica y las proyecciones y aplicaciones jurídicas de las problemáticas bioéticas, constituyendo al mismo tiempo una reflexión crítica sobre las crecientes y fecundas relaciones entre la bioética y el derecho a escalas nacional, regional e internacional".²⁸ Ésta suele centrar su interés en la racionalidad de las decisiones colectivas en áreas en la que confluyen la salud pública, los derechos humanos y la regulación de los avances científicos.²⁹

En definitiva, tal como describe el autor reseñado, la Bioética Jurídica apunta a la resolución y regulación de los temas y problemas bioéticos que conllevan el imperativo de garantizar la tutela de la dignidad humana y los derechos fundamentales puestos en discusión por el avance de la ciencia. No se agota entonces, ni tiene por objeto, transformarse en una nueva rama del Derecho o devenir en una mecánica regulación de actividades de las ciencias de la salud.³⁰ Así, la bioética jurídica permite dar cuenta de una bioética normativa (regulación constitucional y legal de problemas bioéticos); de la bioética jurisprudencial (resoluciones judiciales de conflictos bioéticos) y de un campo de estudio y reflexión de las relaciones entre la Bioética y el Derecho;³¹ todas estas situaciones sin duda complejas e interesantes las cuales ameritan un abordaje más exhaustivo en un estudio posterior.

Pasaremos entonces a mencionar algunos temas del Derecho de las Personas que entendemos ameritan una revisión bajo la luz de la Bioética Jurídica.

6. Algunos temas del Derecho de las Personas que pueden ser revisados bajo la perspectiva de la Bioética de los Derechos Humanos

Luego de las cuestiones brevemente presentadas, ¿qué puede aportar la Bioética a los operadores del Derecho al momento de evaluar instituciones o categorías jurídicas?

Podríamos mencionar algunos temas concretos:

- La discusión sobre el Estatuto Ontológico del Embrión.
- La inclusión del concepto de "competencia" en relación a los actos personalísimo que puede realizar el menor con discernimiento y demás personas con autonomía reducida.

21 TEALDI, "Bioética de los derechos humanos" p.316.

22 BUSNELL; Francesco. Bioética y Derecho Privado, fragmentos de un diccionario. Lima, Grijley, 2003, p.5.

23 Op. Cit. p. 295.

24 Para un relato completo de los antecedentes de la Declaración con especial mención del trabajo de los expertos latinoamericanos ver TEALDI "Bioética de los derechos humanos..." capítulo IV.

25 GARAY, Oscar. Derechos fundamentales de los pacientes. Buenos Aires, Ad Hoc, 2003 p.78

26 TEALDI, entrada "Crítica latinoamericana" en el Diccionario Latinoamericano de Bioética, p.62

27 TINAT Eduardo; entrada "Bioética Jurídica" en el Diccionario Latinoamericano de Bioética, p.75

28 Ibidem

29 GARAY, Op.cit. p.79.

30 TINAT, Op. cit. p. 76.

31 Ibidem.

- La discusión sobre la irrenunciabilidad de los derechos y el derecho a la integridad corporal en temas como la anticoncepción quirúrgica voluntaria y las intervenciones de adecuación sexual.
- El reconocimiento del derecho a la identidad sexual y su regulación legal.
- La necesidad de diferenciar claramente la eutanasia activa de la limitación del tratamiento médico cuando éste es fútil; y la discusión sobre el derecho a decidir la propia muerte.
- Las directivas anticipadas de tratamiento médico; entre otros temas.

7. La Discusión sobre el Estatuto Ontológico del Embrión.

El artículo primero del Código Civil establece que: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca con vida".

Son varias las cuestiones que trae a colación este artículo. Por un lado, establece la existencia de dos sujetos de derecho: la persona natural y el concebido. Establece que el concebido se entiende sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, y sujeta a condición la consolidación de sus (eventuales) derechos patrimoniales. Sin embargo, estas aseveraciones, sencillas a primera vista encierran un complejo problema, el de establecer el estatuto ontológico del embrión.

La discusión sobre el estatuto ontológico del embrión trata sobre la categorización jurídica de las primeras etapas del desarrollo embrionario, la determinación desde cuando se está frente a un ser humano jurídicamente considerado, un sujeto de derecho, lo cual es esencial para establecer los límites que deben imponerse a la investigación en las etapas del desarrollo embrionario y la aplicación de las biotecnologías. Esto repercute directamente en la regulación de las técnicas de reproducción asistida, la obtención e investigación de células madre de origen embrionario, las técnicas de clonación, entre otras.

Las teorías sobre el estatuto ontológico del embrión discurren acerca de en qué momento debe otorgársele a la vida humana en los primeros estadios de formación la máxima tutela jurídica como sujeto de derecho. Tal como se ha dado en el Derecho comparado, cabría el planteo si el ser humano en este período de desarrollo debe ser protegido como sujeto de derecho; o por el contrario, bajo la figura de bien jurídico constitucionalmente tutelado hasta el momento de ser considerado "concebido" (caso del embrión extrauterino), o bien, no reconocérsele ninguna

tutela particular hasta el momento del nacimiento (tesis que creemos no sería aplicable al caso peruano).

Dentro de las teorías del estatuto ontológico del embrión podemos mencionar: la teoría de la fecundación, la de la anidación, la del surgimiento del sistema nervioso, la de la viabilidad. La polémica sentencia del Tribunal Constitucional opta, si bien en un contexto y conforme razonamientos que objetamos oportunamente, por la tesis de la fecundación³².

"la identidad del ser humano presupone un complejo de elementos vinculados entre sí (...)"

En la medida en que estamos hablando de las etapas iniciales de un ser perteneciente a la especie humana, veamos entonces brevemente la relación que se plantea entre la identidad genética y el reconocimiento del carácter de sujeto de derecho, a fin de plantear las opciones para responder a la pregunta ¿qué debe entenderse por "concebido"?, que se desprende del artículo 1 del Código Civil.

8. Identidad Genética y Tutela del Ser Humano en las Etapas Tempranas del Desarrollo Embrionario.

La noción de "identidad genética" ha cobrado con la decodificación del genoma humano, vital importancia. Se vincula de manera estrechísima con las nociones de integridad, confidencialidad y autodeterminación informativa, en la medida que nuestra "identidad genética" consiste en un conglomerado de información (datos genéticos) sensibles y valiosos, que deben ser protegidos, sea del conocimiento, acceso o utilización sin consentimiento por parte de terceros (para evitar el riesgo de la discriminación laboral, del sistema de salud, ventajas patrimoniales indebidas, etcétera). El dato genético es definido como la información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos (Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, artículo 2).³³

Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad³⁴. La identidad del ser humano presupone un complejo de elementos vinculados entre sí, de los cuales algunos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico, o somático, mientras que otros

32 Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular: Revista de Análisis especializado en jurisprudencia RAE Jurisprudencia, Tomo 16, octubre 2009, año 2, ediciones Caballero Bustamante, Lima, Perú, p.63-88.

33 Es importante tener presente que en la actualidad hay diversos bancos de datos genéticos cuya actividad no está regulada legalmente, como es la de los bancos de cordón umbilical; ¿qué sucedería si por ejemplo una empresa de seguro médico accediera a estas muestras de sangre, portadoras de los datos genéticos de un individuo? Si bien estas cuestiones exceden el propósito de este trabajo, nos parece interesante mencionarlas al menos.

34 Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, artículo 3, Unesco, 2003.

son de diversa índole, ya sea cultural, ideológica, los que perfilan el ser "uno mismo". La identidad constituye la experiencia que hace posible que una persona pueda decir "yo" al referirse a 'un centro organizador activo de la estructura de todas mis actitudes reales y potenciales', la que se va forjando en el tiempo³⁵.

Entonces, en relación con el vínculo entre identidad e identidad genética, cabe preguntarse ¿qué sucede al momento de definir el punto de partida y los alcances de la protección jurídica (y podría decirse, de la personalidad jurídica) de las etapas iniciales del desarrollo embrionario humano? Dado el origen de las células de las que procede en términos de "identidad genética" el embrión pertenece a la especie humana, pero ¿basta este dato para reconocerle derechos?

La tesis de la fecundación, que entiende que estamos frente a un "sujeto" tutelable desde la unión del óvulo y el espermatozoide, o bien desde la fusión de los pronúcleos, entiende que sí³⁶. Esto es negado por otras tesis, como la de la anidación, la de la actividad cerebral, la de la viabilidad o las de la culturalización del no nacido³⁷. Una cuestión interesante sostenida por la tesis de la anidación en relación con la identidad genética son las objeciones de reducir al genoma humano la determinación de la "humanidad", dado que hasta el momento de la anidación (proceso que ocurre entre el día 6 y el día 10 aproximadamente desde la fecundación) no es posible hablar de unicidad o individualidad, ya que por ser las células del cigoto totipotentes hasta el estadio de mórula (día 3/4) es factible de dividirse en dos o más partes generando dos o más individuos (gemelación). Este fenómeno puede darse de modo inverso, puede suceder que dos o tres cigotos se fundan en uno solo.³⁸ Asimismo es posible comprobar que la masa celular no está integrada únicamente por material biológico que dará lugar al embrión (embrioblasto), sino que además lo está por material biológico que formará las membranas extracoronaria, la placenta, el cordón umbilical (trofoblasto). Así se ha sostenido que "los derivados trofoblásticos están vivos, son humanos, están vivos y tienen la misma composición genética que el feto y son expulsados al momento del nacimiento ¿son una persona?"³⁹.

Otra pregunta importante relativa a la relación entre identidad e identidad genética lo plantea la posibilidad de demandar la impugnación de la maternidad de

niños/as nacidas mediante las técnicas de fecundación in vitro que involucran material genético donado por terceros. Una Casación del año 2007 de la Sala Civil Permanente de Corte Suprema de Justicia declaró "ilegal" la maternidad de una mujer que buscó y gestó una niña mediante una FIV con óvulo donado por considerar que no era la madre genética, en función de la prueba de ADN. ¿Deben promoverse soluciones como esta? ¿Es ajustada a Derecho?⁴⁰.

Queremos asimismo mencionar sintéticamente el tema de la clonación reproductiva. Hemos dicho que un ser vivo puede generarse también mediante un procedimiento de reproducción asexual llamado clonación reproductiva por transferencia nuclear. Esta práctica ha concitado el rechazo internacional (y está prohibida en la legislación peruana) por entender, entre otras objeciones, que atenta con el derecho a la identidad en términos genéticos, al negarle a un individuo la posibilidad de tener un código genético único (ya que se ADN sería idéntico al del donante de la célula somática) y que éste fuera producto del pool (azar) genético, resultando una violación a la libertad e identidad individual en la medida que se expone a un ser a la determinación como "copia genética" de otro ser vivo. Asimismo hay predeterminaciones de la identidad genética en el uso de técnicas de fecundación in vitro que se consideran éticamente reprobables tales como la selección del sexo (salvo para evitar enfermedades ligadas al sexo), la selección de características especiales; y se discuten actualmente los márgenes de la terapia génica, sobre todo cuando las modificaciones del genoma son transmisibles a la descendencia, introduciendo modificaciones ya no solamente en el genoma del paciente sino alterando su descendencia, así como la legitimidad del diagnóstico preimplantatorio y las condiciones del consejo genético⁴¹.

9. El Concepto de Competencia y los Actos Personalísimos de los Menores

Esta cuestión refiere a la necesidad de respetar los derechos de los niños y adolescentes, que se desprende de la Declaración de los Derechos del Niño y del Código del Niño y el Adolescente, referentes al reconocimiento progresivo de los espacios de decisión en los que válidamente puede opinar y decidir el niño y particularmente el adolescente menor de edad, especialmente en lo tocante con a su integridad psicosomática.

35 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual". JA, 1999-IV- p.889.

36 VILA CORO, María Dolores. Introducción a la biojurídica. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1995, p.29 y ss.

37 FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. "El comienzo de La vida humana: El embrión como persona y como sujeto de derecho" en Bioética y Derecho, BERGEL-MINSYERSKY coordinadores. Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2003 p. 284 y ss.,

38 LACADENA, Juan "La naturaleza jurídica del hombre. Consideraciones relativas al aborto. Cuenta y Razón (Fundes Madrid) Nro. 10 1983, p.39 citado por MARTINEZ, STELLA MARIS. "El estatuto ontológico del embrión" en Responsabilidad profesional de los médicos Ética, Bioética y Jurídica, Civil y Penal. GARAY, Oscar Coordinador, Bs. As., La Ley, 2002 p. 463.

39 JONES, H.W. "Human conception in vitro". Edited by Robert G.Edwards- Jean Purdy, 1982, p.353 citado por MARTINEZ, STELLA MARIS. "El estatuto ontológico del embrión" en Responsabilidad profesional de los médicos Ética, Bioética y Jurídica, Civil y Penal. GARAY, Oscar Coordinador, Bs As La Ley, 2002 p. 463.

40 Opinamos sobre dos casos peruanos en SIVERINO BAVIO, PAULA "Cuando decidir ser madre es tan dramático como decidir no serlo: Comentarios a propósito de una sentencia sobre impugnación de la maternidad en el Perú". AAVV, Observatorio de Sentencias, Red de Articulación Feminista, en prensa

41 Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos. Genética y Derecho, Bs.As., Astrea, 2003. BERGEL, op.cit; SAMBRIZZI, Eduardo. Derecho y eugenesia. Bs.As., Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2004; ARRIBERE, Roberto y COCO Roberto. Nacer bien, consideraciones científicas, éticas y legales del inicio de la vida. Fecunditas, Bs.As., Instituto de Medicina Reproductiva, 2005.

El paradigma de la protección integral ínsito en la Convención de los Derechos del Niño propone una nueva concepción del niño como sujeto de derechos en la relación paterno-filial, basado en la consideración de la personalidad y las responsabilidades del niño en cada período de su vida, en su participación activa de su proceso formativo y la promoción efectiva de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un papel de sumisión como objeto de representación y control ilimitado de parte de sus padres.⁴²

En el caso peruano, el Código Civil a su vez, trae (junto con los estándares "fijos", el alcanzar los catorce y dieciséis años) el estándar del "menor con discernimiento" al que se le habilita para ejecutar ciertos actos, entre ellos, los de carácter personalísimo, como son aquellos que repercuten sobre el cuidado y la disposición del propio cuerpo. Entendemos que debe distinguirse entre la capacidad jurídica, la que se adquiere plenamente a los dieciocho años o por vía de los supuestos de la primera parte del artículo 46 del Código Civil (matrimonio u obtención de título oficial habilitante) y es necesaria para perfeccionar válidamente actos jurídicos de contenido patrimonial, del concepto de competencia, aplicable a actos de carácter personalísimos. Así, la doctrina contempla la figura de la "mayoría anticipada para tratamientos médicos", que se basa en la premisa de que las personas adquieren conciencia sobre su propio cuerpo mucho antes de arribar a la edad estipulada por las leyes para alcanzar la mayoría de edad, de lo que se desprende que la capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones debe distinguirse del especial discernimiento que debe tener un sujeto para asimilar una información brindada respecto del acto médico.⁴³

El concepto de competencia refiere a la aptitud del menor de edad de comprender tanto las circunstancias particulares del acto como de proyectarse en las consecuencias del mismo, en orden a decidir un curso de acción. La misma debe ser evaluada en el caso concreto. Esto implica la posibilidad de decidir en ciertas esferas de carácter personalísimo, tales como el cuidado de la salud sexual y reproductiva; la posibilidad de consentir válidamente el mantener relaciones sexuales; la necesidad de contar con su consentimiento informado antes de una intervención médica, entre otros; atendiendo al respeto de la intimidad y libertad del menor.

Compartimos por ende las objeciones al inciso 3 del artículo 173 del Código Penal⁴⁴ que al tipificar como violación las relaciones sexuales con personas menores de dieciocho años, aún cuando hubieran sido consentidas y en el contexto de una relación afectiva, y adjudicarles muy altas penas privativas de libertad, niega la potestad autodeterminativa de los menores de edad quienes, al menos a partir de los de catorce años, el mismo Código Civil presume que tiene discernimiento para los actos personalísimos.

Esta disposición contradice las políticas sobre derechos sexuales y reproductivos tendientes a proteger a los niños/as y adolescentes en el cuidado de su salud sexual y reproductiva, y colisiona abiertamente con la regulación que habilita a los menores de edad que a partir de los dieciséis años pueden contraer matrimonio, presuponiendo entre otras cuestiones, la disposición de su libertad sexual. Por otra parte y sin perjuicio de las demás observaciones que puedan realizarse, entendemos que esta norma interdicta la sexualidad adolescente y les niega el derecho a la salud, la intimidad y el libre desarrollo de su personalidad y debe ser derogada.

En noviembre del 2007 un pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la República emitió el Acuerdo plenario 7-2007/CJ-116, mediante el cual se establece que la norma es desproporcionada en su escala punitiva y colisiona con otras normas del ordenamiento jurídico; por ende si la relación sexual es consentida y el menor de edad tiene entre dieciséis y dieciocho años, los menores tienen disposición de su libertad sexual; y si siendo voluntaria la relación con menores entre 14 y 16, la pena que se aplicará será atenuada, conforme lo previsto en los artículos 175 y 179 A del Código Penal. Las penas establecidas en el artículo 173 inciso 3 se mantienen si se ejerce violencia sobre los menores de edad para lograr la relación sexual. Posteriormente, en septiembre del año 2008, la Corte publicó el Acuerdo Plenario N° 4-2008-CJ-116, donde se establece con carácter de precedente vinculante que la exención de responsabilidad penal por actuar con consentimiento de la víctima, debe aplicarse no solo a los casos de prácticas sexuales con personas de 16 y menores de 18 años de edad, sino también a los casos donde la o el adolescente tenga de 14 a 16 años de edad⁴⁵.

10. Irrenunciabilidad, Derechos e Integridad Corporal

El artículo 5 del Código Civil plantea la irrenunciabilidad de algunos derechos, entre ellos, la vida, la libertad y la

42 GIL DOMINGUEZ- FAMÁ- HERRERA, Op. Cit, p. 540.

43 Ibidem, p.617.

44 La Ley N° 28704 del 2006 modificó diversos artículos del Código Penal, entre ellos el artículo 173, estableciendo que el acceso carnal voluntario con personas de 14 a 18 años de edad también será delito, reprimido con pena privativa de libertad de 25 a 30 años, que deberá purgarse en su integridad, proscribiendo el acogimiento a beneficios penitenciarios. El 21 de junio del 2007 el pleno del Congreso de la República aprobó el dictamen presentado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos que propuso la despenalización de las relaciones sexuales consentidas con menores de edad entre los 14 y los 18 años; el proyecto, aprobado con 70 votos a favor, 10 en contra y 7 abstenciones fue dejado sin efecto al no ser publicado por el Ejecutivo, debido a la fuerte presión de algunos sectores.

45 En este mismo acuerdo se señala que los factores complementarios de atenuación a los que hacía referencia el Acuerdo Plenario N° 07-2007/CJ-116, en mérito al nuevo Acuerdo, pierden vigencia.

integridad. Luego el artículo 6 establece los límites a la disposición del propio cuerpo, siendo ellos el orden público, las buenas costumbres y que la intervención no cause disminución permanente en la integridad del sujeto. La excepción a esto último es el estado de necesidad quirúrgico o terapéutico.

Se ha discutido si las intervenciones de anticoncepción quirúrgica voluntaria y las intervenciones de adecuación sexual estarían permitidas según la comprensión de estos artículos. Entendemos que sí en ambos casos: respecto de la anticoncepción quirúrgica (ligadura de trompas y vasectomía) esta es una acción relacionada con el ejercicio de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad en una esfera personalísima, como es la de tomar una medida anticonceptiva de carácter permanente en aras al cuidado de la salud sexual y reproductiva y la misma no debe ser sometida a regulaciones desproporcionadas o irracionales como al exigencia de una edad mínima o el haber tenido hijos previamente.⁴⁶ Debe cuidarse eso sí, el adecuado desenvolvimiento del proceso del consentimiento informado en la medida que se trata de una intervención, si bien reversible, de carácter permanente.

En el caso de las intervenciones de adecuación sexual, estamos claramente en el supuesto de una intervención de carácter terapéutico, ya sea que hablemos de supuestos de intersexualidad e incluyendo aquí a la transexualidad, basada en el respeto y reconocimiento del derecho a la identidad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud.⁴⁷

En estas cuestiones es vital la discusión sobre el concepto de salud y por ende la extensión de aquello que es considerado "terapéutico", junto con el reconocimiento de la esfera de autonomía y la comprensión de las acciones autorreferentes. Asimismo creemos necesario el cabal reconocimiento del derecho a la identidad sexual como parte integrante del derecho a la identidad personal y la clara prohibición de la discriminación por orientación sexual.

11. ¿Eutanasia o Derecho a la Integridad?

Finalmente creemos necesarias dos palabras acerca del debate sobre la eutanasia.

Para ello es importante tener presente la distinción entre la "eutanasia activa directa", "suicidio asistido", "eutanasia pasiva".

Es llamada "eutanasia activa directa" la acción mediante la cual terceras persona ponen fin a la vida de un enfermo crónico o en estado terminal, a solicitud del propio paciente⁴⁸; hablando de "suicidio asistido" cuando a éste se le proporciona ayuda médica para morir. En el Perú es considerado homicidio piadoso, y el artículo 112 del Código Penal prevé una pena atenuada.

El debate de la eutanasia activa como un derecho fundamental del paciente es prolífico y polémico. Una muy interesante obra propone la consideración de hasta cuatro modelos constitucionales bajo los cuales es posible abordar esta cuestión: el de la eutanasia prohibida, el de la eutanasia como derecho fundamental, el de la eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable, y el de la eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida⁴⁹.

"(...) la anticoncepción quirúrgica (...) no debe ser sometida a regulaciones desproporcionadas o irracionales (...)"

En otro orden de ideas, se ha denominado "eutanasia pasiva" a "la interrupción o no iniciación de un tratamiento que aunque podría retrasar el momento del fallecimiento, no proporcionaría durante ese periodo unas condiciones de mínima calidad vital"⁵⁰.

Sin pretender desconocer la complejidad del tema, compartimos la posición que entiende que la llamada "eutanasia pasiva" son conductas no solamente penalmente atípicas sino que serían parte del contenido del derecho a adoptar decisiones sobre la propia salud, y en última instancia, del derecho fundamental a la integridad corporal⁵¹.

Dicho en otros términos, la llamada "eutanasia pasiva" no podría ser considerada como la posibilidad de poner fin a la propia vida, sino como el ejercicio del derecho a la disposición del propio cuerpo y a la limitación del tratamiento médico, en una situación donde debe considerarse la autonomía del sujeto

46 Vid. SIVERINO BAVIO, Paula - "Ligadura de trompas, delito o derecho?" en Bioética y Derecho, BERGEL -MINSYERSKY (coord) Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2003. "Consideraciones ético jurídicas sobre la esterilización en la Argentina" en la Revista Jurídica del Perú, N° 64, Trujillo, Perú, 2005, pp. 261-315. - "Derechos Humanos y ligadura de trompas. Comentario a la ley 26.130" Revista Jurídica La Ley suplemento del 15 de noviembre 2006 www.laley.com.ar/download/diarioll/diario15-11-2006pdf.

47 SIVERINO BAVIO, Paula. "Algunas precisiones en torno al derecho a la identidad personal y el derecho a la identidad sexual". AAVV, Ponencias desarrolladas en el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Arequipa, Perú, Adreus, Tomo I, Septiembre 2008, p. 229-244; "La transexualidad y derecho a la identidad personal" Actualidad jurídica. T123, Lima, 2004 pp.69-82.

48 VALADES, Diego. "Eutanasia, régimen jurídico de la autonomía vital", en Derechos humanos, aborto y eutanasia, CARPIZO Jorge, VALADES, Diego; México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2008, p.88.

49 REY MARTINEZ, Fernando. Eutanasia y derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008

50 LORENZO SALGADO, José Manuel. "Algunas consideraciones sobre el artículo sobre le art. 143.4 del Código Penal" en Estudios Penales y Criminológicos, XXV, 2005 p.153 citado por REY MARTINEZ, op. cit, p. 21

51 REY MARTINEZ, p.120.

enfermo que decide hasta dónde continuar o no o llevar adelante un tratamiento que solo prolongará la agonía, ante la opción de la medicalización de la muerte. Lo mismo podría decirse de la decisión de cesar con las medidas de soporte vital si estas demuestran su futilidad.

Asimismo se discute la factibilidad y operatividad legal de los instrumentos o declaraciones anticipadas de voluntad respecto de tratamientos médicos.

Vale destacar que el debate sobre la posibilidad de disponer sobre el final de la vida y los límites de la autonomía en relación con la vida y el propio cuerpo son temas extremadamente complejos y de ninguna manera pretendemos zanjar estas discusiones con estas breves y simplificadas precisiones. Solamente queremos señalar que es necesario ser conscientes que ante los diferentes supuestos fácticos, y sin desconocer los complejos matices que puedan presentar, el operador del derecho debe esforzarse por distinguir las situaciones que pueden ser encuadradas dentro de la esfera de posibilidades de disposición del propio cuerpo, por límite o dramática

que ésta fuera, de aquellas que efectivamente implican entrar al debate de la posibilidad de considerar ya sea como un derecho, una libertad o una excepción reglada, la de disponer de manera directa la culminación de la propia vida; de modo de evitar limitaciones irrazonables a los derechos.

12. Colofón

En este trabajo hemos intentado hacer un paneo rápido sobre temas complejos y polémicos, que ameritan un tratamiento mucho más detallado y profundo, con la intención de llamar la atención sobre cuestiones a veces poco conocidas, otras veces encuadradas bajo categorías pensadas para resolver cuestiones en un mundo con espacios más delimitados que la realidad que afrontamos cotidianamente y que merecen ser revisadas a la luz de los avances científicos y sociales. Rescatamos para ello los valiosos aportes teóricos de la Bioética, disciplina que puede creemos puede brindar una visión novedosa y profunda a temas como los mencionados en estas breves reflexiones ☒