

BIOÉTICA Y DERECHO: LA IMPORTANCIA DE PROMOVER LA FORMACIÓN EN BIOÉTICA JURÍDICA

Paula SIVERINO BAVIO¹

RESUMEN

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?

La vocación interdisciplinaria de la Bioética 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.

1 Profesora titular de Bioética y Derecho y de Derecho Civil I en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directora del Observatorio de Bioética y Derecho de la Facultad de Derecho de la PUCP. Presidente del Capítulo Perú del Programa PRODIVERSITAS psiverino@pucp.pe Este artículo recoge lo sostenido en la ponencia de la Mesa Redonda “Bioética y Derecho” en el VIII Congreso Latinoamericano y del Caribe “Bioética y Sociedad en Latinoamérica” 20 años de FELAIBE. Viña del Mar, Chile, 23-25 de julio 2011 y ha sido publicado en el libro “Bioética y Sociedad en Latinoamérica”, (Francisco Javier León Correa, Coordinador), Santiago de Chile, FELAIBE/Sociedad Chilena de Bioética/Fundación Ciencia y Vida, 2011, p. 165- 173. ISBN 978-956-345-674-5

ABSTRACT

Bioethics is defined in the first edition of the Encyclopedia of Bioethics edited by

Warren Reich (1978) as “the systematic study of human behavior in the area of life sciences and health care, while such conduct is examined in the light of moral principles and values. “Then, in the 1995 edition will be defined as “... the systematic study of decisions moral-including visions, behaviors decisions and moral-political science of life and health care, using a variety of ethical methodologies in ethical context. The moral dimensions discussed in bioethics are constantly evolving, but tend to focus on some major questions: What is or should be the moral vision of one (or society)? What kind of person should be one (or should be society)? What should be done in specific situations? How we harmoniously?

Interdisciplinary Bioethics vocation has led to a fertile field of study in various scientific and social areas, linked by the interest in reflection on the present and future of humanity. Formally born in the seventies in the context of concern for the ethical regulation of research on human beings, today, at least in Europe and Latin America, is considered an essential discipline for human survival while dealing with the relations between ethics, technology, society, equality and development, considering that not everything that is technically possible is ethically recommended.

PALABRAS CLAVES

Bioética – derecho – biología – vida – derecho – ley – igualdad – equidad – justicia – ciencia – razón científica – práctica normativa

1. *Introducción*

Muchos elementos y diferentes visiones podrían tomarse en consideración al reflexionar sobre las relaciones entre la Bioética y el Derecho. En este breve artículo proponemos pensar a la Bioética Jurídica como herramienta, como un instrumento de análisis de realidades complejas y multifactoriales.

Una primera línea a trazar es entre aquellas cuestiones que podríamos denominar de “macrobioética” y aquellas de la “microbioética”. Así, serán asuntos relativos a la macrobioética aquellos vinculados a la cuestión del desarrollo, la pobreza, el acceso y conservación de los recursos naturales y el medio ambiente, la distribución de recursos escasos, grupos en situación de vulnerabilidad, investigación en seres humanos y las reflexiones que involucren el desarrollo y evaluación de políticas públicas, entre otras. Por otro lado, ejemplo de cuestiones de la microbioética serán aquellas abordadas por los problemas generados en la práctica clínica pero también, desde la relación con el Derecho, podríamos pensar en el aporte a una interpretación dinámica y actualizada de categorías jurídicas, como es el caso de los conceptos de “capacidad” y “competencia”; la delimitación clara entre “limitación del esfuerzo terapéutico” y “eutanasia”, por mencionar algunos².

En los últimos tiempos, varios de los casos más relevantes en el escenario judicial latinoamericano involucraron cuestiones técnicamente complejas y socialmente sensibles, en los que ha quedado en evidencia la necesidad de recurrir a un abordaje interdisciplinario y un marco conceptual³ capaz de analizar elementos tales como el impacto de las nuevas tecnologías reproductivas, la inclusión social y legal de la diversidad sexual, la pluralidad de tipos familiares, los límites de la disposición del propio cuerpo, el proyecto de vida y los márgenes de autonomía para decidir sobre las condiciones de la propia muerte, entre otros, dentro del contexto del derecho internacional de los derechos humanos.

2 SIVERINO BAVIO, Paula, “La Bioética jurídica y derechos fundamentales: breve propuesta en relación al estudio del Derecho de las Personas”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 2 No. 0, 2010, *La Ley*, Buenos Aires, 239-250.

3 Especial mención merecen en esta línea de análisis los estudios de Género, si bien no abordaremos de manera específica en esta ocasión las teorías sobre Género y Bioética.

Estos temas, que se discuten hace más de veinte años (y algunos, como es el caso de las técnicas de reproducción asistida, desde la década de los ochenta) por la doctrina especializada en Bioética, han llegado a las máximas instancias judiciales de varios países latinoamericanos. Si uno pasa revista por los debates más candentes de la última década (muchos de ellos aún pendientes de resolución en el Perú) es posible constatar una creciente demanda de operadores(as) del Derecho capaces de afrontar situaciones dilemáticas vinculadas a temas como los mencionados, pero ello no pareciera tener un cabal correlato en realidades donde aún no se percibe claramente la necesidad de formar tanto a estudiantes, abogados(as) así como a jueces y juezas en el análisis y resolución de problemas que involucran a la Bioética y el Derecho.

De este vasto escenario, empezaremos por identificar la recepción jurisprudencial de varias de estas discusiones, ya que ponen en evidencia la necesidad de canalizar esfuerzos en la formación de los/as magistrados/as, quienes en muchos casos, no han recibido recursos que les permitan actualizar una visión extremadamente enfocada en la legalidad y tributaria a veces de una "estrechez normativa", para dar cabida a un modo de análisis que integre la constitucionalización del derecho privado, y por ende, los marcos internacionales de protección de derechos. Y desde este punto, es más sencillo conectar con los aportes de la Bioética de los Derechos Humanos.

Intentaremos presentar entonces muy esquemáticamente la Bioética Jurídica, pasando revista de algunos de los casos judiciales donde puede constatare la utilidad de contar con el auxilio de esta disciplina.

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 privado⁴. 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 familia⁵, 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 jurídico⁶. Los valores, los fines y principios de la Constitución condicionan la validez y el sentido de todas las normas infra constitucionales⁷, 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 indirectos⁸. Así, es posible mencionar tres efectos directos: a) la configuración del Estado se entiende a partir de la Constitución (constitucionalización jurídica

4 FAVOREU, Louis Joseph, "La constitucionalización del derecho", *Derecho* (Valdivia) [online]. Ago. 2001, Vol. 12, N° 1 [citado 02 Febrero 2009], pp. 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.

5 GIL DOMÍNGUEZ-FAMÁ-HERRERA. *Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, T. I, p. 5.

6 BARROSO, Luis, Roberto. *El neo constitucionalismo 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.

7 Ibidem.

8 FAVOREU, *Op. cit. Loc. cit.*

zación); 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 jurídico⁹.

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”¹⁰ 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.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Exp. 00025-2005-PT/TC y Exp. 00026-2005-PI/TC.

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). Las decisiones de estos órganos son de gran importante para el desarrollo de pautas normativas, y pueden tener un fuerte impacto en las discusiones nacionales; un ejemplo de ello es el caso presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte contra Costa Rica en relación a la prohibición de las técnicas de reproducción asistida y lo que puede significar en relación a la consideración sobre un tema tan sensible como el estatuto ontológico del embrión.

3. *Bioética Jurídica*

La vocación interdisciplinaria de la Bioética 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?.¹¹

La Bioética, integrada por las voces *bíos*, del griego, ‘vida humana’ y *ethiké*¹² 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 cultural¹³. 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;
- 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.¹⁴

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 2005¹⁵, 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 único¹⁶, 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.

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:¹⁷ Bioética Teórica¹⁸, 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”.

11 TEALDI, Juan Carlos. *Teoría Tradicional en Diccionario latinoamericano de bioética*, TEALDI (Director), UNESCO-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, p. 127.
 12 MAINETTI, José A. *Antropo-Bioética*, La Plata, Quirón Editora, 1995. p. 13.
 13 CALLAHAN, Daniel, ‘Bioethics’, En Warren Reich (ed.), *Encyclopaedia of Bioethics*, New York, Simon & Shuster Macmillan, 1995, Vol. 1 pp. 247-58.

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

15 *Op. cit.*, p. 295.

16 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.

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

18 Algunas de las críticas a la tesis principialista, y los postulados de la Bioética de los Derechos Humanos pueden verse en SIVERINO BAVIO, Paula. “Una Bioética en clave latinoamericana: Aportes de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de UNESCO”, *Derecho* N° 63 PUCP, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.

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*”¹⁹ 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*”.²⁰

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.*²¹

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.²²

En definitiva, tal como describe el autor reseñado, la Bioética Jurídica apunta a la re-

solución 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.²³ 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;²⁴ todas estas situaciones sin duda complejas e interesantes las cuales ameritan un abordaje más exhaustivo en un estudio posterior.

Mencionaremos entonces una serie no taxativa de decisiones jurisprudenciales, algunas de las cuales mencionan expresamente sus principios y otros que podrían haberse beneficiado con el auxilio de la bioética jurídica.

4. *Un breve paneo jurisprudencial*

Uno de los temas que ha merecido mucha atención recientemente ha sido el de la regulación de las uniones homoafectivas, tema que será debatido en el Perú en relación al proyecto de ley sobre unión civil. Actualmente, alrededor de 24 países²⁵ tienen leyes nacionales que contemplan, con variables, regímenes de unión civil. A su vez, varios de esos países han aprobado posteriormente el matrimonio igualitario²⁶. En el caso argentino vale men-

23 TINAT, *Op. cit.*, p. 76.

24 *Ibíd.*

25 Dinamarca, Israel, Hungría, Islandia, Canadá, Francia, Sudáfrica, Bélgica, Holanda, Portugal, Alemania, Finlandia, Croacia, Austria, Reino Unido, Luxemburgo, Andorra, Nueva Zelanda, República Checa, Eslovenia, Suiza, Uruguay, Colombia, Ecuador. A nivel local en: Argentina, España, Estados Unidos, Brasil y México.

26 Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009),

19 TEALDI, Juan Carlos (Dir.), “Crítica latinoamericana”, *Diccionario latinoamericano de bioética*, p. 62.

20 TINAT Eduardo; *Bioética Jurídica*, *Diccionario latinoamericano de bioética*, p. 5.

21 *Ibíd.*

22 GARAY, *Op. cit.*, p. 79.

cionar, por la repercusión de sus argumentos, la sentencia de primera instancia emitida en el caso “Freyre Alejandro contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sobre Amparo” (expediente 34292/0), la cual que marcó la senda de las que vendrían luego²⁷, al declarar la inconstitucionalidad de dos artículos del Código Civil por considerarlos discriminatorios y ordena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires arbitre los medios para casar a los requirentes. En México, la Suprema Corte mexicana, en la acción de inconstitucionalidad 2/2010, declaró la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, a propósito de la modificación del Código Civil de México D.F.²⁸ Con diferentes alcances, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en varias ocasiones sobre los derechos de las parejas homoafectivas. De igual manera, el Tribunal Constitucional peruano a fines del año 2009 dictó una sentencia cuyos contenidos establecen claramente la prohibición de discriminación y la legitimidad de la opción homosexual²⁹.

En cuestiones de identidad de género, la jurisprudencia argentina, con más de treinta sentencias que reconocen el derecho de las

personas transexuales a ser reconocidas en su identidad, encontramos numerosas referencias a principios, valores, y abordaje interdisciplinario de la Bioética. En Colombia podemos mencionar las acciones de tutela resultas por la Corte Constitucional números 594-1993; T-65087 de 1995; SU 337-99; T-692-99 y T-1033/08; y en México el Amparo directo civil 6/2008, resuelto por la Suprema Corte mexicana. En el Perú podemos destacar el caso “A.P.C.A c/Ministerio Público s/ declaración judicial” resuelto positivamente por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.³⁰

Por otra parte, en relación a las consecuencias derivadas de la aplicación de técnicas de reproducción asistida podemos mencionar en el Perú dos casos tan emblemáticos como polémicos³¹: la sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en el caso 5003-2007, relativo a una situación de ovodonación y el caso “C.M.S.E. c/ J.L.A. de O. y otro s/ impugnación de la maternidad”, resuelto en primera instancia en enero de 2009 por el décimo quinto juzgado de familia de Lima³², el cual da cuenta de una impugnación de maternidad que reconoce su origen en una subrogación de vientre. Estos dos casos son buenos ejemplos de la importancia que reviste el que los/as jueces/zas puedan tener acceso a una formación, al menos básica, en bioética.

Sintéticamente, los hechos que relata el expediente sobre maternidad subrogada³³ son los siguientes: la Sra. X y su esposo, el Sr. Y desean tener hijos, pero debido a que ella padece insuficiencia renal severa e hipertensión arterial un embarazo pondría en riesgo su vida. Recurren a las técnicas de fecundación

Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010). Además es legal en seis estados de los Estados Unidos: Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire, Washington D.C.; y, como se ha dicho, en México D.F.

27 Para mayores precisiones ver: SIVERINO BAVIO, Paula. “Pero el amor es más fuerte”: a propósito de las sentencias sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en Argentina. *Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia RAE Jurisprudencia*, Nro.24, Lima, junio 2010.

28 Desde el año 2007 México D.F. y el estado de Coahuila contaban con una Ley de Sociedades de Convivencia. El Congreso de México D.F. aprobó en diciembre del año 2009, el matrimonio de personas del mismo sexo, siendo la primera circunscripción latinoamericana en permitirlo. Contra los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal, se inició la acción de inconstitucionalidad 2/2010 el 27 de enero de 2010, siendo resuelta por la Suprema Corte federal de Justicia en agosto de ese mismo año.

29 Tribunal Constitucional peruano EXP. N° 00926-2007-PA/TC LIMA “C.F.A.D.” (sentencia de noviembre de 2009)

30 Exp. Nro. 803-2005-0, resolución número 379.

31 Ver un análisis más pormenorizado del tema en: SIVERINO BAVIO, Paula. “¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas”. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Tomo 141, Lima, junio 2010, pp. 140-160.

32 Expediente 183515-2006-00113.

33 Expediente 183515-2006-00113.

in vitro utilizando su propio material genético y contando el apoyo de la madre de la Sra. X, la Sra. A, quien decide llevar adelante la gestación de su nieta. Al nacer la niña D., es anotada en la Clínica como hija de la Sra. A y su yerno, el Sr. Y, padre de la pequeña. Debido a ello, la Sra. X, madre genética, interpone una acción de impugnación de la maternidad a fin de que se le reconozca el carácter de madre legal de la niña.

La magistrada entiende que no existiendo una prohibición respecto de la maternidad subrogada y con mayor razón cuando la gestación ha sido un acto altruista y amoroso cabe definir la filiación biológica a favor de la Sra. X. haciendo lugar a la acción. Pero la resolución judicial no termina aquí. Habiendo tomado conocimiento que, como consecuencia del procedimiento de fecundación in vitro realizada resultaron sobrantes tres óvulos fecundados los cuales quedaron congelados, la jueza ordena que estos sean “traídos a la vida, por sí o por una nueva maternidad subrogada” en el plazo perentorio de dos años desde la sentencia, bajo apercibimiento de que el Ministerio Público inicie “*el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el “Derecho a la vida” que tienen dichos embriones en su calidad de niños y por ende Sujetos de Derechos y de Protección Específica*”, ordenando a la Defensoría del Pueblo controle la ejecución de esta sentencia. ¿Está dentro de las atribuciones de un juez ordenar a gestar y poner para ello un plazo perentorio sujeto a sanciones? ¿Qué consideraciones respecto del rol y valor de las mujeres como sujetos morales autónomos se desprende de este mandato?

El segundo caso no es menos dramático. Aquí, en un caso de ovodonación, se considera que la mujer que buscó la gestación y dio a luz, al no poder probar un vínculo genético con la niña, incurrió en una “maternidad ilegal” razón por la cual se le quita todo vínculo legal con su hija, la que es entregada a su padre

biológico (con quien no convivía) y su esposa (quien es la promotora de la impugnación de la maternidad). Se basa en una prueba, la del ADN, todo el peso de la decisión sin considerar ni los cambios en la construcción de la filiación causados por las técnicas de reproducción asistida ni los derechos de la menor involucrada.

Como el Perú, Argentina no cuenta aún con una ley que regule las técnicas de reproducción asistida, y allí se ha ido perfilando una jurisprudencia que, no sólo ha considerada a la infertilidad una dolencia, sino que entiende que, dada la protección constitucional de la salud, el derecho a formar una familia y hasta la protección del interés superior del niño, los tratamientos respectivos deben ser cubiertos en su totalidad por los servicios de medicina prepaga y las obras sociales o mutuales, pese a que el Plan Médico Obligatorio no incluye a la fertilización asistida³⁴⁻³⁵. Esta protección ha sido extendida a parejas del mismo sexo. A fines del 2008 se autorizó a una pareja que teniendo un hijo enfermo solicita a la Obra Social le cubra el tratamiento de fertilización in vitro hasta lograr un embrión histocompatible que pueda ser donante de células progenitoras³⁶.

En el otro arco del espectro, en Costa Rica una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica prohibió las técnicas de reproducción asistida por considerar que afectan la dignidad y el derecho a

34 Sentencia del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jueza López Vergara, en La Nación on line, Información General, “Una obra social deberá pagar un tratamiento de fecundación”, del martes 4 de diciembre de 2007. en <http://www.lanacion.com>.

35 Noticia del 14 de junio de 2008, “Inédito fallo a favor de pareja que no puede tener hijos” clarín digital <http://www.clarin.com> sección sociedad.

36 Sentencia de 1ª instancia del Juzgado Federal Nro. 2, Secretaria 1, Mar del Plata (exp. 78.002), sentencia de alzada de fecha 29 de diciembre de 2008, Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata “...y otra c/ IOMA y/otra s/amparo”.

la vida de la persona por nacer³⁷, sentencia por la cual Costa Rica fue encontrada responsable de violar derechos humanos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁸, quien elevó el caso a la Corte en el pasado mes de agosto³⁹. Debe mencionarse, sin embargo, que en octubre de 2008 se amparó una petición obligando a la Caja Costarricense de Seguro Social a cubrir un tratamiento de fertilidad, por considerar a la infertilidad una “discapacidad reproductiva”⁴⁰.

En relación al debate sobre el estatuto ontológico del embrión y la anticoncepción oral de emergencia, se pronunciaron, con diferentes posturas, los máximos tribunales de Perú⁴¹, Argentina⁴², Chile⁴³, México⁴⁴, Ecua-

dor⁴⁵. Sobre la cuestión del aborto, son muy conocidas las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia⁴⁶ y de la Suprema Corte mexicana⁴⁷.

Tribunales de diversas instancias en Argentina y México, así como la Corte Constitucional Colombiana han emitido múltiples pronunciamientos sobre el derecho a aceptar o rechazar tratamientos médicos, pero siendo en el Perú un tema novedoso, no debemos dejar de mencionar el caso “Morales Denegri”⁴⁸, donde el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el ejercicio del consentimiento informado en personas con autonomía reducida⁴⁹. Asimismo se ha abordado la cuestión de la limitación del esfuerzo terapéutico y los márgenes para decidir las condiciones de la propia muerte, por ejemplo en Colombia⁵⁰ y Argentina⁵¹.

5. Colofón

Cada vez más, los operadores del derecho deben lidiar con los desafíos que el desarrollo de la tecnología y las nuevas maneras de entender las relaciones interpersonales y los procesos sociales imponen a nuestra so-

37 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, sentencia del 15 de marzo del 2000. Exp. 95-001734-0007-C0.

38 La Comisión en el año 2004 acogió parcialmente la pretensión al entender que esta disposición violaba el derecho a la intimidad, la salud, el derecho a formar una familia, y a no ser discriminado: Caso Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros c/ Costa Rica, petición 12.361

39 Caso 12.361 “Gretel Artavia Murillo y otros c. Costa Rica (fecundación asistida)”. Comunicación 91/11 del 16 de agosto de 2011 <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/91-11sp.htm> (consultada el 18 de agosto 2011)

40 El Tribunal lo hizo entendiendo que en la medida en que se propone fecundar en cada intento sólo un óvulo, no se dan las condiciones de riesgo consideradas inadmisibles por la sentencia de la Sala Constitucional. Tribunal Contencioso Administrativo, San José, Costa Rica, Proceso de Conocimiento, expediente N° 08-000178-1027-CA, “Ileana Henchoz Bolaños c/ Caja Costarricense de Seguro Social”, sentencia del 15 de octubre de 2008.

41 Tribunal Constitucional Demanda de cumplimiento, Expediente N.° 7435-2006-PC/TC “Susana Chávez Alvarado y otras c/ Ministerio de Salud” y el proceso de amparo de la ONG Acción de Lucha Anticorrupción “Sin componenda”, Expediente N° 02005-2009 PA/TC.

42 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo” sentencia del 5/3/2002.

43 Corte Suprema de Justicia de Chile, recurso de protección, sentencia del 30/08/2001; y sentencia de 2/4/2008 sobre la inconstitucionalidad del Dec. Sup. Regl. Nro. 48/2007 del Ministerio de Salud.

44 Suprema Corte mexicana, controversia constitucional 54/2009.

45 Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Res.0014-2005 RA.

46 Sentencia 355-06

47 Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007

48 EXP. N. ° 05842-2006-PHC/TC.

49 Desarrollado en: SIVERINO BAVIO, Paula, “El derecho a consentir la internación en un establecimiento de salud mental. (Reflexiones a propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional Peruano)” en AAVV, *Libro de Ponencias de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil*, Tomo III (Comisión de Reales, Comisión de Familia), Córdoba, Advocatus, 2009.

50 Corte Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad C-239-97

51 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sentencia del 9/2/2005; respecto de un menor de edad “SME y otros s” Expte. 791/08, Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 9ª Nominación de Rosario, sentencia de agosto del año 2008.

ciudad. Es preciso contar, además de con una formación “estrictamente jurídica” adecuada y actualizada, con una reflexión ética interdisciplinaria y pluralista, que derive en propuestas reguladoras representativas del consenso social y respetuosas de la dignidad humana. Los principios de responsabilidad, vulnerabilidad, respeto por las personas, beneficencia, solidaridad e identidad, entre otros, deben tenerse en consideración al momento de decidir cuestiones complejas y delicadas.

La Bioética aunque disciplina joven, está cobrando importancia en América Latina. Con esta breve recopilación (por cierto no taxativa y en la que, por cuestión de espacio, no hemos incluido las leyes y proyectos de ley sobre los temas mencionados) hemos intentado demostrar cómo el quehacer jurídico actual exige de los diferentes operadores/as del Derecho una formación al menos básica, de nivel informativo, en bioética jurídica, ya que temas complejos como los mencionados requieren el manejo de métodos y categorías propias de la disciplina bioética en el marco de los derechos humanos. Hasta ahora, el principal acento formativo ha sido puesto en los profesionales de la salud, sin pretender incidir de manera di-

recta en la formación de abogados/as y magistrados/as. Los primeros son imprescindibles para poder orientar el desarrollo legislativo y facilitar la puesta en marcha de políticas públicas respetuosas de los derechos humanos y acorde a nuestros tiempos. Y ¿qué duda cabe del rol esencial de los jueces?

Esperemos entonces que paulatinamente se abran espacios adecuados para propiciar la formación en bioética de jóvenes profesionales, pero también se brinde a abogados/as, jueces y juezas acceso a una valiosa herramienta de trabajo. En el Perú, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha asumido el desafío de formar abogados/as en bioética jurídica, a partir de la cátedra de pregrado, pero también, de un espacio institucional abierto y proyectado a la sociedad como es el Observatorio de Bioética y Derecho de la Facultad de Derecho. Quienes participamos de este espacio, lo hacemos convencidos en que amén de las fructíferas y complejas relaciones entre Bioética y Derecho, lo que la Bioética puede recordarle al Derecho es el respeto por otro, que es un sujeto moral autónomo, ese otro diverso y distinto que sin embargo es idéntico a mí mismo.