
NÚMERO 11

ENERO - DICIEMBRE 2015

LIMA, PERÚ

LUMEN

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD FEMENINA DEL SAGRADO CORAZÓN

CONSEJO EDITORIAL DE LUMEN

Director
Ronald Cárdenas Krenz

Miembros del Consejo:

Luis Felipe Bramont Arias Torres (Maestría en Derecho de Familia de la Unifé)
Mario Castillo Freyre (Pontificia Universidad Católica del Perú)
Carlos Fernández Sessarego (Academia Peruana de Derecho)
Rubén Ugarteche Villacorta (Instituto Interamericano de Derechos de Autor)
Lourdes Velázquez González (Universidad Anáhuac - México)

ISSN: 2225-0840

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-03199

Domicilio:

Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón - UNIFÉ
Av. Los Frutales N° 954 Urb. Santa Magdalena Sofía - La Molina. Lima 12, Perú
Teléfonos: 4364641 - 4341885 Anexo: 252
Fax: 4350853
E-mail: dptocj@unife.edu.pe

Diseño e impresión: Grafimag S.R.L.
Enero - Diciembre 2015

Revista de publicación anual indizada en base de datos LATINDEX

Traducción de textos al inglés efectuada por la empresa:
Business Communications Consulting (www.bcc.com.pe)
San Isidro, Lima 27. Tfs. (511) 222-6737
(511) 221-2850

Prohibida la reproducción total o parcial de los artículos publicados en esta revista sin autorización escrita de la misma

El contenido de cada artículo de esta revista, que se publica anualmente, es responsabilidad de su autor o autores y no compromete la opinión de la revista ni de la institución.

Revista arbitrada
Lima - Perú

Universidad Femenina del Sagrado Corazón

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rectora

Elizabeth Bazán Gayoso

Vicerrectora Académica

Victoria García García

Vicerrector Administrativo

Fernando Elgegren Reátegui

CONSEJO DE FACULTAD DE DERECHO

Decano a.i. de la Facultad de Derecho

Mario Romero Antola

Directora de la Escuela Profesional de Derecho

Liliana Seminario Méndez

Representante de los Docentes Asociados

Gisela Vidal Cabeza

Representantes Estudiantiles Titulares

Vanessa Antuanet Abreu Sancho

Elizabeth Huamán Cruz

Representante Estudiantil Accesitaria:

Jazmín Adrianzén Avila

CONTENIDO

EDITORIAL	7
BIOÉTICA Y BIOJURIDICA	
UNA BREVE HISTORIA DEL CUERPO HUMANO COMO SOPORTE DE LAS INVESTIGACIONES MÉDICAS <i>Armando S. Andruet (h)</i>	9
FECUNDACIÓN ASISTIDA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO: ¿QUÉ TAN INFORMADO ES DICHO CONSENTIMIENTO? <i>Ronald Cárdenas Krenz</i>	19
LA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD COMO EJERCICIO DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LAS PERSONAS, EN EL DOCUMENTO DE VOLUNTAD ANTICIPADA, DE ACUERDO A LA LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO EN MÉXICO <i>Gerardo Vicente Estrada Alvarado</i>	33
LA IMPORTANCIA DE LA PRESENCIA INTENCIONAL EN LA REHUMANIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA <i>Jesús Monge Moreno y José López Guzmán</i>	47
EL TESTAMENTO VITAL: UNA GENUINA MANIFESTACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD <i>Sylvia Torres Morales de Ferreyros</i>	59
DERECHO CIVIL	
EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES <i>Marco Carmona Brenis y Martha Vigil Zárate</i>	77
¿EXTINCIÓN DE LA INTERDICCIÓN Y LA CURATELA? COMENTARIOS A UNA AUDAZ Y POLÉMICA SENTENCIA <i>Jairo Cieza Mora</i>	85
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA FRENTE AL CONCEPTO DE PERSONA <i>Julieta Melo Correa</i>	95
GESTANTE Y CONCEBIDO: ENTRE EL DERECHO A LA VIDA Y EL DERECHO A LA MUERTE DIGNA <i>Sandra Maritza Rovegno Loayza</i>	105
EL CONCEBIDO IN VITRO CRIOCONSERVADO COMO SUJETO DE DERECHO Y SU TRATAMIENTO DENTRO DE UN PROCESO DE DIVORCIO <i>Luisa Villena Barahona</i>	117
INVESTIGACIÓN JURÍDICA	
UN ESTUDIO EMPÍRICO SOBRE LA INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO Y SU ENEMISTAD CON LA METODOLOGÍA CIENTÍFICA <i>Wilde Mollán</i>	127
BASES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS	135

EDITORIAL

Un estudio, cuyos resultados se han difundido recientemente, elaborado por la Universidad Complutense de Madrid y la Universitat Jaume I (Castellón), en el que han participado 604 profesores universitarios, revela que los docentes que investigan suelen ser mejores profesores.

¿Qué es lo que la investigación aporta para que un investigador sea un mejor profesor? Dicen los autores del estudio que ella propiciaría el desarrollo de un mejor criterio para elegir qué temas abordar en clase, así como que el docente tenga mayor acierto y rigor para calificar a los estudiantes y orientarlos de una mejor manera.

Aunque debemos tener presente que tampoco se puede generalizar y que el exceso de dedicación puede ser contraproducente para el debido ejercicio de la actividad docente, el dato pone de relieve la necesidad de las instituciones universitarias de promover la investigación, así como la importancia del compromiso del profesor para dedicar tiempo a ella, tarea que debe ser inseparable del ejercicio de la cátedra.

La investigación enriquece al docente, brinda una formación más completa al estudiante y aporta a la sociedad. Mas para ello, el resultado de la misma debe ser difundido; de allí la relevancia de la publicación de revistas institucionales, las que, además, permiten el encuentro de docentes de diversas universidades y países, como también entre estudiantes y egresados, para difundir sus trabajos, divulgar el conocimiento, intercambiar ideas y alentar la reflexión y el debate.

Precisamente, la presente edición cuenta con la colaboración de distinguidos autores de Argentina, Colombia, España y México, a quienes agradecemos por su valioso concurso, como también por cierto a los autores nacionales que colaboran con este número.

Tan importante como lograr nuevos conocimientos, es la debida difusión de los mismos. Una investigación que no se divulga, no tiene sentido. Y mientras más alcance tenga, mejor aún. Por ello también la conveniencia de que las revistas se editen no solo en formato físico, sino que también se pongan al alcance del lector de cualquier parte del mundo vía internet. A partir del presente año, precisamente, Lumen, publicación anual de la Facultad de Derecho de la Unifé, es una revista indizada y cada vez más accesible a través de diversos buscadores internacionales.

Solo queda una duda del estudio hecho en España al que hemos hecho referencia al inicio de las presentes líneas: ¿Los investigadores son mejores profesores, o es que los mejores profesores se dedican a la investigación? La respuesta no es sencilla y puede que lo que realmente ocurre es que el buen profesor tiene interés por investigar, y que el hecho que investigue lo hace también mejor profesor, alimentando de esta manera un círculo virtuoso.

Sea como sea, la discusión queda abierta, como abiertas quedan estas páginas tanto para el atento lector, como para los investigadores interesados en publicar en ellas.

Ronald Cárdenas Krenz
Director

UNA BREVE HISTORIA DEL CUERPO HUMANO COMO SOPORTE DE LAS INVESTIGACIONES MÉDICAS

*Armando S. Andruet (h)**

Recibido: 04.10.2015

Aprobado: 11.10.2015

RESUMEN

El artículo se refiere a la consideración del cuerpo humano como soporte de la investigación en medicina, teniendo en cuenta la importancia del mismo, ya que la vida del hombre es la vida de su cuerpo. Se revisa la consideración histórica del cuerpo, haciendo una síntesis de los cuatro momentos de su historia: descubrimiento, conocimiento, implosión y mixturización, pasando luego a relacionar el tema con la biopolítica del siglo XXI.

ABSTRACT

The article refers to the human body being used as a means to substantiate medical research, considering its importance since there can be no human life without a human body. It makes a historical account of the human anatomy, highlighting four different moments in its history: discovery, knowledge, implosion, and melting. It then goes on to establish the links between this subject and the biopolitics of the XXI century.

PALABRAS CLAVE

Anatomía. Cuerpo humano. Investigación médica. Biopolítica.

KEY WORDS

Anatomy. Human Body. Medical Research. Biopolicy.

1. REFLEXIÓN INTRODUCTORIA

Hemos considerado muy oportuno para un momento tan especial como el presente, buscar para la reflexión, una cuestión que tenga la singularidad de mantenerse vigente más allá de los innumerables cambios que sobre la misma materia, han pasado y habrán

de sucederse. Ello así, porque el cuerpo, es donde el hombre es tal, y a la vez lugar en el cual la investigación se cumple. A los hombres nunca les fue indiferente su cuerpo y por ello: lo abordaron para estudiarlo, lo preservaron para santificarlo, lo banalizaron para degradarlo, lo mundanizaron para comercialarlo, lo

erotizaron para sensibilizarlo. Al fin, la vida del hombre es la vida de su cuerpo, sin él, nada podríamos decir.

Conocer las maneras en que el cuerpo ha sido 'considerado', son las formas tópicas de comprender cuáles eran los sistemas de pensamiento imperante y hasta donde, los hombres

* Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y de la Academia de Ciencias Médicas de Córdoba (Argentina). Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica de Córdoba. Profesor Titular (Int.) de Historia de la Medicina en la Universidad Nacional de Villa María. Profesor Extraordinario de la UNIFE. Vocal en retiro del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Contacto: armandoandruet@gmail.com

ejercitaban prácticas de libertad o de negación de ella¹.

Nuestro objetivo será muy acotado para un tema demasiado complejo; ello así, porque compartir la reflexión en un espacio erudito de hombres, que disciplinadamente leen, reflexionan y actúan sobre el cuerpo de los otros, hace como es natural, que las elucubraciones que pueden ser por nosotros esgrimidas, frente a lo acontecido con la misma substancia corpórea a modo de historia menor, deban ser extremadamente elaboradas.

A la reflexión histórica que haremos, le sumamos la dimensión proyectiva del discurso, y para ello abordaremos algunos aspectos que transitan variables relacionadas con la ideología de vida biológica que pronto será la imperante -arriesgamos nosotros-, y que según creemos se habrá de definir por las siguientes variables: 1) Una vida que resulte autónomamente plena, 2) Biológicamente prolongada y 3) Corporalmente pos-orgánica.

Lo primero será posible porque los marcos jurídicos tienden a ser dúctiles antes que fijos y con ello, el triunfo del

autonomismo será incuestionable²; lo segundo porque se habrán de vincular los desarrollos de una medicina ejecutada sobre información genética personalizada acumulada en un micro-biochip y la utilización de células totipotenciales reprogramadas; y lo tercero, porque los aportes de la biotecnología serán notables y la simbiosis humano/no humano será corriente³.

2. APREHENSIÓN INTELECTIVA DE LOS MOMENTOS DE UNA HISTORIA DEL CUERPO HUMANO

Comenzamos por hacer una afirmación, que es resultado de las reflexiones que sobre esta cuestión, nos hemos venido formulando. Ella es, que la ciencia en su infatigable y continuo avance a la estación siguiente, en una ruta sin final, ha demostrado con claridad, que no tiene ella misma, los elementos suficientes para poder autogobernarse éticamente⁴ y por ello, los instrumentos internacionales que son el fruto de los consensos de la convivencia mundial y que presumidamente han tomado distancia de los laterales intereses peculiares de grupos que encarnan a los poderes

fácticos o institucionales, son por lo general, los únicos valedores que pueden cooperar con fortaleza en una tarea inacabada como también permanentemente, como es la de 'etizar'⁵ la tecno-ciencia, en tanto que resulta aplicada a la investigación en seres humanos.

Hay que señalar de igual manera, que dichos consensos universales sólo podrán ser eficaces cuando también se comparta una cosmovisión fortalecida de la misma dignidad del cuerpo humano y con lo cual, se coloque en relevancia a la persona humana como sujeto de investigación. Caso contrario, resultarán los instrumentos internacionales superables, retóricos e inútiles. Cuando el cuerpo, quede desontologizado, la persona podrá ser sin compromiso alguno, completa o parcialmente cosificada⁶. En síntesis, afirmamos que el tema de la investigación en seres humanos, es la historia del cuerpo humano.

Entonces, y con la precariedad ya adelantada, advertimos la existencia de cuatro grandes momentos -sin perjuicio de factores epocales importantes en cada uno de ellos- que relatan la historia del cuerpo

¹ Buen ejemplo de ello, es la obra de Le Goff, J. y Truong, N. (2005). Una historia del cuerpo en la edad media. Buenos Aires: Paidós.

² Vide Zagrebelski, G. (1999). El derecho dúctil. Madrid: Trotta. Casado da Rocha, A. (ed.) (2014). Autonomía con otros - Ensayos sobre bioética. Madrid: Plaza y Valdez, 2014.

³ Vide sobre el último de los aspectos, una noticia periodística reciente, así: "Ian Levi nació con una encefalopatía crónica evolutiva que lo limita en sus movimientos y en el habla. Sin embargo, con siete años y sentado en la cocina de su casa de Belgrano, prende la televisión, pone la música que le gusta y cuenta que tiene ganas de ir a la casa de su abuela. Todo esto, gracias al Tobii, un dispositivo sueco que se vale de la posición y el movimiento de los ojos para facilitar ciertas acciones y la comunicación. Se trata de un lector de ojos y una pantalla interactiva, que también es táctil. Con solo mover los ojos, el usuario puede pasar por distintas plantillas para comunicarse y operar otros dispositivos tecnológicos" (Diario La Nación, 7.IX.15).

⁴ Cfr. Sarmiento, A. et al. (1993). Ética y genética. Pamplona: EUNSA, p. 150 y ss.

⁵ Hemos leído dicho concepto en Esperanza Guisán Seijas (1994). "Los límites éticos de la democracia". En: Anuario de Filosofía del Derecho, N° 11. Universidad de Santiago de Compostela, p. 61-74.

⁶ Vide Hottois, G. (2013). Dignidad y diversidad humanas, Bogotá: Universidad del Bosque.

humano y con ello, la misma evolución de la investigación sobre el mismo⁷. A manera de síntesis orientativa de lo que luego ampliaremos, indicamos que en un primer momento, el cuerpo solo fue *descubierto* para luego poder ser *conocido* y ambos momentos, son espacios previos a toda 'práctica investigativa propiamente dicha', sin perjuicio de ciertas 'prácticas experienciales' -legales o clandestinas- que naturalmente se habrán cumplido con anterioridad; puesto que la investigación en el sentido moderno y técnico que de ella hacemos, recién habrá de existir cuando el cuerpo resulte *implosionado* y sea la mencionada realización, la que deje expedita una vía para que luego sea el cuerpo *mixturado*. Entonces decimos que una breve historia del cuerpo supone estos cuatro hitos sobre el mismo: descubrirlo, conocerlo, implosionarlo y luego mixturarlo.

Destacamos que en las etapas nombradas como de: *descubrimiento* y *conocimiento* y que se habrá de extender la última de las citadas hasta la mitad del siglo XX; naturalmente nadie puede negar que no se hicieran en dicho lapsus investigaciones con seres humanos; sin embargo, dichas realizaciones no tienen desde nuestra perspectiva el rango moderno de investigaciones -sin perjuicio que operativamente lo sean-, porque no estaban protocolizadas sus rutinas de cumplimiento y. por lo tanto,

eran ejecutadas en el mejor de los casos, bajo los criterios que el mismo investigador consideraba el más adecuado o, en su defecto, el que era sugerido por la misma comunidad científica.

El cuerpo humano había llegado sí, a ser conocido en profundidad química y mecánicamente y ello para nada es una cuestión menor; sin embargo, todavía el hombre no era conocido en su 'micro-composición', es decir, no se había ingresado en el extenso territorio que habrá de habilitar la instancia de la *implosión* del cuerpo, y que es, cuando llegue el hombre médico en una gestión similar a la de un explorador de túneles profundos, a los recónditos núcleos primarios acerca de cómo es que la vida misma, y sobre la cual el cuerpo se asienta, es producida.

Al fin de cuentas, el momento de la *implosión*, abre una reflexión 'meta-corporal' en su indagación y por ello de inusitada provocación, puesto que parece aspirar reunificar en el hombre mismo: lo creado con el creador⁸.

Así es como el cuerpo humano, devendrá tan sobre-implosionado que será el propio cuerpo, quien en modo sutil, dará lugar a un nuevo momento y del cual, posiblemente seamos nosotros mismos hoy, sujetos de esa realización pragmática aunque creamos no serlo.

Este cuarto y último momento, bien se podrá caracterizar señalando en que si bien el estudio del cuerpo que se hace, no es corporal en el sentido empírico o sensible como lo fueron los dos momentos iniciales del *descubrir* y *conocer*; como tampoco será de una manera 'meta-corporal' como hemos adjudicado al segmento del *implosionar* en su grado máximo; sino que se tratará de una apropiación de tipo 'pos-corporal' del cuerpo humano.

3. DESARROLLO ANALÍTICO DE LOS MOMENTOS DESCRIPTOS

Hemos realizado una síntesis de los cuatro momentos de la historia del cuerpo, según la manera en que el hombre ha reposado su mirada y acción sobre dicha masa: *descubriendo*, *conociendo*, *implosionando* y *mixturando* el cuerpo. Ahora, proponemos un acercamiento a la misma consideración, aunque no en el sentido de solo aprehensión intelectual de cada uno de ellos, sino aproximándonos desde los cortes cronológicos que corresponden a cada uno y que, dicho lo anterior, resulta de una mayor facilidad su comprensión y quita alguna cuota de arbitrariedad razonable que se debe tener, a la hora de localizar hechos reales que demarquen como una suerte de hitos, un pasado y un futuro.

Lo que limita cada uno de los cuatro momentos que hemos significado, son ciertos

⁷ Algunos historiadores han señalado que en la historia de la medicina -no del cuerpo humano- existen tres momentos cumbres: el primero, Grecia; el segundo, el siglo XVI; y, el tercero, la última mitad del siglo XIX (Cfr. Somolinnos d'Ardois, G. (1980). Historia de la medicina. México: Sociedad Mexicana de Historia y Filosofía de la Medicina, p. 63).

⁸ Vide Foucault, M. (2010). El cuerpo utópico - Las heterotopías. Buenos Aires: Nueva Visión.

acontecimientos que para el entorno de la disciplina de la historia de la medicina o para la sociología de la cultura y de lo cultural en las ciencias médicas, tienen incuestionable relevancia posterior⁹. Y si bien es cierto que en la antigüedad y antes de la fecha que habremos de indicar, existieron acontecimientos vinculados a las prácticas de las disecciones humanas¹⁰ en forma autorizada, fue ello realizado durante breve lapsus o en su defecto eran furtivas y por ello incontrolables; por lo que corresponde tomar como registro incuestionablemente suficiente, el que se produce cuando dichas realizaciones se ejercitan no solo como prácticas autorizadas, sino cuando, además, ellas pasaron a ser continuas en el tiempo y por lo tanto, pudieron generar una praxis cuasi pedagógica en dicha gestión.

Dichas disecciones humanas, sostenidamente cumplidas según el relato del propio Galeno, por lo menos durante casi trescientos años, fueron después de la autorización de Ptolomeo I, monarca de Alejandría se cumplieron en la *Escuela Alejandrina* de medicina sobre el siglo III. a.c., particularmente por Herófilo a quien la historia sin duda que por ello, lo recuerda como el

fundador de la anatomía¹¹. Dicho médico, lo que hizo fue *descubrir* el cuerpo humano. Los hombres que se dedicaban al estudio de la medicina hasta dicha época, no conocían casi con ninguna certeza que había más allá, de lo que fenoménicamente le devolvían sus sentidos.

Solo después de haberse logrado ese descubrimiento de la corporeidad y que se vio interrumpido por el éxodo de los médicos alejandrinos de la tardía Escuela Empírica a Roma, por estar allí el nuevo centro cultural y el desinterés de dicho colectivo por la práctica de la autopsia que suplieron mediante un método de analogía. Debieron entonces, pasar varios siglos hasta que se reinstale ya en modo perdurable la posibilidad de hacer los respectivos estudios del cuerpo humano mediante disecciones de cadáveres y que habrá de ocurrir recién entrado ya el mundo renacentista.

Será justamente en particular con Andrea Vesalio, en su obra *De humani corporis fabrica libri septem*, publicada en 1543, quien se convertirá en el anatomista más importante de todos los tiempos y en responsable de comenzar el proyecto siempre inconcluso de *conocer* al hombre y ello sólo pudo te-

ner éxito, cuando la disección de los cuerpos pasó a ser una práctica lícita, permanente y educativa.

De todas formas hay que señalar, que las primeras disecciones en la enseñanza médica en esta época, son anteriores a Vesalio, pues se ubican en el primer cuarto del siglo XIII en Bolonia, también sobre el 1340 en Montpellier y en 1407 en París. Con ello, se desmiente en alguna medida, como lo puntualiza Danielle Jacquart, que la Iglesia hubiera prohibido las disecciones del cuerpo humano; en realidad, lo que se perseguía eran las violaciones de tumbas y los robos de los cadáveres según se desprende del decreto promulgado por el Papa Bonifacio VIII en 1299¹².

Cabe agregar que Federico II, Emperador del Sacro Imperio Romano Germano entre 1220 y 1250, a solicitud del médico catalán Arnau de Vilanova que había estudiado y enseñado en la Universidad de Montpellier, dicta la disposición autorizando que se practicaran en forma obligatoria para todos los médicos del reino la disección de los cadáveres y que oficialmente es la primera norma que se registra para Europa¹³.

En una extensa franja de tiempo que llegará hasta la media

⁹ Vide Parsons, T. (1966). "Estructura social y proceso dinámico: El caso de la práctica médica moderna". En: El Sistema Social. Madrid: Revista de Occidente, p. 431 y ss.

¹⁰ Se dice también que se comenzaron a realizar algunas vivisecciones con criminales condenados a la muerte.

¹¹ Herófilo vivió del 335 al 280 a.c., fue médico de Ptolomeo I, trabajó y escribió en Alejandría y tuvo acceso a los grandes estudios anteriores existentes (Cfr. Barquin, M. (1977). Historia de la medicina - Su problemática actual. México: Francisco Méndez Oteo, pág. 139 y ss.).

¹² Cfr. Le Goff, J. y Truong, N (2005). Una historia del cuerpo en la edad media. Buenos Aires: Paidós, p. 101 y sgs.

¹³ A tal respecto, los autores han indicado que "Aparte de la autorización dictada por Federico II en las Dos Sicilias (...) y que fuera la primera registrada en Europa, el primer caso conocido en que un rey concede privilegio para una disección ocurre en 1376, y el monarca que promulga tal disposición es Luis de Anjou, rey de Francia; el cadáver a que se hace referencia en esta ocasión es el de un ajusticiado.

centuria del siglo XX, los médicos e investigadores, agotarán el estudio de la fisiología de los diferentes sistemas corporales, de la misma anatomía, patología y de la histología.

Se sucederán en esos cinco siglos que separan el renacimiento con el siglo XX, un conjunto extraordinario de avances en la medicina y solo en función de ellos, es que se pudieron efectuar los inicios precisos a prácticas auténticamente investigativas y legítimas sobre el cuerpo; sin perjuicio de realizaciones honestas anteriores, y aunque fueron ellas en muchos casos de baja escala -y sus protocolos no formalizados por la comunidad internacional-, sus resultados fueron muy auspiciosos y para lo cual, los aportes del gran fisiólogo de todos los tiempos y una de las más ilustres figuras de la medicina en palabras de Pedro Laín Entralgo, como fuera Claude Bernard, quien desde su obra *'Introducción al estudio de la medicina experimental'* de 1865, es que se habrán de producir los grandes avances venideros incluso aquellos que son de triste recuerdo por su incontestable afectación a la dignidad humana.

Acorde a lo que resulta de la obra mencionada, la medicina experimental comenzará a tener una organización y formulación científica y, por ello, mostrará una natural superación a todo procedimiento anterior, pero a la vez, con mucha distancia de lo que finalmente habrá de quedar consolidado como investigación en el sentido pleno; siendo ello, un resultado no solo de la contemporaneidad sino en particular, del concierto consensual de los estados y de la comunidad científica afianzado en el inmanente concepto de la dignidad humana como valladar incorruptible y que fuera gestado inicialmente en el Código de Nuremberg en 1947 y en la Declaración de Helsinki en 1963.

Al solo efecto de consolidar la tesis propuesta en el párrafo anterior, señalamos que, en poco tiempo, y luego de aquella primaria y valiosa metodología científica de Bernard, emergerán -entre otras realizaciones- el estudio sobre los microbios aeróbicos y anaeróbicos por Louis Pasteur y que lleva a la utilización del procedimiento hoy conocido de pasteurización en 1868 y la vacuna de la rabia en 1885, también la

formulación de los principios antisépticos por Joseph Lister en 1867, el descubrimiento de los rayos X por Wilhelm Roentgen en 1895, como el reconocimiento de nuevas sustancias aisladas y conocidas hoy bajo el concepto de 'vitaminas' por Casimir Funk en 1911, y luego el resultado del logro de la penicilina en 1928 por Alexander Fleming; por nombrar *ad exemplum*, puesto que la nómina sería inagotable, pero nos resultan útiles los datos para significar con los hitos que hemos dicho, que en su mayoría todo ello fue generado entre el último medio siglo del XIX y las primeras décadas del siguiente.

Fueron dichos acontecimientos en continuidad, los artífices de que la ciencia médica comenzará a curar y hacer desaparecer fatigosamente diversas enfermedades, controlar las epidemias y por último, también mejorar la calidad de vida de las personas. El extenso catálogo de experiencias investigativas de este tipo, fueron entonces cumplidas, entre la medicina del positivismo naturalista¹⁴ -que se inicia sobre el 1850- y que llega hasta finales de la primera guerra mun-

Al año siguiente, o sea, en 1377, Carlos el Malo, rey de Navarra, concede un privilegio similar, y en 1396 Carlos VI, rey de Francia, regulariza el privilegio de la disección ordenando al gobernador de Montpellier la entrega de un cadáver al año a la Facultad de Medicina. En Cataluña, es Juan II quien en 1391 promulga un edicto en el que se dispone que las autoridades judiciales de Lérida entreguen a la Facultad de Medicina de aquella Universidad -fundada en 1300 y trasladada a Cervera en 1714-, todos los cadáveres de los ajusticiados en su demarcación para que en ellos se practicara anatomía. Y, en 1488, es Fernando el Católico quien concede un privilegio similar al Colegio de Médicos de Zaragoza" (Fabregas, J. (1968). *El cuerpo humano*: Barcelona: Bruguera, p. 94).

¹⁴ Recuerda a propósito de la medicina del positivismo naturalista, Laín Entralgo, que "Es forzoso repetir aquí lo que tan insistentemente ha sido dicho en páginas anteriores: que si la historia transcurre a saltos, esos saltos son mínimos. Ni la situación 'romántica' del mundo moderno acaba escuetamente en 1848, ni es difícil descubrir años antes de esa fecha modos 'positivistas' de concebir y hacer la medicina (...) Pero esa innegable verdad histórica no debe hacernos desconocer otra, más importante: que entre 1840 y 1850 se va instaurando en casi todos los espíritus europeos una nueva mentalidad, a la cual, y sin perjuicio de ir haciendo las salvedades y distinciones en cada momento necesarias, llamaremos desde ahora 'positivismo naturalista'" (*Historia de la medicina moderna y contemporánea* (1963). Barcelona: Editorial Científico-Médico, p. 471).

dial¹⁵; y allí es donde se muestra con total claridad, que el cuerpo humano finalmente, había sido conocido.

A las actividades ejemplificadas, en realidad y sin con ello importar ningún disvalor, preferimos nombrarlas más que investigaciones propiamente dichas, señalarlas como '*prácticas experienciales*'; dejando entonces reservado el concepto de 'investigaciones' para aquellas otras realizaciones que se hacen según protocolos internacionalmente regulados y que por lo tanto, serán por defecto las que se cumplan recién luego de formulado el *Código de Nuremberg* en 1947 y fortalecido en la *Declaración de Helsinki* en 1963 y luego, mediante una extensa retahíla de instrumentos internacionales que naturalmente serán los que habrán de permitir que las diversas investigaciones cumplidas de esta manera, promoverán el acontecimiento científico-médico que dará la apertura, al tercero de los momentos ya dichos y que es cuando el cuerpo humano, comience a ser *implosionado*.

Con lo cual, se habrá de pasar de las miradas macroscópicas no meramente a las microscópicas del cuerpo humano, pues ello, ya lo había promocionado sobre el 1673 Antoon van Leeuwenhoek como el microscopista por excelencia; sino en rigor el paso a lo molecular

propiamente¹⁶ y, con ello, a una suerte de adentramiento al núcleo iniciativo de la persona. En rigor de verdad, con ello, la comunidad científica pone su meta en lograr identificar el grado cero de la *physis* de la vida humana.

Dicho incrementalismo en el estudio de la biología humana, llevará al reconocimiento estructural de la doble hélice del ADN por los premios Nobel en Medicina, Maurice Wilkins, James Watson y Francis Crick en 1962, y desde ese momento hacia el futuro, el cuerpo será propiamente *implosionado* - esto es explotado hacia dentro y para que ello sea posible, la investigación en el sentido moderno -pos Nuremberg- será un aliado imprescindible¹⁷.

Ello, con el avance adquirido después de la mitad del siglo pasado, vendrá a quedar claramente plasmado no como anhelo sino como realización en curso, cuando a partir de la década de los 80 y hasta finales del siglo XX, la medicina se convierta en biomedicina, en función de que su sesgo principalmente está puesto en el conocimiento de la estructura molecular del cuerpo.

Y si bien con anterioridad al último medio siglo pasado, existieron incursiones que pueden considerarse de alguna manera próximas a un modelo implosivo como pueden considerarse

los aportes de Rudolf Virchow en 1852 y su teoría de la patología; sin embargo, al faltarle a dichos estudios un desarrollo operativo de una práctica investigativa completa y que estaba limitada por los mismos progresos de la asistencia técnica con la cual se contaba, en modo alguno pueden ser consideradas investigaciones propiamente, sin perjuicio -reiteramos- que se hayan podido obtener de tales tareas incommensurables réditos sanitarios de incuestionable valor y ser base cierta para las investigaciones venideras.

Luego del mencionado momento implosivo del cuerpo humano, es que se abre una instancia que bien todavía no podemos señalar con precisión, cuál es el acontecimiento que permite identificar el cruce de frontera; pero acerca de lo que no tenemos dudas, es que somos nosotros: hombres del 2015, protagonistas del tránsito de ello, y para lo cual, basta con recordar que en el año 2001, es publicado en *Nature* el borrador de la secuenciación completa del genoma humano por el *Proyecto Genoma Humano* y, con ello, se ha iniciado sin dudarlo un revolucionario sin fin de resultados relacionados con la genómica en general¹⁸.

Y aquí es donde se produce una curiosa síntesis, en función de que los investigado-

¹⁵ José Babini se ha ocupado de hacer una enumeración detallada de los mayores avances que en dicha perspectiva y tal período, se han producido (2000. Historia de la medicina. Barcelona, Gedisa, pág. 149-157).

¹⁶ Cfr. López Piñero, J. y Lain Entralgo, P. (1963). Panorama histórico de la ciencia moderna. Madrid: Guadarrama, p. 192 y ss.

¹⁷ Vide. Lacadena, J. (2003). Genética y bioética. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

¹⁸ Resultan ilustrativas las consideraciones, que hoy ya pueden ser destacadas de vetustas que ha formulado Juan Ramón Lacadena, en orden a la vinculación ética y el problema de la genómica (2003. Cfr. Genética y bioética. Madrid: Universidad de Comillas, p. 275 y ss).

res han logrado conocer gran parte de lo pretendido tanto a nivel macroscópico -mediante el *descubrir* y el *conocer* del cuerpo- y mediante el *implantar* lo han logrado a nivel no ya microscópico; sino propiamente molecular y por lo cual, se podrá hablar de 'biología molecular'¹⁹ y ello habilitará el cuarto momento que supone una mutación sobre ambas líneas anteriores.

El cuarto momento nombrado de la *mixturación*, si bien se podría ubicar más atrás que el tiempo presente, en realidad cobra relevancia como momento autónomo en cuanto que la naturaleza humana comienza a ser cohabitada por realizaciones no humanas y ello, no sólo se lo hace a un nivel de reemplazo de partes mecánicas o funcionales del cuerpo humano, lo que sin duda tiene varias décadas de realización mediante la utilización de una prótesis cualquiera, sino cuando dichas entidades no humanas en el cuerpo humano tienden

a ser pensadas como desarrollos autónomos que equivalen completamente a funciones o sistemas corporales y que finalmente, permiten generar interacciones operativas en el mismo obrar del hombre.

En estos supuestos, la prótesis deja de ser una extensión de los órganos sensoriales tal como el primer filósofo de la ciencia Ernest Kapp lo postulaba, y, por lo tanto, en el mejor de los casos solo era mimesis, esto es una imitación de ellos para pasar a ser auténticos artefactos que superan las condiciones y capacidades del original, tal como John Bernal -Premio Nobel de Química en 1964- lo propuso en cuanto que dichas extensiones reemplazarán al cuerpo, por ser menos corruptibles que el cuerpo humano y con lo cual, se estaban disponiendo los elementos sobre los que se habrán de asentar ulteriormente los movimientos trashumanistas²⁰.

El concepto entonces de ortopedia²¹ en este cuarto

momento de la historia del cuerpo, se maximiza, y no es ya solo la corrección corporal, sino la sustitución del correctivo artificial desplazando la matriz natural. Tal circunstancia de mestizaje humano-artificial, habrá de importar entonces, que sea considerado el cuerpo desde una clave diferente; no ya en cuanto a que ha sido posible conocerlo macroscópica y microscópicamente, sino de cuánto de lo que se nombra como cuerpo humano, corresponde formalmente al ser hombre.

Solo para terminar esta reflexión, nos permitimos considerar en el apartado siguiente una serie de proyecciones que habrán de darle entidad al concepto de *mixturación* que a nivel de corporeidad hemos enunciado y que bien se pueden considerar, como avatares futuros de la biopolítica, o simplemente reconocerlos como la biopolítica del siglo XXI²².

¹⁹ Respecto a la biología molecular, ha dicho Francis Crick que adoptó dicho neologismo para autodefinirse, porque era ya difícil continuar respondiendo que era una mezcla de cristalógrafo, biofísico, bioquímico y genetista. La biología molecular, efectivamente, no se presenta como la última fase del descenso progresivo e incesante a lo más pequeño, que había caracterizado la biología de los últimos siglos, (...). La biología molecular (...), es un enorme intento de unificación, en un cuadro coherente y heurísticamente fructífero, de un vasto conjunto de conocimiento sobre los mecanismos de la vida que era algo heterogéneo y estaba dotado de escaso potencial explicativo" (Geymonat, L. (1985); Historia del pensamiento filosófico y científico. Barcelona: Ariel, T.III, p. 43).

²⁰ "Los transhumanistas piensan que ha llegado la hora de que el hombre tome el control de la evolución humana y afronta la tarea de superar sus propias limitaciones. Reconocen que el primero en usar la palabra 'transhumanos' fue el biólogo Julian Huxley, un autor cercano a Haldane y Bernal, quien en 1957 definió así al hombre que sigue siendo humano pero se trasciende y realiza las nuevas posibilidades que encierra su naturaleza" (Capanna, P. (2009). "Autopoiesis y post humanismo". En: *Animales/Hombres/Máquinas*, Río Cuarto, Universidad Nacional de Río Cuarto, p. 9).

²¹ "Arte de corregir o de evitar las deformaciones del cuerpo humano, por medio de ciertos aparatos o de ejercicios corporales" (Real Academia Española (2001). Diccionario de la lengua española. Madrid: Espasa Calpe, 22 ed., T.II, p. 1636).

²² Para el mencionado desarrollo temático, hemos seguido de cerca la obra de Nikolas Rose (2012). Políticas de la vida - Biomedicina, poder y subjetividad del siglo XXI. Buenos Aires: Unipe, 2012, capítulo I y al que hacemos una confrontación in extenso. Señala el autor que "la política vital de nuestro siglo es muy diferente: no se encuentra delimitada por los polos de la salud y la enfermedad, ni se centra en eliminar patologías para proteger el destino de la nación. Antes bien, se ocupa de nuestra capacidad, cada día mayor, de controlar, administrar, modificar, redefinir y modular las propias capacidades vitales de los seres humanos en cuanto criaturas vivas. Es, como sugiero, una política de la 'vida en sí'" (ibidem, pág. 25).

4. Connotaciones de la biopolítica del siglo XXI

Para comprender dicha problemática, es conveniente situarse en un lugar desde el cual, se advierta que la práctica médica estará asociada a una construcción política y por lo que, el resultado emergente, será la síntesis de esa tensión y las nombradas dimensiones que de ello resulten.

En tal orden corresponde advertir, que la mentalidad biomédica no imperante aunque presente en general en modo embrionario, promueve una manera de razonar médicamente atravesada por el canon de la *perspectiva molecular* y, por ello, es que se comprende desde dicho marco referencial, que cualquier tramo de los procesos vitales que se quiera abordar, es posible que sea aislado y recombinado, y con ello la 'facticidad de lo natural y vital', ha sido suplantada por la 'realización de lo posible eficientemente'. El logos del *bios* ha mutado al logos de lo técnico.

Inmediatamente de lo dicho, se difumina otra de las dimensiones de igual valencia, como es, que la tecnología que sugerimos existente en este pensamiento que promueve la cultura médica de la molecularización -como sugiere la perspectiva anterior-, importa admitir que los límites de lo que puede parecer lejano de conseguir como logro médico, en realidad puede ser bastante cercano; y por ello, de la misma forma que durante el siglo

XVIII bajo la influencia kantiana ganó ciudadanía la idea de una 'ley de progreso indefinido', en los tiempos próximos reinará una ideología de la natural disposición a la *optimización* de cuanto sea posible alcanzar en el tiempo presente, para con ello poder arribar más rápidamente al mejor de los futuros posibles.

La *perspectiva molecular* del siglo XXI y el derrotero instalado de la *optimización* posible de todos los tramos de la salud y la vida, por lógica consecuencia, lleva a que los ciudadanos sumen a la condición política que les acompaña en el mundo de las instituciones y sociedad, el de una *ciudadanía biológica* y que por ella, tengan imposiciones de ciertas prácticas o el de evitar otras; ambos comportamientos en relación a enfermedades o cuidados de la salud en general.

La ciudadanía biológica, habrá de imponer exigencias de cumplimiento relativas a lo sanitario de cada quien, y seguramente sobre ellas, se habrán de hacer las promociones a regímenes mejores o peores al ciudadano político en el estado de derecho. Pues por ello, sin duda que se habrá de desarrollar, lo que Nikolas Rose ha denominado como una 'ética somática' y que implicaría la atención a ciertos valores relativos al modo de vivir y, por lo tanto, su objeto se vincula necesariamente con la existencia corporal²³.

Estos tres aspectos -*molecularización, optimización* y

ciudadanía biológica-, darán lugar a que desde la misma dimensión gubernamental de los estados, y no solo desde los ámbitos científicos, se habrá de procurar la producción de un *conocimiento somático especializado* -cuarto elemento entonces- y será desde dicho lugar que se habrá de instituir el nuevo modelo bio-pañóptico social, mediante el cual, se promoverá la mayor predictibilidad posible de los comportamientos biológicos.

Dicho mejor *conocimiento somático*, no sólo importará la capacidad del gobierno del cuerpo de los otros, sino que habrá de generar una economía alrededor del *bios* y por lo tanto, la bio-economía estará integrada por los actores que puedan llevar adelante los procesos de mayor tecnología sobre el cuerpo y entre los que, sin duda, la industria farmacéutica será uno de los mayores exponentes.

Como es obvio indicarlo, por dicha razón, es el siglo XXI donde con mayor vigor se pueden producir momentos de oscurecimiento respecto a la dignidad humana y para lo cual, la lucidez y buen tino de los estados en la generación y respeto de los instrumentos internacionales que a ella la protejan, serán los aliados principales para dicha defensa; pero, como es propio, siempre detrás de las instituciones están los hombres y será ese el tiempo en donde podremos apreciar al fin, cuanto de auténticamente humano queda en el hombre.

²³ Cfr. Rose, N. (2012). Políticas de la vida - Biomedicina, poder y subjetividad del siglo XXI. Buenos Aires: Unipe, p. 30.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Babini, José (2000). Historia de la medicina. Barcelona: Gedisa.
- Barquin, M. (1977). Historia de la medicina - Su problemática actual. México: Francisco Méndez Oteo.
- Capanna, P. (2009). "Autopoiesis y post humanismo". En: *Animales/Hombres/Máquinas*, Río Cuarto, Universidad Nacional de Río Cuarto.
- Fabregas, J. (1968). El cuerpo humano. Barcelona: Bru-guera.
- Foucault, M. (2010). El cuerpo utópico - Las heterotopias. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Geymonat, L. (1985). Historia del pensamiento filosófico y científico. Barcelona: Ariel, T.III.
- Guisán Seijas, Esperanza (1994). "Los límites éticos de la democracia". En: Anuario de Filosofía del Derecho, N° 11. Universidad de Santiago de Compostela.
- Hottois, G.(2013). Dignidad y diversidad humanas, Bogotá: Universidad del Bosque.
- Lacadena, J. (2003). Genética y bioética. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- Laín Entralgo, Pedro. Historia de la medicina moderna y contemporánea (1963). Barcelona: Editorial Científico-Médico.
- Le Goff, J. y Truong, N.(2005). Una historia del cuerpo en la edad media. Buenos Aires: Paidós.
- López Piñero, J. y Lain Entralgo, P (1963). Panorama histórico de la ciencia moderna. Madrid: Guadarrama.
- Parsons, T. (1996). "Estructura social y proceso dinámico: El caso de la práctica médica moderna". En: El Sistema Social. Madrid: Revista de Occidente, 1966
- Real Academia Española (2001). Diccionario de la lengua española. Madrid: Espasa Calpe, 22 ed., T.II.
- Rose, Nikolas (2012). Políticas de la vida - Biomedicina, poder y subjetividad del siglo XXI. Buenos Aires: Unipe.
- Sarmiento, A. et al. (1993). Ética y genética. Pamplona: EUNSA.
- Somolinos d'Ardois, G. (1980). Historia de la medicina. México: Sociedad Mexicana de Historia y Filosofía de la Medicina.
- Zagrebelski, G. (1999). El derecho dúctil. Madrid: Trotta. Casado da Rocha, A. (ed.) (2014). Autonomía con otros - Ensayos sobre bioética. Madrid: Plaza y Valdez, 2014.

FECUNDACIÓN ASISTIDA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO: ¿QUÉ TAN INFORMADO ES DICHO CONSENTIMIENTO?

Ronald Cárdenas Krenz*

Recibido: 01.10.2015
Aprobado: 15.10.2015

RESUMEN

El presente artículo trata acerca de los riesgos para la salud que resultan de la aplicación de la fecundación in vitro, tema poco difundido en el medio, no obstante su especial importancia y su necesidad para hablar de un verdadero consentimiento informado.

ABSTRACT

This article is about the risks for health that could be caused by the in vitro fertilization, a topic that it is not much spread in our society, nevertheless it is a matter of special importance to talk about a real informed assent.

PALABRAS CLAVE

Fecundación in vitro. Fecundación asistida. Riesgos.

KEY WORDS

In vitro fertilization. Assisted fertilization. Risks of the FIV.

1. INTRODUCCIÓN

Con más de 5 millones de nacimientos desde 1978, no cabe duda de que la fecundación asistida constituye una prác-

tica muy difundida. Tan solo en Estados Unidos, en el año 2012, de acuerdo a la Sociedad de Tecnologías de Reproducción Asistida, se realizaron 165.172 procedimientos de

fertilización in vitro, superando en 2.000 el número de bebés probeta registrado en el 2011;¹ y se calcula que la industria de la reproducción asistida norteamericana gene-

* Past Decano y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Miembro del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima y profesor de la Facultad de Derecho. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), Profesor en la Universidad ESAN, en la Maestría de la Universidad San Martín de Porres y en la Maestría de la USAT. Ha sido miembro del Comité de Ética de la Facultad de Biología de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Correo electrónico: ronald@unife.edu.pe

¹ En cuanto a algunos riesgos vinculados con las técnicas de reproducción asistida, observa la Academia Pontificia para la Vida, en su Comunicado Final de la X Asamblea General (21.02.2004) que, aparte de su cada vez más frecuente uso como un apresurado recurso como única forma de tratamiento útil, "... se vislumbra en el horizonte un fenómeno todavía más inquietante: (...) la instalación progresiva de una nueva mentalidad, según la cual el recurso a las ARTs, (técnicas de reproducción asistida) podría representar, con respecto a la vía natural, el proceder directo y preferencia de traer al mundo un hijo, pues por medio de estas técnicas es posible ejercer un control más eficaz de la calidad del concebido para ajustarla a los deseos de quien la encarga".

Todo ello contribuye a considerar al hijo nacido mediante las ARTs como si fuera un producto, cuyo valor depende de su buena calidad, sometida a exigentes controles y cuidadosamente seleccionada. La consecuencia dramática de esta nueva

ra ganancias por 3.300 millones de dólares al año.²

Incluso, en Costa Rica, a fines del 2012, habiendo estado prohibida la fecundación asistida, un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ordenó a dicho país levantar el impedimento.³ Si bien el fallo es discutible⁴, lo cierto es que dicha resolución ha sido utilizada para reforzar la recurrencia a la referida técnica.

Empero, ¿es inocua su aplicación?, ¿conocen sus usuarios todos los riesgos que puede implicar?, ¿qué tan informado es el consentimiento que dan las personas que se someten a dicha técnica? O, mejor dicho, ¿qué tan informadas están las personas que brindan su consentimiento al uso de la fecundación asistida?

Al analizar la cuestión, debemos empezar por tener presente que el solo deseo de hacer algo y la posibilidad de lograrlo, no bastan para justificar cualquier práctica. No

todo lo que se puede hacer, se debe hacer.

Las técnicas de reproducción asistida aparecieron con el objeto de ayudar a las personas con problemas para concebir. Empero, hoy se vienen aplicando sin reparar demasiado en su finalidad original, pareciendo, a veces, haberse dejado más bien para el capricho de unos y el negocio de otros.

Es así que, según datos de Michael Saendel, citados por Rincón⁵, dado que en Estados Unidos las gestantes por maternidad sustituta pueden cobrar entre U.S. \$ 20.000 y 25.000 por embarazo, muchas parejas recurren a países como la India, en donde el costo del “servicio” es de entre US \$ 4.500 y 7.500; de esta manera, la maternidad sustituta es hoy en día un mercado que crece cada día más a nivel internacional, constituyendo una triste forma de “turismo reproductivo”⁶ (Rincón Castellanos, 2012, pág. 101).

Según un informe del Centro para la Investigación Social de la India, el turismo reproductivo mueve alrededor de 332 millones de euros al año, existiendo cerca de 600 clínicas de procreación asistida. Recientemente, el gobierno indio acaba de aprobar la posibilidad de importar embriones congelados, lo que seguramente favorecerá aún más este lucrativo negocio.⁷

Tailandia, por otro lado, se había convertido, al igual que la India, en un próspero territorio para el turismo reproductivo. Sin embargo, de acuerdo a lo dispuesto por el nuevo gobierno, en agosto del 2014, ya no se permitirá la maternidad con fines comerciales (la que se penaría con diez años de cárcel y multa), restringiéndose la subrogación a los parientes.

Un factor que ha contribuido con el protagonismo de la técnica y una visión más complaciente, a pesar de implicar un tratamiento muy

actitud es la eliminación sistemática de aquellos embriones humanos que resultan carentes de la calidad considerada suficiente de acuerdo con parámetros y criterios inevitablemente cuestionables” (Sgreccia, 2008, pág. 17).

² Fuente: <http://argentinosalerta.org/print/2623>. (Consultada el 18.10.2013)

³ Caso *Atavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012: “2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia (...)”.

⁴ Véase la Declaración de Guanajuato, de fecha 20 de abril de 2013, sobre la Fecundación in Vitro: <http://declaraciondeguanajuato.org>

⁵ Agrega Rincón además que: “La maternidad sustitutiva es una práctica que se consolida día a día como mercado, se rige por las reglas de la oferta más económica y encuentra en las mujeres con escasos recursos y con hijos, las candidatas más adecuadas para obtener el mismo objetivo, pero a más bajo costo” (Rincón Castellanos, 2012, pág. 102).

⁶ Señala Sambrizzi criticando este tipo de acuerdos: “el objeto del contrato consiste en un ser humano, permitiendo un acuerdo de esa especie que las mujeres pobres que necesitan desesperadamente un ingreso extra y que se prestan a un acto que no puede sino ser calificado de inmoral, sean explotadas por aquellas personas (solas o en pareja, varones o mujeres) con bienes suficientes, que quieren tener un hijo, pero que no pueden o no quieren pasar por las incomodidades del embarazo” (Sambrizzi, 2012). “La llamada subrogación de útero o madre de alquiler es un ejemplo de cómo se puede obligar a un embrión a desarrollarse en un medio que le es ajeno, cercenando su derecho a desarrollarse en el seno de la madre que la ha engendrado” (Vila-Coro, Introducción a la Biojurídica, 1995, pág. 209).

⁷ Fuente: *British Medical Journal* 2014; 348: f403, tomado de: http://www.observatoriobioetica.org/2014/03/el-mercado-reproductivo-en-india/?utm_source=wysija&utm_medium=email&utm_campaign=432. (Consultada el 20.08.2014).

costoso -como señalan López y Aparisi- ha sido la publicidad que le han hecho el que recurran a ella actores y cantantes famosos como Sarah Jéssica Parker, Elton John, Nicole Kidman, Miguel Bosé o Ricky Martin. Todo ello sin contar con una vasta publicidad, ya sea directa o indirecta, a través de los medios de comunicación, el cine, las telenovelas, etc. (López Guzmán, José y Aparisi, Ángela, 2012, pág. 257).

La cuestión se hace más relevante si tenemos en cuenta la opinión de Freitas Drumond, cuando afirma que:

“La última batalla en pro de la dignidad humana se pelea diariamente en los laboratorios de genética molecular y en las clínicas de reproducción asistida, donde se manipula el ADN humano y donde embriones son seleccionados conforme sus características genéricas y/o aptitudes seleccionadas por sus progenitores” (De Freitas Drumond, 2012, pág. 67).⁸

2. UNA POLÉMICA CASUÍSTICA

Si bien, en torno a la fecundación asistida, hay muchas historias de felicidad; también hay toda una polémica en la casuística vinculada con el tema, como lo sucedido en el año 2008, en Inglaterra, cuando una pareja de sordos: Tomato Lichy y Paula Garfields, apelando a la manipulación genética, exigía que los médicos les ayudaran a concebir un niño creado ex profesamente sordo, seleccionándolo genéticamente.⁹

Un caso similar ocurrió en Estados Unidos, en donde una pareja de lesbianas sordomudas, residentes en Washington: Sharon Duchesneau y Candy McCullough, gracias a un tratamiento de fertilización in vitro lograron tener un hijo sordo, para cuyo fin buscaron a un amigo sordo congénito a efectos de asegurarse que el niño nazca también sordo. La pareja había tenido antes otra hija concebida premeditadamente sordomuda.¹⁰

Otro caso que pone en evidencia la superficialidad en la

que puede derivar el tema, es el de un aviso publicado en el New York Times, en su sección Money and Business, en agosto de 1996, que decía, a propósito del “servicio” de reproducción asistida, al más puro estilo comercial: *“It’s a Baby or it’s your money back”* (Vila-Coro, 1997, pág. 23).¹¹

También puede citarse aquí una oferta del Centro de Medicina Reproductiva en Albury (Sidney), que puso un anuncio en un periódico estudiantil de Canadá ofreciendo dos semanas de vacaciones gratis en Australia a los muchachos que quieran donar su esperma. La oferta comprendía US \$ 5.180, que incluían pasajes, alojamiento y gastos de dos semanas.

A inicios de agosto de 2004, una noticia volvió a poner en entredicho la aplicación de la fecundación in vitro, a propósito de un caso de vientre de alquiler: un matrimonio australiano que alquiló un vientre a una mujer en Tailandia, decidió abandonar a uno de los bebés, nacidos en diciembre de 2013, porque tenía sín-

⁸ De Freitas Drumond, José Geraldo (2012). “Ética, bioética y los desafíos del siglo XXI”. En: Derecho No. 69, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: PUCP, pag. 67.

⁹ La pareja argumentaba que su sordera no era una discapacidad sino una cualidad, siendo parte de una comunidad diferente, de una minoría lingüística de la que deseaban también sean parte sus hijos (Diario El País. Edición Digital. Madrid: 11.03, 2008).

¹⁰ <http://www.bioeticaweb.com/content/view/4049/781/>. (Consultada el 20.01.2014).

¹¹ Como señala Serrano, la procreación asistida tiende a generar paradojas: la justicia exige el consentimiento de ambos padres para implantar un embrión congelado pero, a la vez, acepta que nazcan niños sin padre legal, como en la maternidad mediante semen de donante; el problema -sostiene- “está en el inicio mismo. La fecundación artificial desvirtúa el sentido de la maternidad y la paternidad, al ponerlas en un contexto técnico y comercial donde pueden surgir problemas como en todos los contratos, operaciones mercantiles y prestación de servicio con precio” (Serrano, 2006, pág. 1). Añade que si no se quiere replantear todo, al menos podría hacerse el sistema un poco menos absurdo, dando en primer lugar alguna relevancia jurídica al interés del embrión, pues no tiene sentido que la ley -como ocurre en Gran Bretaña- antes de admitir una solicitud de reproducción asistida considere el bien del niño que nacerá y una vez que es embrión ya no lo considere; por otro lado, se reducirían los pleitos si el acceso a la reproducción asistida se limita a los matrimonios (así es en algunos países) y si el consentimiento fuere irrevocable desde el primer momento; ello además de permitir crear solo los embriones estrictamente necesarios para su uso y prohibiendo la posibilidad de congelarlos, a fin de evitar dar tiempo a que cambien circunstancias o voluntades (Ibid., pag. 3).

drome de Down y una grave afección en el corazón. La noticia generó una gran indignación a nivel internacional; y hasta el propio primer ministro de Australia se hizo partícipe del caso y ofreció ayuda para el niño abandonado -llamado Gammy- cuya concepción había sido “encargada” por 10 mil euros a Pattaramon Chanbua, una mujer de 21 años, de escasos recursos y con muchas deudas. Conocido el problema durante el embarazo, la pareja australiana le había pedido que abortara, a lo que ella se negó porque el aborto no es aceptado por el budismo, su religión.

No es éste, por cierto, el primer caso de este tipo. A raíz del caso de Gammy, se han conocido otros como el de Delaney Ott-Dahl, en Estados Unidos, una niña nacida con síndrome de Down, que también fue rechazada por quienes contrataron a su madre mediante un contrato de maternidad subrogada.¹²

Asimismo, en marzo de 2013, un reportaje de la CNN reveló el caso de una pareja de Connecticut que ofreció a la madre subrogada que había contratado para gestar un bebé, nada menos que la suma de US\$10,000 para que aborte el niño que estaba gestando por considerarla la “solución más humana” debido a que venía con una serie de defectos físicos (quiste en el cerebro, pa-

ladar hendido y una anomalía compleja en el corazón), instándola a que termine con el embarazo de inmediato. La madre -Crystal Kelley- que en un momento llegó a pedir US 15.000, pero finalmente se negó y continuó con el embarazo, marchándose a Michigan para no tener problemas legales, pues en dicho estado se considera como madre a la madre subrogada; luego, nacida la niña, buscó un programa para dar en adopción a su bebé, lo cual consiguió con éxito.

En octubre de 2010, asimismo, salió a la luz pública el caso de una pareja en Canadá que instó a la madre de alquiler que habían contratado, para que abortara el feto que estaba gestando por tener el síndrome de Down.¹³

En el Perú, en el año 2010, se conoció también otro caso que puso sobre el tapete el tema de la fecundación in vitro: Una pareja chiclayana - los esposos A. Rodríguez y W. Gonzáles- anunciaron públicamente que demandarían a la clínica Concebir por un millón de soles, debido a haber tenido una niña con síndrome de Down y con males cardíacos congénitos, luego de que se sometieran a una fecundación in vitro en dicho lugar y tuvieran mellizas. Los padres argumentaron que ellos se sentían engañados al recibir un “producto fallado” y cues-

tionaron que no se haya hecho previamente un Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) para seleccionar otro embrión, acusando a la clínica de negligencia médica.¹⁴

La pareja expresó públicamente que se sentía estafada por haber pagado US\$15.000 por el tratamiento completo de fecundación in vitro, habiéndoles prometido la clínica “los mejores embriones: los más vivos, los más capacitados” y no les habían cumplido; en un reportaje, incluso, el padre preguntó al entrevistador: “¿Cómo se sentiría si le dieran un producto fallado?”

3. ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS A LA FECUNDACIÓN IN VITRO

La instrumentalización muchas veces subyacente de la mujer, la comercialización de la técnica, la manipulación y pérdida de embriones que ella implica, la aplicación del diagnóstico pre-implantatorio cual control de calidad, la discriminación de los embriones defectuosos que lleva a “desecharlos”, lo artificial de la técnica al evadir la selección natural con los riesgos de taras o enfermedades genéticas que implica, el hecho que su aplicación en realidad no remedia la esterilidad de las parejas, el mal uso de las técnicas por mera comodidad o por capricho, entre otras razones, llevan a la

¹² <https://www.yahoo.com/health/california-couple-shares-surrogate-story-in-wake-of-95207128652.html> (Consultada el 30.08.2014).

¹³ <http://life.nationalpost.com/2010/10/06/couple-urged-surrogate-mother-to-abort-fetus-because-of-defect/> (Consultada el 31.08.214C)

¹⁴ Diario El Comercio. Lima: edición del 12.11.2010. En: <http://elcomercio.pe/lima/667840/noticia-padre-bebe-in-vitro-como-se-sentiria-si-le-dieran-producto-fallado> (Consultada el 30.12.2010).

crítica de las mismas, como enumera Morán de Vicenzi.¹⁵

También el profesor nacional Víctor Guevara Pezo, luego de pronunciarse porque solo se debe de aceptar la inseminación homóloga, manifiesta que el uso de la fecundación in vitro es objetable por la supresión de varias vidas que implica la selección de embriones y por cuanto considera que "... consagra la deshumanización de la relación humana de los seres, pues ésta es reemplazada por la intermediación manipuladora de los laboratorios que pretenden convertirse en factorías de vida" (Guevara Pezo, 2002, pág. 140).¹⁶

Otro factor que se menciona -frecuentemente obviado- es que, en el caso de la subrogación materna, "además surgen, graves problemas en consideración del "diálogo" materno-fetal que se instaura desde las primeras fases del desarrollo del embrión, demostrado indubitadamente desde el punto de vista científico".¹⁷

Sobre las consecuencias de recurrir a las técnicas de reproducción asistida, manifiesta por su parte Antonio Carrera:

"... implica procesos largos y penosos. Es un camino de decepciones y esperanzas que puede implicar varios años de la vida de la mujer y de su pareja (...) La presión psicológica a la que

se enfrenta la pareja, en especial la mujer, es muy desgastante, pues el procedimiento (...) está lleno de inquietudes, sufrimientos, angustias, miedos, además de soportar los efectos de los medicamentos y enfrentarse a procedimientos fuertemente invasivos. El hombre, por su lado, se siente desplazado, debido a que el protagonista principal es el médico que atiende a su esposa y será el que haga posible que su esposa quede embarazada" (Cabrera, 2011, pág. 34).

En cuanto a las consecuencias de tipo psicológico, estima Cabrera que la mujer puede subvalorar a su esposo en razón del donador o al revés. Puede aparecer un sentimiento de haber traicionado al esposo y otros sentimientos de culpa y agresividad en sus relaciones, además de la posibilidad de generar en el marido sentimientos de inferioridad. (Cabrera, 2011, pág. 34).

Vale decir que, en el caso de la reproducción asistida homóloga, la tendencia ha sido la de una cada vez más creciente aceptación en los ordenamientos jurídicos; apareciendo como más polémica; sin embargo, la reproducción asistida heteróloga. Entre los argumentos en contra, se menciona, que en tal supuesto intervienen componentes genéticos extraños (al marido, a

la mujer o a ambos), asumiéndose el criterio de que ningún ser humano tiene derecho, desde un punto de vista ético, a disponer de sus componentes genéticos (Cárdenas Quirós, 1994, pág. 85), por lo menos de esta manera. Vila-Coro, por su parte, afirma que

"La reproducción asistida heteróloga modifica la trayectoria vital del individuo, le priva de su derecho de ser la consecuencia de su propia indeterminación. Además, incide en su independencia, entendida la independencia como expresión de libertad, al insertarle en un medio familiar que le es ajeno" (Vila-Coro, Los límites de la Bioética, pág. 71).

Ante el argumento que invoca la autonomía de la voluntad para justificar el uso de esta técnica, sostiene Ana María Vega:

*"Es fácil y cómodo aducir el libre desarrollo de la personalidad como argumento para justificar el máximo respeto a las decisiones procreativas. Pero la libertad exige responsabilidad, especialmente cuando en el ejercicio de esa libertad están implicados los derechos fundamentales de otras personas, en este caso, los del futuro hijo"*¹⁸

¹⁵ Para Claudia Morán estas técnicas no deben aplicarse por ser ilícitas al vulnerar el derecho a la vida y a la dignidad de los concebidos (Morán de Vicenzi, 2008, pág. 154).

¹⁶ Guevara Pezo, Víctor (2002). "Vacíos en el sistema legal en materia de biojurídica". En: Varios autores. Bioética y Biojurídica. La Unidad de la Vida. Lima: Ediciones Jurídicas UNIFE, p. 140.

¹⁷ Torlone, Gaetano (2010). "La familia y Bioética". En: Apuntes de Bioética, Año 1, No. 1, setiembre 2010, p. 63.

¹⁸ Vega, Ana María. "El derecho a un hijo". En: <http://www.acepresa.com/articulos/el-derecho-a-un-hijo/> (Consultada el 12.12.2013).

En todo caso, frente a la práctica de la misma, es fundamental que la aplicación de la técnica vaya aparejada de una adecuada información a quienes recurren a ella, a fin de garantizar un efectivo consentimiento informado, como también la transparencia del caso. Por ejemplo, tenemos entre nosotros que existen institutos y clínicas que facilitan la reproducción asistida, pero no se tiene ninguna referencia de dónde obtienen los espermatozoides o los óvulos que utilizan, sin contar con que ofrecen incluso “servicios” de “ovodonación” o de selección de sexo, pese a que jurídicamente ello no está permitido.¹⁹

Por otro lado, es de tener presente que el éxito de estas técnicas es estadísticamente bajo, además de ser un tratamiento oneroso y largo, de impredecibles resultados, lo cual debería ser informado debidamente a las personas interesadas, para no crearles falsas expectativas.

Sobre la posibilidad que una mujer sola pueda hacer uso de los métodos de reproducción asistida, juristas como el argentino Gustavo Bossert se oponen invocando el principio del interés superior del niño, ya que se estaría trayendo al

mundo exprofesamente un niño sin padre; también se opone a la idea Rodolfo Vásquez, teniendo en cuenta la necesidad del niño de contar con una familia estable, entre otras razones (Vásquez, 1993). Claro que es cierto que lo mismo pasa cuando una mujer enviuda durante su embarazo, pero la diferencia es que mientras en un caso se trata de un hecho impredecible, en el otro se trata de algo que podemos evitar.

Bossert hace un interesante análisis del tema, a partir de su comparación con la adopción:

Así como en la adopción una mujer sola (sea soltera, divorciada o viuda), puede incorporar a su vida como hijo, a un niño extraño, parece que igual podría hacerlo por la vía biológica (y -agregamos- podría pensarse entonces en la aplicación del principio “donde hay la misma razón, hay el mismo derecho”). Pero debe advertirse entonces una diferencia esencial si vemos el caso desde la perspectiva del niño, pues, en el caso de la adopción, la mujer incorpora a su vida una criatura que ya existe y que seguramente está abandonada, mientras que en el otro

caso se está hablando de crear un niño que todavía no existe. Ante esto, la situación óptima para una criatura es acceder a un hogar en donde exista un padre y una madre. “Despojados totalmente de prejuicios, sólo por esta perspectiva del interés de la criatura, es que nos parece que el texto legal debería excluir la posibilidad de la inseminación de la mujer sola” (Bossert, 1995, pág. 91).

También son temas discutibles que giran en torno a las técnicas de reproducción asistida: el contrato de “alquiler” de vientre, la discusión de la posibilidad de aplicar estas técnicas en el caso de concubinos, el caso de error en el uso del material genético (Bossert, 1995, pág. 89), etc., pero, en todo caso, estimamos que, en general, en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, debemos tener presente las palabras del citado autor, quien luego de considerar a las mismas, junto a la fisión del átomo y la salida al espacio, como los logros científicos del siglo XX que, de seguro, van a incidir más hondamente en el futuro de la humanidad, agrega que: “Cada uno de ellos ofrece posibilidades notables de contribuir al bienestar, pero también

¹⁹ En Inglaterra, en noviembre del año 2003, la Autoridad de Embriología y Fertilización Humana (HFEA, por sus siglas en inglés), rechazó la libre elección del sexo de los bebés, salvo razones estrictamente médicas (ej. Caso de hemofilia); la iniciativa fue aprobada teniendo en cuenta la opinión del 80% de la población en contra de la técnica, estimando que se debe valorar la naturaleza incondicional del amor de los padres. Empero, países como Chipre, Estados Unidos, Jordania, México, Nigeria, Panamá, República Checa y Tailandia, sí permiten actualmente la selección del sexo. La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida española considera entre sus infracciones “muy graves” la selección de sexo, con la única excepción de la existencia de motivos terapéuticos.

²⁰ La propuesta recomienda que la palabra “parent” sea reemplazada por “other significant adults” u “other people of significance to the child”, omitiéndose hablar entonces de “both parents”, pues ya no tendría sentido hablar de “ambos padres”, al reconocerse distintas categorías de paternidad: legal, adoptiva, genética, intencional, psicológica, social y subrogada, entre otras (Boletín BioEdge. Australia: edición del 17 de agosto de 2014. En: http://www.bioedge.org/index.php/bioethics/bioethics_article/11107. (Consultada el 17.08.2014).

a la desviación y la catástrofe, si no prevalece la prudencia en la aplicación y perfeccionamiento de esas conquistas” (Bossert, 1995, pág. 89).

Para Espinoza, en cambio, debería permitirse someterse a este tipo de prácticas a las parejas, casadas o no y a las mujeres solteras en edad fértil (Espinoza Espinoza, 2012, pág. 129).

El desarrollo de la reproducción asistida ha generado, entre otras cosas, que, en agosto del 2014, se haya planteado en Australia la posibilidad de revisar el ordenamiento jurídico para permitir el reconocimiento de una paternidad múltiple, según un informe preparado para el gobierno, denominado “Report On Parentage And The Family Law Act”; la propuesta se basa en que la adopción y las nuevas formas de reproducción a través de la tecnología están creando nuevas tensiones en la definición del concepto de paternidad.²⁰

4. CONSENTIMIENTO ¿INFORMADO?

Siendo obligatorio el consentimiento informado, muchas de las personas que se someten a técnicas de fecundación asistida, no suelen estar debidamente informadas tanto de los riesgos que pueda sufrir el menor, como de los riesgos que pueda sufrir la misma madre, por lo que es importante abordar el tema a partir de la

lectura especializada en revistas científicas norteamericanas y europeas que constituyen fuentes primarias de primer nivel, de las que no se suele dar cuenta en el tratamiento del tema en nuestros predios jurídicos.

5. RIESGOS PARA LOS NIÑOS NACIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Cuando se habla de la fecundación asistida en nuestro medio, la cuestión suele reducirse a resaltar los beneficios de la técnica, a una somera revisión legal, o a la mención de lo anecdótico, obviándose cuestiones médicas y científicas fundamentales, que pasamos a exponer.

Un estudio científico realizado en Dinamarca, evaluando 2.166 casos, publicado en la revista *Human Reproduction*, arrojó como resultado que el riesgo de que un niño concebido mediante reproducción asistida nazca muerto es del 16,2 por mil, siendo este porcentaje en el caso de reproducción natural del 2,3 por mil (Wisburg, K., Ingerslev, HJ, Henriksen, TB, 2010).²¹

Por otro lado, en un estudio del que da cuenta la revista *Fertility and Sterility*, sobre los resultados de las técnicas de reproducción asistida en Canadá, en el año 2006, se evaluaron 12.052 ciclos de fecundación in vitro, observándose que el índice de

embarazos por ciclo iniciado fue de 33,7% y el de niños nacidos vivos de 27,1% (Gunby, Joanne; Bissonnette, Francxois; Librach, Clifford y Lisa Cowan., 2010). Al año siguiente, el índice de embarazos por ciclo fue de 35.6% y el de niños nacidos vivos fue de 28.6% (Gunby, Joanne; Bissonnette, Francxois; Librach, Clifford and Lisa Cowan, 2011).

Otro estudio, publicado por la revista científica *Obstetric and Gynecology*, de The American College of Obstetricians and Gynecologists, reveló que todos los embarazos en los que se ha recurrido a tecnologías de reproducción asistida están asociados no solo con embarazos múltiples y necesidad de recurrir a cesáreas, sino también con anomalías congénitas (Buckett, William; Chian, Ri-Cheng; Holzer, Hananel; Dean, Nicola; Usher, Robert y Seang Lin Tan, 2007).

En adición a lo expuesto, cabe mencionar que la revista científica *Human Reproduction*, publicó el año 2008, un estudio mediante el que se comprueba que los niños nacidos de embriones congelados, obtenidos tanto por fecundación in vitro como por inyección citoplasmática de espermatozoides (ICSI), tienen mayor índice de malformaciones que los nacidos de embriones no congelados (Belva, F.; Henriet, S.; Van den Abbeel, E.; Camus, M.; Devroey, P.; Van der Elst,

²¹ Dentro de las conclusiones del estudio, se señala lo siguiente: “Compared with fertile women, women who conceived by IVF/ICSI had an increased risk of stillbirth that was not explained by confounding. Our results indicate that the increased risk of stillbirth seen after fertility treatment is a result of the fertility treatment or unknown factors pertaining to couples who undergo IVF/ICSI” (Para más detalle, véase: <http://www.medscape.com/viewarticle/721241> o <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20179321>).

J.; Liebaers, I.; P. Haentjens and M. Bonduelle, 2008).²²

Por otro lado, en Inglaterra, conforme da cuenta *The New England Journal of Medicine*, otro estudio confirma el mayor riesgo de nacimiento con defectos de los concebidos mediante reproducción asistida en comparación con los nacidos mediante la concepción espontánea (Davies, Michael J.; Moore, Vivienne M.; Willson, Kristyn J.; Van Essen, Phillipa; Priest, Kevin; Scott, Heather; Haan, Eric A. Haan and Annabelle Chan, 2012).²³

Además, conforme da cuenta Xavier Simmons, un estudio hecho por investigadores australianos sobre la base de niños nacidos mediante reproducción asistida entre 1995 y 2012, reveló que estos son más proclives a tener defectos de nacimiento en un 32%. Detrás de ello, se mencionan factores asociados con el tratamiento que podrían incrementar el riesgo en nacimientos, incluyendo las mismas causas de infertilidad subyacentes,

las propias técnicas de reproducción asistida, como los medicamentos usados; cuestiones vinculadas con el congelamiento y descongelamiento de los embriones, alteraciones hormonales al tiempo de la implantación, la manipulación de gametos y embriones o una combinación de estos (Symons, 2013, pág. 7).

También es de mencionar que, en abril del 2012, se conoció la noticia que dos recientes estudios han mostrado que la incidencia de defectos de nacimiento y problemas circulatorios a largo plazo son más probables en niños concebidos mediante una fecundación *in vitro*. Lo primero ha sido señalado por investigadores del Nanjing Medical University de China, cuyo trabajo ha sido publicado en la revista *Fertility and Sterility* (Wen, Juan; Jiang, Jie; Ding, Chenuye; Dai, Juncheng; Liu, Yao. Xia, Yankai; Liu, Jiayin y Zhibin Hu., 2012). A conclusión similar ha llegado en EEUU el Center for Disease Control and Prevention.

Las razones de por qué hay mayores problemas de salud en los niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, se ha buscado explicarlas acudiendo a diversas teorías:

- a) Las personas que tienen problemas para concebir tienden a tener bebés con defectos de nacimiento, justamente debido a esos mismos problemas, vinculados con los gametos de los progenitores, y no a las técnicas de reproducción asistida en sí.
- b) Razones relacionadas con la aplicación del tratamiento.
- c) Cuestiones vinculadas tanto con el estado de los gametos como las técnicas empleadas causan los trastornos en la descendencia con distinta influencia según el tipo de entorno (López Moratalla, Natalia; Huerta Zepeda Alejandra y Dolores Bueno López, 2012/2, pág. 469).²⁴

²² El problema, aparte de las malformaciones en sí, es que no se informa a las personas que recurren a estas técnicas, el hecho de la existencia de ese mayor riesgo; un estudio hecho en México, por ejemplo, concluye lo siguiente: “se puede concluir que los porcentajes de desinformación para los grupos que se sometieron a alguna de las TRA son elevados y, de manera especial, en cuanto a las probabilidades de malformaciones genéticas en los embriones”; en una escala entre nada, poco, mucho o muchísimo, dijeron no saber nada 58.3% de los que se sometieron solo a una inseminación artificial, 42.7% de los que se sometieron a inseminación artificial y FIVET-ICSI y 57.1% de los que se sometieron a solo FIVET y/o ICSI (Cabrera, 2011, págs. 152-153).

²³ Señalan los referidos autores: “We confirmed previous findings of an increased risk of birth defects among births conceived with assisted reproductive technology as compared with births from spontaneous conception”. Agregan luego que: “Women in the assisted-conception group were also more likely to have a stillbirth and to deliver by cesarean section and at a gestation of less than 37 weeks or less than 32 weeks and were less likely to have a male singleton (Table 2). In addition, their children had a lower mean birth weight than the children of women in the spontaneous-conception group” (pag. 1805). Births after any assisted conception were associated with a significantly increased risk of any birth defect: 8.3%, as compared with births to fertile women that did not involve assisted conception: 5.8% (pag. 1808).

²⁴ “El desarrollo de las condiciones de cultivo de los embriones en el laboratorio, y en su caso la congelación, por mucho que se haya perfeccionado con la experiencia a posteriori, no sustituye al entorno natural preciso, y el único que evita la vulnerabilidad del embrión precoz” (Ibid.: 471). “La sustitución, imprescindible cuando se usa las TRA, del medio natural por el medio *in vitro* puede causar mutaciones en este nivel de regulación -epimutaciones- que se suman a las posibles alteraciones, que de suyo o por la manipulación técnica, puedan tener los gametos de los progenitores. Una concatenación de causas conlleva consigo el hecho de que la salud de los que llegan a nacer mediante el uso de las TRA será peor que la de los nacidos que fueron engendrados. Más aún, algunas de las epimutaciones del ADN pueden pasar a las siguientes generaciones” (Ibid: pag. 479).

d) En realidad, no es que hayan más defectos, sino que ellos son más conocidos hoy en día simplemente porque estos niños están más cercanamente observados.

Desde que nació Louise Brown en 1978, el Medical Research Council empezó a comparar los datos del primer año de vida de los niños nacidos mediante fecundación in vitro durante diez años, respecto a los niños nacidos en el mismo período naturalmente, encontrándose ya desde entonces un déficit de salud de los generados por la fecundación in vitro; luego, hacia los años 2003-2005, se realizan meta-análisis que recogen datos de diversos estudios, que exponen un incremento del riesgo por la aplicación creciente de las técnicas (Ibid., pag. 469).

Señalan López Moratalla, Huerta y Bueno que ya a inicios de 1990 se había dado una alerta pediátrica debido a los defectos y anomalías con que nacían varios de estos niños concebidos por fecundación asistida, cuya peor salud se evidencia a partir del 2002; los problemas tienen que ver con que la técnica implica la pérdida de varios embriones antes de su implantación, abortos espontáneos, alta mortalidad perinatal, no se ha hecho previamente la imprescindible

experimentación con animales, las pruebas hechas con animales fértiles han mostrado que las crías generadas in vitro presentan alteraciones graves; se ha hecho una extensa experimentación humana directa sin los requisitos mínimos de la experimentación humana, sin saber el papel de las técnicas en sí y cómo causan los efectos que ellas generan, etc. (Ibid., pag. 477-478).

Aparte de este riesgo, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida “generan síndromes raros, y aparecen casos recientes que muestran alteraciones no cuantificadas aún”, agregando López Moratalla, Huerta y Bueno (2012) que: “Conocemos que hay alteraciones que aparecen a largo plazo, como la enfermedad sistémica pulmonar y cardiovascular, causadas por la exposición del embrión en los primeros días -en los que es especialmente vulnerable-, a un entorno adverso y a la estimulación ovárica”.

Observan los mismos autores que “a lo largo de la década de los 90 se observa una clara relación en la aplicación de la FIV, y la prematuridad y bajo peso de los niños al nacer. Se describe hipertensión, enfermedades cardíacas y osteoporosis y un mayor grado de malformaciones” (Ibid.: pag. 485).

Los resultados del estudio de M. Hansen y otros, publicado en el 2005, en *The New England Journal of Medicine* sugieren que existe un aumento del riesgo estadísticamente significativo de defectos de nacimiento en los bebés concebidos mediante técnicas de reproducción asistida del orden de 30-40%; mayores riesgos que deberían ser informados a toda persona que desee someterse a este tipo de tratamientos.²⁵

Todo ello revela que, luego de más de 35 años de investigación, todavía no tenemos el control necesario ni el conocimiento suficiente de las técnicas de reproducción asistida.

Se señala como motivos muy claros que, como no se cura la esterilidad, el hijo podrá padecer las consecuencias de las deficiencias de los gametos de los padres. Pero, incluso si el problema no es que los gametos sean defectuosos, como se da cuando se recurre a donantes, la aplicación de las técnicas tiene excesivas deficiencias, como señalan López Moratalla, Huerta y Bueno (2012/2, pag. 474). Agregan también, citando a diversos autores, que, respecto a la parálisis cerebral, “Diversos estudios desde 2006 han afirmado que los niños nacidos tras FIV o ICSI tie-

²⁵ Klerk, N. y Kurinczuk, J.J., (2005). Concluye el estudio señalando expresamente que “Pooled results from all suitable published studies suggest that children born following ART are at increased risk of birth defects compared with spontaneous conceptions. This information should be made available to couples seeking ART treatment”. Cabe señalar que, cinco años antes, el estudio de algunos de los mismos investigadores había dado el alerta de que los niños concebidos mediante la tecnología de reproducción asistida tenían más de dos veces que los niños concebidos naturalmente, defectos de nacimiento detectados durante el primer año de vida y tenían mayor predisposición a tener otros problemas (Hansen, M.; Kurinczuk, J.J.; Bower, C. y Webb, S., 2002, pág. 729). Es de agregar la siguiente consideración del mismo estudio publicado en el *New England Journal of Medicine*: “We found that there may be an excess occurrence of major cardiovascular, urogenital, chromosomal, and musculoskeletal defects associated with assisted conception. However, these findings regarding specific organ systems should be interpreted with caution, since they are based on small numbers of infants in each group” (Ibid. p. 730).

nen mayor riesgo de sufrirla; además presentan mayor prevalencia en el retraso mental y la disfunción ocular severa asociados a esta enfermedad, así como trastornos del espectro del autismo” (Ibid., 489-490). Añaden a ello la vascularización anormal de la retina y anomalías cardíacas.

En una carta dirigida a la Canadian Fertility and Andrologic Society, la genetista de la Universidad de Toronto, Dra. Rossanna Weksberg, sostiene que los bebés nacidos mediante una fertilización in vitro, tienen 10 veces más posibilidades de sufrir algunos raros desórdenes de carácter genético, por lo que deben hacerse más estudios sobre materia. Estos problemas, aparte del bajo peso, incluyen un mayor riesgo de autismo.²⁶

Por otro lado, los resultados de un estudio realizado por el grupo del Hospital Clínic-Idibaps (Instituto de Investigaciones Biomédicas August Pi i Sunyer) de Barcelona, publicado en la revista *Circulation* en el año 2010 y del que diera cuenta el boletín *Provida Press*, revela que aproximadamente la mitad de los niños concebidos con técnicas de reproducción asistida tienen riesgo de padecer en un futuro de enferme-

dades cardiovasculares, frente a un 5% en el caso de los bebés que han nacido producto de una concepción natural.

En este listado de riesgos, anota María Lacalle que “estudios recientes parecen demostrar que las técnicas de reproducción asistida producen una serie de efectos directos sobre el genoma de los embriones. Se trata de modificaciones epigenéticas por metilación de bases nucleotídicas. La incidencia tumoral en los niños así concebidos es muy superior a la media” (Lacalle Noriega, 2013, pág. 120).

Se dice también que quienes nacen de una fecundación in vitro, tienen el doble de posibilidades de morir en los primeros 28 días luego del nacimiento que los nacidos por vía natural, además de sufrir de prematuridad y aumentar hasta tres veces la posibilidad de nacer con bajo peso, según da cuenta la publicación Plos One en su edición de enero del 2014.²⁷

6. RIESGOS CON RELACIÓN A LA SALUD DE LA MADRE

No puede tampoco dejarse de mencionar que la fecundación in vitro no solo podría tener algunos efectos en el niño,

sino que también pueden existir algunos riesgos en cuanto a la salud de la madre; así, conforme mencionan López y Abellán, “hasta un 10% de las mujeres que se someten a estas técnicas desarrollan el síndrome de hiperestimulación ovárica severo que puede causar dolor, fallo renal, potencial infertilidad futura, ascitis, tromboembolia, e incluso la muerte” (López Barahona, Mónica y Abellán, José Carlos, 2009, pág. 25).²⁸

El estudio de campo hecho por Antonio Cabrera, nos da una perspectiva integral de la problemática, la cual involucra aspectos psicosomáticos:

“el principal riesgo físico para la mujer, si se somete a altas dosis de hormonas o si se somete a tratamientos repetitivos del mismo tipo, es la posibilidad de serios trastornos de coagulación como tromboembolia o el síndrome de hiperestimulación ovárica, (...). Debido a la repetición y agresividad de los procedimientos, a la ansiedad con que se esperan los resultados, a los tratamientos hormonales, la mujer puede sufrir física y psicológicamente y verse reducida a la condición de un simple mecanis-

²⁶ <http://www.lifesitenews.com/news/ivf-babies-up-to-10-times-more-likely-to-suffer-rare-genetic-disorders-gene>. (Consultada el 22.08.2014).

²⁷ Plos One; 2014; 9, No.1, e80398, enero 2014, citado por el Observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir. En: http://www.observatoriobioetica.org/2014/riesgos-medicos-de-la-fecundacion-in-vitro/?utm_source=wysija&utm_medium=email&utm_campaign=429.

²⁸ Agregan López y Abellán que, según datos provenientes de investigaciones con animales (aún no se tienen estudios concluyentes en humanos) existen sospechas fundadas de que las mujeres que se someten a múltiples ciclos de hiperestimulación ovárica puedan tener mayor riesgo de padecer cáncer de ovario o mama (Ibid., p. 26). Dentro de los riesgos de recurrir a la técnica de hiperestimulación hormonal a la que debe someterse una mujer que desea donar sus óvulos, menciona Justo Aznar que ellos “pueden variar desde el dolor abdominal, náuseas, vómitos, e incluso otros más graves como aumento de peso, dificultades respiratorias y efectos dañinos en otros órganos como vejiga, intestino o útero, a la vez como daños indirectos a más largo plazo como disminución de la fertilidad, incluso infertilidad, hemorragias, riesgo tromboembólico, incluso aumentar el cáncer de ovario, pecho y colon, e incluso en muy raras ocasiones la muerte”.

mo reproductor” (Cabrera, 2011, pág. 33).

7. CONSIDERACIONES FINALES

Frente al cada vez mayor uso, abuso y riesgos de las técnicas de reproducción asistida²⁹, resulta oportuno incidir en revisar la figura de la adopción como una figura alternativa a tener presente, teniendo en cuenta que, como bien señala Ana María Vega: “La adopción, a diferencia de la procreación asistida, no crea huérfanos, sino que remedia las condiciones de vida de lo que ya están en el mundo”.³⁰

Al amparo de la libertad, que nos ha permitido desarrollarnos, es muy importante apelar a la tecnología para mejorar nuestra existencia, pero frente al frenesí con que nos solemos entregar a las novedades y a las tentaciones de la tecnología, es importante asumir una actitud fronética que nos haga detenernos a pensar en qué es lo que estamos haciendo, qué es lo que queremos hacer, y determinar si ese camino es el correcto.

“Es necesario preguntarse si es posible detener o incluso dar marcha atrás al avance que han tenido las TRA en los últimos años. El escenario actual, a nivel mundial, parece indicar que esto no será posible y que ocurrirá todo lo contrario: el número de clínicas de infertilidad irá en aumento y

los tratamientos realizados en dichas clínicas, también. Por ello, es ineludible efectuar una reconsideración de las TRA a fin de redescubrir, entre otros temas, el sentido de la generación humana (...), del curar (...) e insistir más en prácticas que conlleven un auténtico diagnóstico de las causas de la infertilidad” (Cabrera, 2011, pág. 38).

Vistas objetivamente las cosas, parece imparable el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, por lo que, a la vez de seguir investigando para poner en evidencia sus riesgos, es necesario encausar dicho desarrollo en el marco del respeto a la dignidad, la integridad y la identidad del ser humano.

Ahora bien, nos encontramos en un momento en el que -como dice Corral-, “el Derecho debe responder a un momento histórico de intenso cambio en la familia y en la esfera de la reproducción” (Corral García, 2013/2a, pág. 39), lo cual demanda una actitud atenta y militante en la defensa de valores y principios fundamentales.

Las técnicas de reproducción asistida surgieron para ayudar a matrimonios estériles para lograr tener un bebé, mas hoy en día su uso parece no solo haberse distorsionado sino que también se ocultan algunos riesgos en torno a ella, tanto

para el concebido como para la madre.

En esta materia, debe recordarse que no hay libertad sin responsabilidad. Tampoco puede hablarse sin error de que exista un “derecho al hijo”, pues éste no es un objeto apropiable, ningún ser humano puede ser cosificado, y no existe declaración internacional de derechos que reconozca este pretendido “derecho”.

La trascendencia de la libertad está en que ella se ejerce en función de valores, éticamente, entendiendo a la ética como un pensar en el otro, afirmando nuestra “mismidad” como seres humanos en ese pensar en el otro.

Sin que se trate de un derecho absoluto legalmente, las personas son libres de recurrir al empleo de las técnicas de reproducción asistida, dentro de los términos que determina la Ley General de Salud en su artículo 7, teniendo en cuenta el mandato constitucional de proteger a la familia, así como el principio del interés superior del niño y demás normas pertinentes; debiendo cumplirse siempre con que cualquier decisión que se tome respecto a la persona relacionada con su salud e integridad, cuente con su consentimiento informado, lo cual implica, en este caso, decirle claramente al paciente, junto con los beneficios, los riesgos propios de la fecundación asistida, tanto para el hijo como

²⁹ “La prohibición de la fecundación heteróloga es exactamente debida al respeto de los “derechos ajenos”, o bien del derecho del concebido a tener un solo padre y una sola madre al mismo tiempo bajo los perfiles genético, afectivo y legal” (Casini, 2012/4, pág. 478).

³⁰ Vega, Ana María. “El derecho a un hijo”. En: <http://www.aceprensa.com/articulos/el-derecho-a-un-hijo/> (Consultada el 12.12.2013).

para la madre, a fin de poder tomar las decisiones más correctas, con la mayor prudencia, justicia y sabiduría.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Belva, F.; Henriët, S.; Van den Abbeel, E.; Camus, M.; Devroey, P.; Van der Elst, J.; Liebaers, I.; P. Haentjens and M. Bonduelle (2008). "Neonatal outcome of 937 children born after transfer of cryopreserved embryos obtained by ICSI and IVF and comparison with outcome data of fresh ICSI and IVF cycles". En: *Human Reproduction*; 23 (10); p. 2227-2238.
- Bossert. Gustavo (1995). "Fecundación humana asistida". En: Varios autores. *Derecho Civil de nuestro tiempo*. Lima: Universidad de Lima - Gaceta Jurídica.
- Buckett, William; Chian, Ri-Cheng; Holzer, Hananel; Dean, Nicola; Usher, Robert y Seang Lin Tan (2007). "Obstetric Outcomes and Congenital Abnormalities After In Vitro Maturation, In Vitro Fertilization, and Intracytoplasmic Sperm Injection". En: *Obstetrics & Gynecology*; October 2007 - Volume 110 - Issue 4 - pp 885-891.
- Cabrera, Antonio (2011). *La atención integral a las personas con problemas de fertilidad: Estudio de campo realizado en México*. Tesis de Doctorado para el Ateneo Pontificio Regina Apostolorum, presentada en Roma. México.
- Cárdenas Quirós, Carlos (1994). *Estudios de Derecho Privado (Reflexiones de un tiempo)*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Casini, M. (2012) "Tres Tribunales Italianos, la Corte Europa de los Derechos de los Hombres y el derecho del concebido a la individualidad de las figuras paternas". En: *Medicina y Ética. Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica*. Vol. XXIII, Número IV 2012/4, Oct.-Dic. 2012. México: Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud - Facultad de Bioética - Univ. Anáhuac e Istituto di Bioetica - Facoltà de Medicina e Chirurgia "Agostino Gemelli" - Università Cattolica del Sacro Cuore - Roma.
- Corral García, Eduardo (2013). "El lenguaje bioético en la normativa y jurisprudencia sobre problemas biojurídicos". En: *Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2ª*. Madrid: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, AEBl.
- De Freitas Drumond, José Geraldo (2012). "Ética, bioética y los desafíos del siglo XXI". En: *Derecho No. 69, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima: PUCP.
- Espinoza Espinoza, Juan (2012). *Derecho de las Personas. Concebido y Personas Naturales*. Tomo I. 6ª. Edición Lima: Grijley.
- Guevara Pezo, Víctor (2002). "Vacíos en el sistema legal en materia de biojurídica". En: Varios autores. *Bioética y Biojurídica. La Unidad de la Vida*. Lima: Ediciones Jurídicas UNIFE.
- Gunby, Joanne; Bissonnette, Francois; Librach, Clifford and Lisa Cowan (2010). "Assisted reproductive technologies (ART) in Canadá: 2006 results from the Canadian ART Register". En: *Fertility and Sterility*; Vol. 93; p. 1312-1316.
- Gunby, Joanne; Bissonnette, Francois; Librach, Clifford and Lisa Cowan (2011). "Assisted reproductive technologies (ART) in Canada: 2007 results from the Canadian ART Register". En: *Fertility and Sterility*. Vol. 95, No. 2; February 2011; p. 542-547.
- Hansen, M. Bower, C.; Millne, E.; de Klerk, N. y Kurinczuk, J.J. (2005) "Assisted reproductive technologies and the risk of birth defects - a systematic review". En: *Human Reproduction*. 20, 328-338.
- Hansen, M.; Kurinczuk, J.J.; Bower, C. y Webb, S. (2002) "The risk of major birth defects after intracytoplasmic sperm injection and in vitro fertilization". En: *New England Journal of Medicine*, 346, 725-730.
- Lacalle Noriega, María (2013). *La persona como sujeto de derecho*. Madrid: Dykinson.
- López Barahona, Mónica y José Carlos Abellán (2009). *Los Códigos de la Vida*. Madrid: Homolegans.

- López Guzmán, José y Angela Aparisi (2012). "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada". En: Cuadernos de Bioética, N° 78, vol XXIII, mayo-agosto 2012. Madrid: AEBI
- López Moratalla, Natalia; Huerta Zepeda Alejandra y Dolores Bueno López. "Riesgos para la salud de los nacidos por las técnicas de fecundación asistida. La punta de un iceberg". En: Cuadernos de Bioética XXIII, 2012/2. Madrid: AEBI
- Morán de Vicenzi, Claudia (2008). "La Filiación y la Fecundación Artificial". En: Varios autores. Temas de Bioética y Derecho. Lima: Cátedra Unesco de Bioética y Biojurídica-Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.
- Pérez Monge, Marina (1995). Cuadernos de Bioética 1995/1°. Madrid: AEBI.
- Rincón Castellanos. Ximena (2012). "¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia". En: Derecho No. 69, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: PUCP.
- Sambrizzi, Eduardo (2012). "Apuntes varios sobre distintos aspectos de la procreación asistida en el Proyecto de reformas". En: Revista de Derecho de Familia y de las Personas. No, 11. Buenos Aires: La Ley.
- Serrano, Rafael (2006). Conflictos que genera la reproducción asistida. En: Aceprensa 031/06 (15.03.2006), tomado de: <http://www.aceb.org/tvh06/Evans.htm> (Consultada el 01.06.2013).
- Sgreccia, Elio (2008). A favor de la vida. Temas actuales de Bioética. Buenos Aires: Ágape Libros.
- Sunderam, Sasawati; Kissin, Dmitry M.; Crawford, Sara; Anderson, John, E; Folger, Suzanne G.; Jamieson, Denise J. y Wanda D. Barfield (2013). "Assisted Reproductive Technology Surveillance – United States, 2010". En: Morbidity and Mortality Weekly Report (MMWR) / December 6, 2013 / Vol. 62 / No. 9. Atlanta: Centers for Disease Control and Prevention (CDC).
- Symons, Xavier (2013). "Birth defects more likely in IVF children". En: BioEdge. Australia, edición del 09.03.2013 (Boletín electrónico).
- Torlone, Gaetano (2010). "La familia y Bioética". En: Apuntes de Bioética, Año 1, No. 1, setiembre 2010.
- Vásquez, Rodolfo (1993). "Ética, Derecho y Fecundación Asistida". En: Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, No.19. Alicante: Universidad de Alicante.
- Vega, Ana María. "El derecho a un hijo". En: <http://www.aceprensa.com/articles/el-derecho-a-un-hijo/> (Consultada el 12.12.2013)
- Vila-Coro, María Dolores (1997). Huérfanos biológicos. El hombre y la mujer ante la reproducción artificial. Madrid: Ediciones San Pablo.
- Vila-Coro, María Dolores (1995). Introducción a la Biojurídica. Madrid: Universidad Complutense.
- Vila-Coro, María Dolores (1992). "Los límites de la Bioética". En: Varios autores. Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética. Madrid: Eudema, S.A. (Ediciones de la Universidad Complutense S.A.).
- Wen, Juan; Jiang, Jie; Ding, Chenuye; Dai, Juncheng; Liu, Yao. Xia, Yankai; Liu, Jiayin y Zhibin Hu. (2012) "Birth defects in children conceived by in vitro fertilization and intracytoplasmic sperm injection: a meta-analysis". En: Fertility and Sterility. Volume 97, Issue 6, p. 1331-1337.e4, Junio 2012.
- Wisburg, K. Ingerslev H.J., Henriksen T.B. "IVF and stillbirth: a prospective follow-up study". En: Human Reproduction 2010; 25.

LA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD COMO EJERCICIO DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LAS PERSONAS, EN EL DOCUMENTO DE VOLUNTAD ANTICIPADA, DE ACUERDO A LA LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO EN MÉXICO

*Gerardo Vicente Estrada Alvarado**

Recibido: 29.06.2015

Aprobado: 11.08.2015

RESUMEN

El 3 de junio de 2011 fue publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato, la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato, entrando en vigor el 1° de enero de 2012; en esta, el Congreso del Estado de Guanajuato crea y norma el Documento de Voluntad Anticipada como expresión libre, inequívoca, consciente e informada a rechazar a priori tratamientos médicos futuros.

El 27 de diciembre del 2011 fue publicado en el mismo periódico oficial, el Reglamento de dicha Ley por parte del Gobernador del Estado de Guanajuato, entrando en vigor el cuarto día siguiente de su publicación; en este se establece la posibilidad de suspender los efectos del Documento de Voluntad Anticipada, permitiendo a terceros evitar temporalmente su cumplimiento; en el presente artículo, el autor analiza si se afecta con esto el derecho a la Autonomía de la persona humana.

ABSTRACT

On June 3rd, 2011, The Official Record of the Government of Guanajuato, published the Medical Advance Directive Law for the State of Guanajuato. Such law became effective on January 1, 2012. In this law, the Congress for the State of Guanajuato created and regulated the Medical Directive as a free, unequivocal, conscious and informed expression of an individual's refusal in advance, or future medical treatments.

On December 27, 2011, the same Official Record published the regulations for such law. Such regulations were to become effective on the fourth day after its publication. In these regulations there is established the possibility of suspending the effects of the Medical Advance Directive, allowing third parties to temporarily avoid their enforcement. In this article, the author discuss if this affect the right of autonomy of human beings.

PALABRAS CLAVE

Autonomía, Relación Médico Paciente, Enfermo Terminal, Consentimiento Informado, Acto Médico.

KEY WORDS

Autonomy, Physician-Patient Relationship, Terminal Illness, Informed Consent, Medical Act.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Anahuac México Norte. Licenciado en Contaduría Pública por la Universidad del Centro del Bajío. Estudiante de la Maestría en Bioética de la Universidad Anáhuac México Norte. Coordinador Académico de la Escuela de Derecho de la Universidad Latina de México y Profesor Titular de las Cátedras de Derecho Mercantil I

1. INTRODUCCIÓN

Legislar en materia de decisiones de salud de la persona humana, es consecuencia inmediata del legítimo interés que tiene la sociedad de protegerla, ya que su deterioro lleva a la terminación de la vida y durante este proceso el bienestar de las personas se ve mermado; por ello, ha sido prioridad social su investigación y, con ello, los efectos del desarrollo del conocimiento en nuevas tecnologías aplicadas a procedimientos médicos que permiten mantener con vida a enfermos en condición terminal, personas que antes hubiesen irremediablemente muerto en menor tiempo y ahora pueden ser mantenidas vivas por tiempos prolongados, no obstante su improbabilidad de curarse o de revertir sus condiciones de salud, pudiendo con ello ser sometidas indebidamente a prácticas de obstinación terapéutica por decisión médica y de familiares.

La Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato, contiene además del Formato de Voluntad Anticipada, el Documento de Voluntad Anticipada, el cual será objeto de análisis en el presente, el cual como acto de libre expresión de voluntad revestido de legalidad, pretende hacer saber a priori a un potencial médico tratante, la autoterminación del otorgante no necesariamente enfermo, a someterse o no a ciertos tratamientos médicos a futu-

ro, cómo ser o no ser tratado medicamente de llegar a encontrarse diagnosticado como enfermo en situación terminal e impedido a decidir y expresar personalmente su decisión mediante el consentimiento informado, con las consecuencias que su decisión a priori ha consentido.

Prácticamente, este Documento de Voluntad Anticipada pretende suplir parcialmente a priori, el consentimiento informado que los familiares o representantes legales del paciente diagnosticado en situación terminal, tendrían que expresar al médico tratante en lo que hace a someterse o no a ciertos tratamientos terapéuticos, al estar impedido este a hacerlo personalmente, ahora en una situación real, presente e inmersos en circunstancias que rodean la vida del paciente y de sus familiares, estos últimos con ideas, emociones, intereses y circunstancias diferentes o similares a las del paciente, pero sometidos a un juicio de valor para la asunción de una responsabilidad que no es personal a su vida, sino a la de un tercero.

La voluntad se expresa en decisiones cotidianas del diario acontecer, como es elegir levantarse de la cama, qué alimento tomar o la ropa que vestir; en decisiones trascendentales eventuales, como vender una casa, elegir un gobernante, una pareja o tener hijos; estas son decisiones que por sus consecuencias se

ven favorecidas generalmente por su regulación en leyes que pretenden el bienestar de quien decide y el bien común de los terceros relacionados con este, e incluso al discernir apoyamos la decisión en ocasiones con la guía y consejo de profesionales, la tomamos conscientes y libres, su alcance básicamente solo ocupa nuestra relación con las personas y los bienes en vida y no la vida misma; por ello, suscribir un Documento de Voluntad Anticipada, la distingo como una de las decisiones extraordinarias en la vida, pues sus consecuencias materiales tienen una relación directa con la dignidad, salud y la continuidad de nuestra vida biológica. Las circunstancias en las que una persona humana expresa su voluntad ante un Notario Público, son diferentes a las que tendrá al actualizarse el supuesto de aplicación efectiva del Documento de Voluntad Anticipada, ya que ahora sí existe un diagnóstico real, nace a la vida jurídica una relación médico-paciente, ha sido declarado enfermo en situación terminal, se encuentra inconsciente y no puede expresar su voluntad y por ello no puede consentir o no, someterse a ciertos tratamientos que pueden prolongarle su vida; esto lo convierte en una persona vulnerable, que requiere de una protección especial por parte del Estado en las leyes.

Todo lo anterior está plasmado básicamente en el artículo

(Sociedades), Derecho Mercantil II (Títulos y Operaciones de Crédito), Contratos Mercantiles y Derecho Fiscal II (Impuestos Federales y Locales). Corredor Público # 3 en la Plaza del Estado de Guanajuato. Fungió como Presidente, Tesorero y Secretario del Colegio de Corredores Públicos del Estado de Guanajuato, de cuyo Consejo es actualmente el Secretario. Director de la firma Abogados y Asesores Empresariales, S.A. de C.V.

primero de la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato que, a la letra, se lee como sigue:

“Artículo 1. La presente Ley es de orden público y tiene por objeto garantizar la atención médica a los enfermos en situación terminal, respetando su voluntad y dignidad humana.”

El contenido de la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato, pretende garantizar una atención médica que respete la dignidad y la voluntad del paciente enfermo en situación terminal que no puede expresar la misma, lo que permite e impone su análisis bioético no solo como acto jurídico mismo de expresión de voluntad, sino especialmente de su cumplimiento y aplicación, partiendo de la base del respeto prioritario a su Dignidad, ya que, al estar inconsciente, se ve impedido a expresar su consentimiento libremente previa información del profesional médico que le atiende, para lo cual en ejercicio a su autonomía expresa a priori su voluntad, no obstante no encontrarse en tal situación, por lo que planteo la siguiente pregunta:

¿El Documento de Voluntad Anticipada es expresión de voluntad personal, libre, consciente, inequívoca e informada y con ello se respeta la voluntad y dignidad humana como lo establece la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato?

2. MATERIALES Y MÉTODOS

Para dar contestación a la pregunta planteada y por ser

un trabajo teórico básico que servirá como punto de partida para una posterior investigación que dé respuesta a las preguntas que surjan del estudio mismo, se lleva a cabo una investigación cuyo objetivo es descriptivo, con una amplitud micro por circunscribirse solo a una la Ley, por ello se desarrolla en un marco de campo y alcance seccional, con datos de naturaleza cualitativa, con datos secundarios y documental.

Se analizará la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato como objeto de estudio principal y necesariamente su Reglamento, al igual que la Ley General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, aplicables en todo el territorio de los Estados Unidos Mexicanos, como punto de referencia comparativo general.

Todo lo anterior apoyado bibliográficamente en la parte teórica de literatura jurídica, filosófica y médica, para llegar a concluir la respuesta a la pregunta planteada y en su caso concluir si es menester proponer reformas a la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato.

3. DESARROLLO Y DISCUSIÓN

El Documento de Voluntad Anticipada se define en la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato como textualmente se cita a continuación:

“Artículo 4. Para efectos de esta Ley se entenderá por:

... III. Documento de voluntad anticipada: es el documento suscrito ante Notario, a través del cual toda persona con capacidad de ejercicio, en pleno uso de sus facultades mentales manifiesta su voluntad, libre, inequívoca, consciente e informada, a rechazar tratamientos médicos, que prolonguen su vida si llegare a encontrarse como enfermo en situación terminal; ...”

Esta expresión de voluntad deriva del ejercicio del derecho humano a la libertad de autodeterminación en la conducción de la vida del otorgante, que le permite anticipadamente elegir del universo infinito de sus ideas, qué hacer o dejar de hacer a su cuerpo cuando su estado de salud sea de considerarse el de un enfermo en situación terminal y estar en ese momento imposibilitado para expresar libremente su consentimiento informado para crear el vínculo de la relación médico paciente, además de evitar con ello dejar a terceros la responsabilidad para tomar este tipo de decisiones.

Proteger la dignidad de los seres humanos, especialmente en estas condiciones de vulnerabilidad, y garantizarles el respeto de su voluntad en todo momento, sobrepasa la sola idea de pretender disminuir el uso de los medios extraordinarios médicos existentes y evitar la obstinación terapéutica, así como evitar dejar la responsabilidad de decisión a familiares del enfermo terminal que no puede expresar su consentimiento o rechazo a lo que se le pretende hacer o no

medicamente, evitando con ello conflictos entre los familiares dada la discrecionalidad y subjetividad en opiniones y decisiones relacionadas con el estado que presentan estos pacientes y de los tratamientos terapéuticos que les son aplicables en el momento.

Sin embargo, como todo tema derivado del ejercicio del libre albedrío de las personas humanas, evaluar la capacidad para decidir y poder considerar su voluntad anticipada como una elección informada, libre y reflexionada y no como simple liberalidad sin límites en el ámbito del derecho humano, requiere comprender el origen, estado, riesgos, beneficios y consecuencias de sus decisiones y tener el conocimiento informado suficiente para beneficiarse del respeto al ejercicio de su derecho a la autodeterminación como suscriptor del Documento de Voluntad Anticipada, el cual incidirá a posteriori en su relación médico paciente, la cual se pretende garantice una atención médica digna.

Con esta figura jurídica se pretende evitar el uso de medidas extraordinarias fútiles y evitar el encarnizamiento médico, así como evitar afectar a terceros al menos emocionalmente, en la toma de decisiones en relación a la salud del paciente terminal inconsciente, que generalmente recaen en los familiares de este e incluso puede recaer solo en la del médico responsable mismo cuando no hay representación legal alguna para la toma de decisiones y se sostiene como fundamento único el privilegio terapéutico que ejerce en su

caso el médico tratante y lo pone en ocasiones en riesgo de responsabilidad civil o penal por el ejercicio profesional sin consentimiento informado.

Normar la libertad infiere que esta no sea absoluta, siendo especialmente relevante que el Estado lo haga en materia de salud, ya que ante todo debe proteger la vida de la persona humana, incluso por encima de la autodeterminación de las personas, ya que sin la vida como basamento o elemento natural para que existan los demás derechos, no habría más que proteger que tuviera relevancia a la existencia de dicha persona humana, la vida es requisito sine qua non para la de los demás derechos.

El Código Civil para el Estado de Guanajuato determina en su artículo 23, quien es capaz de expresar su voluntad anticipada:

“ARTÍCULO 23. El mayor de edad y el legalmente emancipado, tienen capacidad jurídica para disponer libremente de su persona y de sus bienes, con las limitaciones que establece la ley.”

Las consecuencias del ejercicio de la libertad pueden traer como consecuencias la incapacidad o final de la vida del paciente, las opciones a elegir van desde lo más general que es atenderse médicamente o no, hasta elegir al médico tratante, el hospital, el tratamiento, los medicamentos, los procedimientos, el costo de inversión o gasto, los cuidados; todo esto y más formará y permitirá expresar el

consentimiento informado que representa el ejercicio de la autonomía del paciente, como derecho humano universal, inalienable e imprescriptible.

Tomando como primer punto de análisis del Documento de Voluntad Anticipada citado, el respeto de la voluntad del potencial enfermo terminal y dada la trascendencia de la consecuencia última que resultará fatal, distingo esta expresión de voluntad como una decisión extraordinaria, en un rango superior a las que denominé cotidianas y trascendentes, ya que la consecuencia de cumplirse su voluntad anticipada, es decir de dar cabalidad a su ejecución, resultará en algo que no puede ser sustituido, intercambiable, recuperable, llegado el final de la vida no hay marcha atrás, no hay recursos legales, médicos o mágicos para retrotraer sus efectos, o se está vivo o no.

Demandar la nulidad por ilegalidad de una voluntad anticipada que pretende evitar la utilización de medios extraordinarios que prolonguen la vida del paciente, asume poner en entredicho el alcance de la autonomía ejercida a priori por el paciente terminal, aun cuando este gozaba de cabalidad en la toma de decisiones, presume su incapacidad para expresarse libre y conscientemente, asume que su cumplimiento llevará a excluir lograr luchar por la vida, pretende evitar una locura que al parecer de otros, ya sean sus familiares o el propio personal médico, consideran una decisión equivocada y que atenta contra la protección y respeto de la vida misma.

Las características de incurable e irreversible de la enfermedad del paciente en situación terminal, acompañada generalmente de dolores físicos que afectan la razón y alteran el equilibrio de las emociones, pueden poner en tela de juicio las decisiones del paciente; no obstante ello, la presencia del médico tratante en un diálogo efectivo, real, derivado de circunstancias presentes y particulares, que facilita al paciente una visión ampliada de su condición, las opciones, los riesgos, los beneficios, los costos y demás consecuencias propias del acto médico, permite al paciente discernir en mejor medida qué decisión tomar y sumar a su tratamiento curativo ya sea medidas ordinarias o de carácter extraordinario si así lo deseara.

Sin embargo, el buen juicio no se puede dar si el paciente terminal está inconsciente y se le ha pronosticado un plazo de vida no mayor a seis meses, por lo que sumar a esa condición su negativa a priori de recibir tratamientos que le prolonguen la vida, habiéndolo diagnosticado como enfermo terminal, impone que al prever poder verse impedido para expresarlo en ese momento y que esto recaería en la decisión de sus familiares o del personal médico, previó su voluntad anticipadamente y con ello sus consecuencias, por lo que debe el médico tratante cumplir su voluntad, salvo que el paciente recupere plenamente su capacidad de ejercicio y cambiase de opinión.

La exposición de motivos de la iniciativa de la Ley obje-

to de estudio, fechada 28 de octubre de 2010 y presentada por los diputados integrantes del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional de la Sexagésima Primera Legislatura, plantea del debate bioético relacionado con el final de la vida humana el “derecho a morir con dignidad”, sin sufrimiento y externa como finalidad para la aplicabilidad de la Voluntad Anticipada, los argumentos de proteger y garantizar la autodeterminación y la autonomía de la voluntad.

Adicionalmente, toma como punto de partida reconocer el derecho a la vida como fundamental y base de los demás derechos, aclara que no se pretende una eutanasia, la cual distingue de la ortotanasia que pretende respetar en todo momento la dignidad humana y la posibilidad de una calidad de vida mediante bienestar y alivio en el corto periodo que le resta al enfermo terminal, previendo una perspectiva ética de muerte digna mediante los cuidados paliativos que le eviten o reduzcan el dolor, lo hidraten y alimenten, así como ser atendido psicológica y espiritualmente.

Es relevante entender que respetar la autonomía de un paciente en la relación que el médico tiene con este, mediante el consentimiento informado, es el punto de partida en el que los derechos del primero y las obligaciones del segundo nacen e integran el vínculo más importante de una persona, pues son su salud y la vida los valores tutelados en este acuerdo, valores que forman parte inseparable del pacien-

te, que es en consecuencia, además de sujeto contratante, objeto material del “contrato” y, en ánimo de no cosificarlo, se da preponderancia a su voluntad, previamente informada a detalle de los efectos de su decisión, para así respetar su dignidad como ser humano en todas sus dimensiones.

Lo anterior toma una especial relevancia cuando el paciente sufre una enfermedad que le clasifica como enfermo en situación terminal, ya que su vulnerabilidad no es solo física sino especialmente emocional, sabe que su situación es básicamente irreversible y mortal, por lo que le convierte en candidato a sufrir la obstinación médica o ser objeto de medios extraordinarios o fútiles, sensible en ocasiones además a dolores intensos y agravados con el tiempo, lo que hace que su calidad de vida, la que le reste, se evalúe en base a la posibilidad de aceptar continuar el proceso natural de terminación de su vida con una pretendida muerte digna o en una desafortunada eutanasia pasiva.

Entendida esta situación de vulnerabilidad del enfermo terminal, es que el legislador en Guanajuato incluyó en una ley el Documento de Voluntad Anticipada y el Formato de Voluntad Anticipada, mediante los cuales no solo pretende evitar la obstinación terapéutica, sino además abre como derecho a la protección de la salud del enfermo en situación terminal, el que pueda libremente optar por dejar o rechazar los procedimientos terapéuticos hospitalarios y retirarse al seno de su hogar

para recibir los tratamientos paliativos que le acompañen, reduciendo el dolor y con los recursos al menos básicos al respeto de su dignidad como persona humana a la espera de la muerte.

A diferencia del Formato de Voluntad Anticipada que se materializa ante el personal de salud que atiende al paciente enfermo de situación terminal, lo que lleva a expresar el equivalente a un complemento del “consentimiento informado” por el propio paciente o por quienes la ley legitima al efecto, con el apoyo y asesoría del médico responsable o incluso orientados de opiniones médicas adicionales, con un diagnóstico real, particularizado, actualizado y la evaluación de circunstancias reales, el Documento de Voluntad Anticipada adolece de esto, ya que parte de un supuesto genérico probable de tratamientos potenciales y en consecuencia la decisión es a priori a la posible enfermedad que derivará en situación terminal y básicamente sin sustento o apoyo médico alguno.

La fracción v) del artículo 4 de la Ley en comento, refiere textualmente que el Formato de Voluntad anticipada:

“... es el documento suscrito por el enfermo en situación terminal, con capacidad de ejercicio, en pleno uso de sus facultades mentales, o por las personas legalmente facultadas para suscribirlo, ante el persona de la institución de salud que atiende al enfermo, a través del cual se manifiesta la voluntad, libre,

inequívoca, consciente e informada, a rechazar un determinado tratamiento médico, que prolongue de manera innecesaria y sin fines terapéuticos, la vida del enfermo;”

La propia Ley en comento establece para la expresión de la voluntad anticipada en sus dos opciones citadas, que debe ser libre, inequívoca, consciente e informada, diferenciando el objeto del consentimiento a rechazar un tratamiento médico específico en el caso del Formato, lo cual puede ser razonable pues se conoce la enfermedad y circunstancias específicas al que es aplicable y en el Documento abre a rechazar de manera genérica y plural tratamientos médicos, es obvio de que se trata de una mera especulación de situación terminal cuyas particularidades son desconocidas, aunque en ambos casos que refiere tratamientos que prolonguen la vida y no otros.

Esta generalidad de tratamientos a rechazar que permite determinarse por el suscriptor en el Documento de Voluntad anticipada, adolecen de aplicabilidad directa y consciente, ya que generaliza su aplicación al no correlacionarlos con enfermedad alguna, simplemente se rechazan, por lo que no puede tomar en cuenta otras circunstancias adicionales a la enfermedad pues la misma se desconoce al igual que se desconoce la institución de salud en la que vaya a ser atendido, el nivel de especialización del médico y su experiencia en tratar este tipo de enfermedad, los avances científicos médicos que pudieran apli-

carse como medios ordinarios o extraordinarios y los medicamentos de más reciente creación, así como las demás particularidades no solo del entorno que rodea al paciente, sino la situación del propio paciente, tanto física, mental, emocional, económica como espiritualmente, junto con la gravedad, dolor, esperanza, riesgos y demás que en su caso influirían en la toma del consentimiento informado si estuviera consciente y actualizado al hecho del estado que guarde el enfermo en situación terminal y que se pretende a priori se hagan efectivos cuando sea diagnosticado así.

Adicionalmente, el legislador hace otra diferenciación que genera confusión de aplicabilidad en el fin del tratamiento, ya que en el Formato establece que este pretenda la prolongación de la vida del enfermo de manera innecesaria y sin fines terapéuticos, obviando que está en situación terminal, lo que sí hace en el Documento al referirlo específicamente, mas no distingue en este los tratamientos a rechazar, pudiendo entonces ser incluso los necesarios y terapéuticos, ya que solo refiere tratamientos médicos en general y en donde la ley no distingue no cabe distinguir; estaría entonces en la opción de rechazar cualquier tipo de tratamiento médico, incluso los que pudieran beneficiarle, por lo que la línea con la eutanasia pasiva sería muy frágil.

Una de las características del acto médico, es la subjetividad de su aplicación, ya que depende en gran medida de las decisiones que sugiere el

médico responsable; no necesariamente a igual enfermedad se aplica un tratamiento terapéutico igual, ya que el libre ejercicio de la profesión médica, el constante avance de técnicas, procedimientos, equipos, medicamentos, materiales y demás elementos en que se apoya el actuar médico, variará, además de la medida en que un médico tenga más experiencia por conocimientos más especializados y más actualizados.

Lo anterior puede resultar poco importante para efecto del Documento en cuestión, sin embargo, cuando lo que se pretende evitar es la obstinación terapéutica, primero debemos definir dicho concepto, al igual que los correspondientes a medios ordinarios y extraordinarios, ya que de esto dependerá el alcance y límites entre los que se pretende regular el acto médico en relación a los enfermos en situación terminal, que a la vez es un concepto que debe incluirse dentro de estos parámetros y evitar con ello subjetividades. Sin embargo, la realidad es otra y precisamente termina siendo el perfil del acto médico como explico más adelante.

A efecto de determinar estos conceptos, la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato en su artículo 4 establece literalmente lo que debe entenderse por los conceptos referidos en el párrafo anterior, en diversos incisos como sigue:

“IV. Enfermo en situación terminal: es la persona que tiene una enfermedad incurable e irreversible y que

tiene un pronóstico de vida inferior a seis meses.”

Esta definición está afectada de subjetividad en el pronóstico de vida; es cierto que habrá particularidades de gravedad que permiten al médico detectar la cercanía e inmediatez de una muerte anunciada en periodos más cortos, pero pretender prolongarla hasta los seis meses resulta inútil, rebasar los seis meses o no llegar a ellos está fuera de control del diagnóstico médico.

En cuanto al diagnóstico de lo incurable o irreversible de una enfermedad, tendrá su fundamento en el conocimiento médico y en la experiencia de su propio ejercicio a nivel mundial, son determinantes y ciertas estas características, cuyo cambio dependerá del avance y novedad en la ciencia médica, en tanto no se dé el cambio seguirán siendo incurables e irreversibles.

Es responsabilidad del médico mantener con vida al paciente en situación terminal; sin embargo, su actuar debe limitarse a utilizar medios ordinarios y evitar los medios extraordinarios y los fútiles; para no caer en la obstinación terapéutica por su decisión o por la decisión de los familiares del paciente terminal, pudiera entenderse que basta que la norma de salud prohíba la obstinación terapéutica, pero no es así, ya que para determinar esta debemos saber en dónde termina el tratamiento terapéutico legal e inicia la obstinación.

En cuanto a los medios ordinarios y extraordinarios, así

como la obstinación terapéutica, la misma Ley objeto de estudio los refiere en el artículo 4; no obstante, es ajena a definir los inútiles a menos que los considere sinónimos de extraordinarios, lo que se desprende de su lectura; analicemos uno por uno:

“X. Medios ordinarios: los que son útiles para conservar la vida del enfermo en situación terminal o para curarlo y que no constituyen para él, una carga grave o desproporcionada frente a los beneficios que se pueden obtener;”

Llevarlos a cabo tiene una razón básica, no obstante ser una carga esta no es grave, son útiles para conservar la vida del enfermo terminal, en tanto pueda durar la vida con estos medios, entendidos que se pronostica un periodo no mayor de seis meses contados a partir del diagnóstico de terminal; sin embargo, también refiere que sean útiles para curarlos, lo que se contrapone con su situación ya que supone es incurable, a menos que el legislador se refiera a otra u otras enfermedades que padezca el enfermo en situación terminal, pero que no sean la causa que le dio origen al diagnóstico que determine su situación como terminal, de otra manera no se entendería.

La utilidad del medio no debe ser una carga grave o desproporcionada, pero entonces ¿qué es una y qué es otra? Caemos de nuevo en la subjetividad al no establecerse el alcance conceptual legal, ¿qué hace que una carga sea grave simplemente y cuál que

la carga sea desproporcionada?, en este caso el legislador distingue una de otra, es decir, la carga puede ser grave o desproporcionada, pero ello no las hace sinónimos y tampoco determina que pueden converger. No obstante que pretendiéramos interpretar el alcance de la carga comparando a contrario sensu estos medios con los extraordinarios, tampoco lo resolveríamos, baste para ello la lectura del párrafo siguiente, que más de aclarar considero que confunde más.

“IX. Medios extraordinarios: los que constituyen una carga demasiado grave para el enfermo y cuyo perjuicio es mayor que los beneficios; en cuyo caso, se podrán valorar estos medios en comparación al tipo de terapia, el grado de dificultad y de riesgo que comporta, los gastos necesarios y las posibilidades de aplicación respecto del resultado que se pueda esperar de todo ello;”

Tenemos ahora un tercer parámetro de gravedad de la carga. Primero, la carga carente de gravedad que se da en los medios ordinarios; segundo, una carga grave que desconocemos con qué tipo de medios se identifica, y este tercero como una carga que es demasiado grave; luego entonces, el acto médico con carga grave no está regulado, ya que de ausencia de gravedad se pasa directamente a demasiada gravedad, ¿cómo determino la gravedad y cómo la desproporción de la carga, cuando esta última ya no se establece

como elemento de los medios extraordinarios?

Al parecer el legislador omitió incluir en el concepto de medios extraordinarios la característica de la carga desproporcionada, que a contrario sensu de los ordinarios debiera de incluirse, ya que se entiende no es sinónimo de demasiado grave; quiero, con ánimo de encontrar solución, entender que la frase “... cuyo perjuicio es mayor que los beneficios;” es precisamente la definición de “carga desproporcionada”.

La técnica legislativa hubiese simplificado estas interpretaciones evitando el término “demasiado grave”; la carga en los medios ordinarios no debe ser grave; luego entonces, en medios extraordinarios es grave; de igual forma la carga no debe ser desproporcionada en los medios ordinarios, luego entonces serán extraordinarios cuando la carga sea desproporcionada y esta será desproporcionada cuando los perjuicios son mayores a los beneficios y esto se determinará tomando en cuenta la dificultad y riesgo del tipo de terapia, su costo y su aplicabilidad al resultado esperado.

No obstante lo anterior, seguiremos con el problema de interpretación que el médico responsable haga de estos, ya que la Ley en estudio en lugar de aclarar confunde, ya que suma estos conceptos de valor cuyo parámetro es de hecho y de derecho subjetivo y con ello discrecional al ejercicio de la profesión médica, ¿cómo mido ahora la dificultad y riesgo, el costo y la aplicabilidad atendiendo al resultado espe-

rado? Solo el médico responsable lo sabrá.

Más que relevantes jurídicamente resultan estos conceptos, ya que son necesarios para determinar el siguiente concepto a definir y que precisamente es el más relevante, ya que la Ley objeto de estudio pretende evitarlo y es precisamente la obstinación terapéutica, concepto que a la letra establece este ordenamiento legal como:

“XI. Obstinación terapéutica: La adopción de medidas desproporcionadas o inútiles con el objeto de alargar la vida en situación de agonía;”

No es de sorprender el que este concepto sume confusión, ya que la obstinación terapéutica se basa en la desproporción, concepto que no quedó aclarado ni en los medios ordinarios ni extraordinarios, luego entonces ¿cuándo se da la desproporción? La única respuesta que se desprendería por deducción de la Ley en comentario sería que, si los medios ordinarios son aquellos que son proporcionales, entonces todos los medios que no sean ordinarios pueden resultar en obstinación terapéutica, si tienen por objeto alargar la vida en situación de agonía.

¿Y cuándo se da la situación de agonía?

Ahora, como el legislador distingue, luego entonces cabe distinguir, entre la situación terminal y la situación de agonía, supongo refiriéndose al enfermo cuya vida se pretende alargar; sin embargo, de nueva cuenta el legislador confun-

de con sus aclaraciones y por ello surge otra pregunta, ¿es la situación de agonía una etapa dentro de la misma situación terminal?, ¿es la misma o es diferente?

No considere el lector que aquí termina el calvario de aclaraciones, falta una más: el alcance de las medidas inútiles. La futilidad en el acto médico es un término reconocido, sin embargo la Ley en estudio lo omite a fin de distinguirlo o hacerlo sinónimo al de medidas desproporcionadas; de nuevo no pueden entenderse como sinónimos, ya que efectivamente puede haber medidas desproporcionadas a las circunstancias del caso pero útiles a la salud del paciente, puede haberlas desproporcionadas al beneficio en contraposición al perjuicio y resultar inútiles, sumando además que tengan por objeto prolongar la vida del enfermo en situación de agonía, término no definido por el legislador, lo que hace en consecuencia inaplicable su alcance legal en perjuicio directo del otorgante del Documento de Voluntad Anticipada.

Recordemos que tanto el Formato como el Documento de Voluntad Anticipada, pretenden básicamente rechazar tratamientos médicos que prolonguen la vida del enfermo en situación terminal y así evitar la obstinación terapéutica, pero si el concepto de esta última es erróneo, permitirá al médico tratante, llevar a cabo el acto médico de manera como mejor lo decida y hacer caso omiso si así lo desea de la expresión de autonomía del otorgante, quedando con ello violado el

derecho humano de la autodeterminación.

Lo anterior demerita y obstaculiza la efectividad del Documento de Voluntad Anticipada, que como todo acto humano que se precie de ser una expresión de voluntad, debe ser personal, para ello debe ser libre, lo que impone una consciencia sustentada inequívocamente en lo que nos hemos informado, todo ello para que seamos responsables de las consecuencias del mismo al ejercer nuestro derecho a la libre autodeterminación como persona humana y es así como el legislador la pretende y establece sin mayor explicación. Sin embargo, amplía la problemática de la eficacia de su cumplimiento al ampliar el razonamiento aplicable para establecer las circunstancias que deben considerarse necesarias para poder legitimar el acto y evitar en la medida la nulidad del acto en su caso, es decir del Documento de Voluntad Anticipada.

El legislador establece en el artículo 22 de la Ley en estudio, que para la realización válida del Documento de Voluntad Anticipada y evitar su nulidad, no medien vicios del consentimiento, que este sea inequívoco en lo que expresa al responder las preguntas que le hace el Notario para cerciorarse de la identidad del solicitante, de la plenitud en su capacidad de ejercicio y de la forma en que expresa su voluntad al momento de suscripción del mismo, de otra forma la invalidez abriría la posibilidad de nulificar el acto, entendidos jurídicamente que la nulidad de un acto jurídico

debe ser declarada por una autoridad judicial competente y no a consideración discrecional de particulares o de autoridades administrativas aún del sector salud.

La Ley de Voluntad Anticipada en comento, no refiere más en cuanto a la nulidad del acto de voluntades anticipadas, no obstante que las consecuencias de esta pueden afectar directamente uno de los postulados más importantes de la propia Ley desde su exposición de motivos, el respeto de la voluntad en base a la finalidad de proteger y garantizar la autodeterminación y la autonomía de la voluntad, protegidas tanto en el Formato como en el Documento de Voluntad Anticipada, el cual se otorga ante Notario pretendiendo dar el máximo de seguridad jurídica.

Como complemento y en forma supletoria a la Ley en estudio, el Código Civil para el Estado de Guanajuato, identifica los vicios del consentimiento, su alcance y sus consecuencias, con la simple lectura de los siguientes:

“ARTÍCULO 1282. El contrato puede ser invalidado:
I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
II. Por vicios del consentimiento;
III. Porque su objeto sea ilícito;
IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

... ARTÍCULO 1300. El consentimiento no es válido si ha sido dado por error,

arrancado por violencia u obtenido por dolo o mala fe.

... ARTÍCULO 1301. *El error de derecho no anula el contrato y el de hecho lo invalida cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.*"

... ARTÍCULO 1719. *La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.*

... ARTÍCULO 1721. *La nulidad por causa de error, lesión, dolo, violencia, o incapacidad sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, o es el incapaz.*"

Sin embargo, no obstante que el Notario dé fe que la expresión de voluntad fue ante él libre, inequívoca, consciente e informada, es menester evaluar si efectivamente este profesional cuenta con elementos para considerar que la misma es informada y en consecuencia consciente, a fin de que no pueda ser afectada de vicios del consentimiento en la suscripción del Documento de Voluntad Anticipada.

Si bien la expresión de voluntad puede ser inequívoca por

su contundencia en base al ejercicio de una libertad, esta puede no ser lo suficientemente responsable ya que está limitada por tratarse de dirigir a un acto médico no concreto, que requiere en todos los casos del conocimiento médico aplicable a una circunstancia determinada, el cual es limitado para el solicitante y el Notario por no ser peritos en la materia médica, a diferencia de la voluntad anticipada expresada mediante el Formato, ya que este lo consciente el suscriptor con el apoyo del personal de la institución de salud en la que se encuentra, es decir de peritos en la materia y aplicable a un caso en concreto.

Lo anterior hace vulnerable el consentimiento del otorgante del Documento de Voluntad Anticipada, ya que al no contar como requisito con la asesoría, orientación y explicación de un médico respecto del procedimiento o procedimientos terapéuticos que pretende rechazar a priori, sin estar necesariamente enfermo y establecida su situación terminal, la posibilidad de error se amplía y con ello la de nulificar sus efectos.

Entendidos que la Ley analizada no refiere más de la nulidad del acto, es menester referir lo que el Reglamento de la misma establece para la mejor aplicación de esta, siendo que en su artículo 12 establece literalmente:

"En caso de alguna controversia sobre la nulidad, validez y objeción familiar, médica o institucional, del documento de voluntad anticipada, formato de

voluntad anticipada o del formato de revocación, se suspenderá el cumplimiento hasta que la autoridad competente resuelva."

Este precepto reglamentario, considero que no favorece el respeto a la autonomía del suscriptor del Documento de Voluntad Anticipada, ya que permite la objeción de los familiares, el personal médico, o la representación legal de las Instituciones de Salud, en clara violación al derecho humano de autodeterminación. Adicionalmente, no es constitucionalmente válido que un reglamento heterónimo vaya más allá que la propia Ley en el ámbito normativo, ya que su fin básico es proveer en la esfera administrativa la exacta observancia de la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato y no adicionar preceptos normativos autónomos a la referida Ley, como es el caso en comento.

Si el accionar legal procesal se lleva a cabo por los terceros referidos, el efecto de la suspensión preventiva del acto a que refiere el precepto reglamentario citado, es decir el Documento de Voluntad Anticipada, convierte nugatoria la eficacia de este y viola la autonomía de la voluntad establecida en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, violando el derecho del enfermo en situación terminal, pues en tanto se resuelva en su caso la declaratoria de nulidad y atentos al pronóstico de vida inferior a seis meses, este seguramente requerirá ser mantenido vivo en forma artificial hasta que se resuelva la controversia, no

habiendo procedimiento legal que ponga fin a la controversia en menos de seis meses y en consecuencia los motivos que dieron origen a la Ley son irremediablemente vulnerados a discreción que quienes ejerzan la acción correspondiente ante la autoridad competente.

Por otra parte, el reglamento en comento, agrega la objeción como herramienta jurídica para oponerse a la aplicación efectiva del Documento de Voluntad Anticipada, cuando la Ley en estudio no lo prevé, sumando a esto una inseguridad jurídica notoria en perjuicio del enfermo en situación terminal que a priori pretendió verse sometido a determinados procedimientos terapéuticos, lo que resultará ineficaz en tanto se resuelva la controversia, considero esto lo más grave y aberrante jurídicamente, ya que un precepto reglamentario de no más de tres renglones, elimina prácticamente el esfuerzo legislativo.

Otro de los problemas que puede generar este precepto reglamentario, es no especificar a qué se refiere como autoridad competente, ya que en un sentido estrictamente procesal la nulidad del Documento la debiera resolver un Juez, supongo en materia civil, sin embargo genera confusión ya que pudiera entenderse también dentro del ámbito de procuración de justicia a un agente del Ministerio Público o una autoridad de Salud.

El presente estudio es solo el inicio de una investigación que llevará necesariamente a proponer una reforma legislativa

y reglamentaria que respete y haga eficaz el derecho humano a la autodeterminación en materia de tratamientos terapéuticos de los enfermos en situación terminal, pero para ello es menester enlistar la preguntas que se derivaron de la investigación, adicionales a las planteadas en el texto que antecede a las siguientes:

¿Existe en realidad una libre expresión de voluntad en decisiones genéricas anticipadas relacionadas a potenciales tratamientos médicos aplicables al enfermo en situación terminal?

Es fundamental que así como en el consentimiento informado se cubren requisitos de información indispensables que el médico provee al paciente para la libre expresión de voluntad, se cubra la libre expresión en el Documento de Voluntad Anticipada con la asesoría de un médico que ayude a construir una deliberación razonada, informada y con ello libre por parte del suscriptor de dicho documento.

¿Existe en realidad una libre expresión de voluntad en decisiones genéricas anticipadas relacionadas al universo de potenciales circunstancias que pudieran rodear al enfermo terminal?

Resultaría utópico considerar que el suscriptor del Documento de Voluntad Anticipada, conoce o pueda siquiera imaginar un listado de circunstancias que sean el motivo para rechazar determinados procedimientos terapéuticos o desde otro punto de vista, conocer todos los procedimientos

terapéuticos que existen para prolongar la vida y rechazarlos de facto, cuando algunos de ellos pudieran salvarle permitir dar un paso adelante a otro procedimiento incluso, al que no se podrá llegar de haberse rechazado de facto el mismo de manera genérica.

¿Es posible reflexionar y tomar decisiones a priori que suplan un consentimiento informado como potencial enfermo terminal, sin conocer la enfermedad, tratamientos y medicamentos que le vayan a ser opción en el momento real?

Considero que no es posible hacerlo, ya que el universo de procedimientos y, más aún, el universo infinito de circunstancias y sus variables es tal, que generalizar sería de hecho un error del consentimiento, ya que no hay objeto real, es una toma de decisiones más allá de la aleatoriedad de las posibles enfermedades y circunstancias, independientemente del desarrollo continuo de nuevos procedimientos y medicamentos, pero no deja de ser importante dejar asentado cual es nuestro pensamiento al respecto y dar los elementos para que se tome la decisión más adecuada, estableciendo de facto lo que particularmente es rechazado como procedimiento médico en todos los casos, para evitar la obstinación terapéutica.

¿Es el Documento de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato un acto personalísimo que respeta la autonomía de un potencial paciente terminal?

Sí es personalísimo, sin embargo dista de poder respetar la autonomía del suscriptor del Documento con la simple posibilidad de suspender temporalmente su aplicación en forma reglamentaria.

¿Es posible considerar el consentimiento expresado en un Documento de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato, afectado del error como vicio del consentimiento y en consecuencia factible suspender sus efectos por decisión de terceros en beneficio del otorgante?

La amplitud que puede darse al error en el consentimiento es tal que su apreciación no debiera ser objeto de litigio al haberlo otorgado ante un Notario Público; sin embargo, el mismo requerirá en todo caso cerciorarse como mejor considere, que el suscriptor del Documento de Voluntad Anticipada cuenta con la información médica suficiente para expresar su voluntad libremente, entendida esta libertad con responsabilidad, que a la vez impone la necesidad del conocimiento, de la capacidad de discernir por un razonamiento asesorado por un experto y con plena consciencia de sus efectos.

¿La posible actualización de un error del consentimiento expresado como se refiere en la pregunta anterior, impide cualquier gestión para hacer lo contrario por parte del personal médico, de sus familiares o de la representación social de autoridades competentes, cuya aplicación particular atenderá a circunstancias médicas específicas del momento

real, que pueden tener resultados médicos diferentes que pudieran beneficiar al paciente prolongando su vida respetando su dignidad?

El respeto de la autonomía del paciente debe ser premisa del acto médico y con ello la delimitación del debido ejercicio de la profesión médica en un ámbito ya no paternalista como lo fue en antaño, sino ante todo de un debido respeto a la autodeterminación del enfermo en situación terminal, lo que no obsta para que el paciente reciba los cuidados básicos y paliativos en su caso, que le acompañen en esta etapa que llevará a la terminación de la vida en forma digna.

¿Tiene el Notario Público los conocimientos necesarios para asesorar y explicar los efectos de su decisión a la persona que acude ante él para expresar su voluntad y generar el instrumento legal que contenga el Documento de Voluntad Anticipada?

Considero que la asesoría legal del Notario Público le impone indirectamente la necesidad de sugerir al otorgante que reciba asesoría de un médico especializado en tratamientos para enfermos en situación terminal e incluso pida al suscriptor acompañe un certificado médico que exprese haber dado toda la información pertinente al caso particular.

¿Es lícito establecer reglamentariamente una acción que permita nulificar el Documento de Voluntad Anticipada, cuando el fin que pretende es que se respete su Voluntad y su Dignidad?

Considero que debe evitarse hacer esto, ya que para ello existen las normas adjetivas pertinentes, no obstante pudiera aclararse en forma específica a qué se refiere con autoridad competente y establecer plazos y términos para evitar que la suspensión haga ineficaz el respeto al cumplimiento del Documento de referencia.

¿Es el Documento de Voluntad Anticipada una expresión anticipada equiparable o sustituta del Consentimiento Informado en la relación Médico Paciente?

Considero que es complementaria al Consentimiento Informado y que debe formar parte del mismo, dentro del expediente médico del paciente considerado enfermo en situación terminal en todos los casos, ya como Documento de haberlo o como Formato cuando se actualice el supuesto de ser considerado en ese estado.

4. CONCLUSIONES DE PROPUESTA LEGISLATIVA Y REGLAMENTARIA

1) La expresión de voluntad en el Documento de Voluntad Anticipada otorgado ante un Notario Público de acuerdo a la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato, puede ser atacada de nulidad por terceros y lograr con ello impedir su cumplimiento discrecionalmente en tanto se resuelve la declaración de nulidad, toda vez que el Reglamento de la Ley establece la suspensión temporal de sus efectos en tanto se resuelva la controversia planteada,

- por lo que debe derogarse el precepto reglamentario que así lo establece.
- 2) Toda vez que el Reglamento de la Ley no plantea un procedimiento legal expedito menor a la naturaleza de las enfermedades en situación terminal, el enfermo se verá irremediablemente sujeto a procedimientos terapéuticos que lo mantengan con vida hasta en tanto se ponga fin a la controversia, además de derogarse el precepto reglamentario, debe agregarse el procedimiento expedito en la propia Ley y solo como acción ejercitable por quien haya sido designado representante legal de la voluntad anticipada del suscriptor del propio Documento, sujeto considerado en el ordenamiento legal y que será designado en el mismo Documento por el suscriptor.
- 3) El Documento de Voluntad Anticipada adolece de la certeza jurídica de que el mismo sea resultado de la expresión del consentimiento consciente e informado, si no cuenta con la asesoría y apoyo en su construcción de un médico especializado en enfermos en situación terminal, que le permita suponer los hechos futuros inciertos que pudieran ser aplicables a su voluntad de someterse o no a determinados tratamientos terapéuticos, por lo que deberá agregarse como requisito contar con un Certificado que afirme haber dado la información necesaria al suscriptor.
- 4) Se sugiere llevar a cabo las reformas y adiciones necesarias a la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato y su Reglamento, que permitan asegurar a las personas el cumplimiento de su voluntad anticipada, en caso de ser diagnosticadas como enfermos en situación terminal y verse impedidos a expresar su voluntad, para lo cual deberá establecerse de manera determinante, los conceptos de Obstinación Terapéutica, Medidas Extraordinarias y Ordinarias, Elemento de Proporcionalidad y Desproporcionalidad, así como evitar conceptos que confundan los así establecidos, evitar los sinónimos y establecer claramente que la objeción de conciencia médica solo consistirá en el derecho del médico a no cumplir personalmente con el Documento de Voluntad Anticipada, evitando llevar a cabo actos u omisiones que hagan irreparable su negativa, debiendo proceder de inmediato a poner en manos de otro médico el cumplimiento del contenido del Documento y dar prioridad al respeto de la Autonomía del paciente, evitando la Obstinación Terapéutica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baqueiro, E. (1997). Violencia. En: Diccionarios jurídicos temáticos, Derecho Civil (Vol.1).México:Harla.
- Bonnecase, J. (1997). Tratado elemental de derecho civil (Vol.1) (E. Figueroa, Trad.). México:Harla.

Bruger, W. (1988). Diccionario de Filosofía. Barcelona: Editorial Herder.

Bustos, M.B. (2003). Capacidad, en Diccionarios Jurídicos temáticos, Personas y Familia (Vol.1).México: Oxford.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://www.diputados.gob.mx>, consultado en junio 2015.

Constitución Política para el Estado de Guanajuato, disponible en <http://www.congresogto.gob.mx>, consultado en junio 2015.

Documento de Voluntad Anticipada. (2014). Colegio de Notarios del Distrito Federal, disponible en <http://www.colegionotarios.org.mx>, consultado en junio 2015.

Espejo, M.D. (2006). Voluntas Anticipadas, en Diccionario de Bioética, Simón, C. España: Editorial Monte Carmelo.

Espejo, M.S. y Vega, J. (2006). Eutanasia, en Diccionario de Bioética, Simón, C. España: Editorial Monte Carmelo.

Gevaert, J. (1995). El problema del hombre. Introducción a la Antropología Filosófica, 10ª edición. España: Ediciones Sígueme.

Inicia "marzo mes de la voluntad anticipada". (2014). Colegio de Notarios del Distrito Federal, disponible en <http://www.colegiodenotarios.org.mx>, consultado en junio 2015.

- Kubler, E. (1999). *La muerte: un amanecer*. (Jáuregui, P. Trad.). España: Luciérnaga.
- Laurent, A. (2013). *Consentimiento Informado y Daño Moral*. En Marín, J.C., Moctezuma, G., Ramírez, A., Salgado, E., Silva, M.E. *Error Médico y Daño Moral*. México: Porrúa.
- Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato, disponible en <http://www.congresogto.gob.mx>, consultado en junio 2015.
- Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, disponible en <http://www.congresogto.gob.mx>, consultado en junio 2015.
- Ley General de Salud, disponible en <http://www.diputados.gob.mx>, consultado en junio 2015.
- Lineamientos para la aplicación de la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato, así como los Formatos de Voluntad Anticipada y de Revocación de Voluntad Anticipada, emitidos por el Secretario de Salud del Estado, disponible en <http://www.congresogto.gob.mx>, consultado en junio 2015.
- Nino, C.S. (1994). *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Paidós.
- Obligio, O. (1998). *Principios de Bioética*, Pontificia Universidad Católica Argentina. Buenos Aires: Fundación Alberto Roemmers.
- Pérez, J.J. (2006). *Acto Médico*, en *Diccionario de Bioética*, Simón, C. España: Editorial Monte Carmelo.
- Poisson, J.F. (2009). *Bioética ¿El hombre con el hombre?*. Madrid: Ediciones Rialp.
- Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato, disponible en <http://www.congresogto.gob.mx>, consultado en junio 2015.
- Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, disponible en <http://www.diputados.gob.mx>, consultado en junio 2015.
- Reich, W. (1982). *Encyclopedia of Bioethics*. Georgetown University, USA: The Free Press.
- Tomás, M.C. y Tomás, G. (2006). *Valores*, en *Diccionario de Bioética*, Simón, C. España: Editorial Monte Carmelo.
- Varga, A. (1988). *Bioética Principales Problemas*, (Llano, A. Trad.). Bogotá: Ediciones Paulinas.

LA IMPORTANCIA DE LA PRESENCIA INTENCIONAL EN LA REHUMANIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA

Jesús Monge Moreno* y José López Guzmán**

Recibido: 01.08.2015
Aprobado: 15.08.2015

RESUMEN

Es frecuente observar que, en la asistencia sanitaria, la enfermedad es tratada técnicamente, sin tener en cuenta a la persona enferma que está atravesando dicho proceso, desde su propia originalidad única e irrepetible, quedando así la dolencia despojada de su carácter personal e histórico; y el sujeto, reducido a organismo. Sin embargo, la enfermedad no es sólo un problema bioquímico o una alteración de la biología del sujeto, es una experiencia, humanizante y humanizadora, que afecta al ser humano en su conjunto. Así pues, es importante volver la mirada a la persona y rehumanizar la asistencia sanitaria para poder dar cobertura holística al sujeto doliente. En esa rehumanización tiene un importante papel la *presencia intencional*, entendida como la relación en la que el personal sanitario y el paciente llegan a formar una unidad de diálogo basado en el encuentro pleno entre dos personas.

ABSTRACT

It is often observed that, in health care, diseases are cured technically, disregarding the sick person who is going through the process and discounting the individual's own being, uniqueness, and authenticity. Ailments are hence stripped of that personal and historic character; and the subject is simply belittled to a body. However, disease is not only a biochemical problem or alteration of the subject's biological build, it is, rather, a humanizing experience that affects a human as a whole. It is therefore important to survey the person and re-humanize health care so as to fully cater for and nurture ailing subjects. In this re-humanizing effort, deliberate presence, defined as the relationship built between the medical staff and the patient, forms a unit of dialogue based on the all-embracing rapport among people.

PALABRAS CLAVE

Presencia intencional, Persona, Rehumanización, Asistencia sanitaria.

KEY WORDS

Deliberate presence, Person, Re-humanizing, Healthcare.

* Diplomado en Enfermería por la Universidad Cardenal Herrera-CEU. Máster Universitario en Bioética por la Universidad de Navarra. Doctorando en el Área de Humanidades Farmacéuticas de la Universidad de Navarra.

** Doctor en Farmacia por la Universidad de Valencia. Profesor Titular del Área de Humanidades Farmacéuticas de la Universidad de Navarra; ha sido Director del Máster en Bioética de la Facultad de Medicina de dicha universidad. Académico Correspondiente de la Real Academia Nacional de Farmacia.

1. INTRODUCCIÓN:

Una persona enferma no es un mero “cuerpo”. Aunque éste haga referencia a la dimensión física, el cuerpo de la persona es mucho más que un conjunto químico, que una masa física o algo contrapuesto a espíritu. La corporalidad es el modo en que la persona se hace presente en el mundo y en el tiempo, es decir, su modo de vida es en el cuerpo y a través de él. Tampoco la persona es siquiera un simple “ser viviente”. Es cierto que la identidad de una persona es la identidad de un ser vivo, pero la conciencia y la materia no se pueden contemplar aisladamente la una de la otra ya que “si se contraponen entre sí como esferas inconmensurables, se separan los criterios de identidad de los hombres y las personas” (Spaemann, 2000, p.140).

Como bien indica Mounier, “no puedo pensar sin ser, ni ser sin mi cuerpo” (Mounier, 1997, p.22). El enfermo es, al igual que el sano, una persona, esto es, un ser dotado de inteligencia y libertad, portador de valores, relacionado con otros seres humanos, con una concepción de sí mismo y del mundo, con un proyecto de vida y con una responsabilidad ante su propio destino. Maritain lo resume manteniendo que la persona es “un centro de libertad puesto frente a las cosas, al universo mismo, al mismo Dios; dialoga con otra persona, comunica con ella entendiendo y amando” (Maritain, 1968, p. 364). Ese diálogo es una necesidad humana, todo ser humano necesita ser comprendido y acompañado para crecer en libertad y vivir en plenitud. Co-

reth indica que “sólo el hombre está abiertamente orientado hacia el entorno humano. De su comunidad surge el individuo y en ella crece de forma humana. Aprende el lenguaje de esa comunidad, adopta sus costumbres y participa de su espíritu y cultura. Todo esto marca de forma decisiva a la existencia humana individual (...) Lo que yo soy, lo que experimento y entiendo como yo mismo, es el resultado de un constante intercambio entre yo y mi mundo” (Coreth, 1985, p. 84). Buber llega a expresar esta idea afirmando que “el hecho fundamental de la existencia humana es el hombre con el hombre” (Buber, 1973, p. 146).

Se entiende así que la dimensión de interdependencia es también consustancial a la persona. Ésta se construye *en y a través* de la relación intersubjetiva. La experiencia humana es una experiencia de relación e interdependencia con los demás. En realidad, se podría afirmar que el ser humano no es solo *ser*, sino *ser con* los demás. Por ello, que el hombre sea esencialmente con otros quiere decir que éstos, de alguna manera, determinan y configuran su propio ser, y esto se da en los diferentes niveles en que se desarrolla la vida: biológico, psíquico, teórico, práctico, creencias y convicciones, actitudes y sentimientos, expresiones, producción de bienes, aceptación de un sistema de normas, conducta, valoraciones, etc. Y es que el ser de cada uno no termina en los límites de su piel, sino que se prolonga en su ser-con-los-demás, en sus relaciones múltiples con las demás personas. “El hombre ejecuta los actos

de su vida con las cosas, con los demás hombres y consigo mismo. Este “con” (*con* las cosas, *con* los demás hombres, *con*-migo mismo) no es un añadido, una relación extrínseca que se añade al hombre en el ejercicio de su vida. Esto sería absolutamente quimérico. Es algo mucho más radical. El “con” es un momento formal de la misma vida, y por tanto de la sustantividad humana en su dinamismo vital. De la misma manera que la respectividad no es un añadido relacional a cada una de las cosas que están en respectividad, sino que es la estructura interna, intrínseca y formal de cada una de las sustantividades, análogamente el momento “con” es un momento intrínseco y formal a la estructura de la vida, y por tanto del dinamismo humano en cuanto tal” (Zubiri, 2006, p. 225).

La persona es, por constitución, máxima comunicación. En efecto, la comunicación tiene una radical importancia en la vida humana ya que ésta no es un mero instrumento que la persona puede tomar y dejar cuando considere oportuno (como si de una herramienta, por ejemplo, se tratara). Más bien es una realidad que se identifica con el propio ser personal, que lo modifica y en la cual vive. La comunicación precede e influye a la persona, determina su modo de ver el mundo y su pensamiento, modula las relaciones con los demás y con la propia persona además de tener una cierta vida propia e independiente. Este rasgo constitutivo se manifiesta, posteriormente, en sus actos, pero la estructura relacional e interdependiente

está enclavada en el *ser* de la persona (Aparisi, 2011). De esta forma, la conciencia que cada ser tiene de sí mismo está ligada a la conciencia del otro. La relación con el mundo es intrínseca a la estructura del ser y, por tanto, la identidad se define en su relación con la alteridad. Desde la perspectiva psicológica, se puede afirmar que la “medida de mi «yo» me es dada por un «otro-yo», del «yo» que reconozco en el «tú». Identidad y alteridad se reclaman recíprocamente” (Zuanazzi, 1995, p. 55).

Las anteriores premisas adquieren una especial relevancia en la relación que se genera entre los sujetos protagonistas de la relación sanitaria. Es un encuentro entre dos o más personas en las que una de ellas, el paciente, se encuentra en un estado especial de necesidad debido a una patente vulnerabilidad, entendiendo que la persona vulnerable es aquella que, en un momento determinado y por un motivo concreto, es susceptible, o más susceptible, de sufrir abusos, ser influido o coaccionado (Kissell, 2008). Un estado que le puede *afectar* o le puede generar *angustia* o *sufrimiento*. El enfermo se ve afectado por una realidad que le aflige. Esa realidad puede ser interna, como es la propia patología que le lleva a pedir ayuda sanitaria, o puede ser externa, como es, por ejemplo, la percepción de su estado por su entorno familiar o social. Si bien es cierto que toda relación comporta una cierta afectación, siendo ésta además, una realidad inevitable, necesaria y positiva, es decir, trascendental; sufrir o

no sufrir, en cambio, sólo se da en una conciencia y depende, por ello, de la libertad humana (Alvira, 2001). El sufrimiento moral se produce cuando una persona se ve afectada y no acepta la situación. En dicho supuesto, una o varias realidades concretas resultan incomprensibles y/o inaceptables. También se suele hacer referencia al sufrimiento físico como consecuencia de una afectación *no aceptada* por el propio organismo. En este caso, sería mejor denominarlo dolor, un dolor que puede acarrear un sufrimiento en mayor o menor grado.

El diálogo, la comprensión y el acompañamiento al que se han hecho referencia en el párrafo anterior, adquieren unas notas especiales cuando se suscitan en la relación asistencial de ámbito sanitario. En primer lugar, la relación entre agentes sanitarios y pacientes puede no ser elegida, ni tan siquiera querida en un primer momento, por una de las partes. En segundo lugar, es un vínculo desigual en el que la enfermedad y el sufrimiento del enfermo lo presentan revestido con los especiales atributos de la vulnerabilidad. En este caso, la vulnerabilidad sería entendida dentro del segundo grado de vulnerabilidad propuesto por Ricoeur, la fragilidad en el ámbito del obrar, que provienen del curso del mundo, como las enfermedades, el envejecimiento o los accidentes. Recordemos que los otros dos grados, señalados por el citado autor, están constituidos por el *no poder decir* y la imposibilidad de conducir la vida de acuerdo con la idea de coherencia o identidad narrativa

desde la perspectiva insustituible de la singularidad (Bonilla, 2006).

Esos dos factores que se han indicado en el párrafo anterior, de no elección y desigualdad, no deben de ser obstáculos para que la relación establecida entre el profesional sanitario y el paciente tienda a la plenitud. Por ello, y siguiendo a Burgos (Burgos, 2005, p. 279-290), para que esa relación sea satisfactoria deberá superar varios grados de relaciones.

El primer grado que debe vencer es el de las simples relaciones interpersonales, que no es otro que el asentado en una relación instrumental sustentada en el logro de objetivos o servicios. Un primer peldaño en el que el paciente se siente cliente y busca un remedio rápido y eficaz para una dolencia concreta; y el sanitario se conforma con lograr la complacencia inmediata del paciente y/o el éxito profesional o económico. Este planteamiento se asienta en criterios utilitaristas (Ortiz, 2013) que son los que, por desgracia, están primando en la actual asistencia sanitaria y minando sus cimientos humanísticos.

En segundo lugar, también será preciso soslayar la relación benevolente que aunque es superior a la anterior, al establecer un mayor compromiso, elude un vínculo fuerte. Un ejemplo sería la relación de un agente sanitario que trata habitualmente a un paciente, tiene conciencia de él e, incluso, mantiene una cierta relación. Pero si esa persona desaparece “de su entorno vital, este sólo resulta afectado de ma-

nera muy superficial” (Burgos, 2005, p. 280). En el ámbito sanitario este tipo de relación deriva en un cierto grado de paternalismo del profesional ante su paciente al sustituir el diálogo por un monólogo (Cicccone, 2005, p. 20).

En definitiva, y llegando a los últimos escalones propuestos por Burgos, el encuentro personal entre el agente sanitario y el paciente, para ser realmente “humano”, deberá asentarse en un tipo de relaciones más significativas que las anteriores, esto es, las basadas en la amistad o el amor, entendido este último como la convicción profunda, ante el prójimo, de que es bueno que exista, independientemente de su simpatía, deficiencia, patología, etc. Hildebrandt señala que “las dos formas superiores de comunión son el conocimiento y el amor. En el caso del conocimiento, me vuelvo espiritualmente hacia otra persona y, entonces, por medio del diálogo, se establece un contacto espiritual impensable e imposible en el mundo impersonal. El clímax de la comunión entre personas se alcanza en el amor” (Hildebrandt, 2003, p. 89). No hay ninguna duda de que si se vislumbra el valor del paciente como persona y se busca su bien, la relación que se establece tiene un calado y trascendencia muy distinta a aquella focalizada en la solución de una patología, a la satisfacción material de un cliente, etc. La plenitud de esa relación se encontrará cuando se establezca una reciprocidad, el encuentro de dos personas que buscan su bien y, al mismo tiempo, el del otro. Esa reciprocidad para

ser plasmada requiere de una efectiva comunicación, entendida como “categoría antropológica esencial del ser humano porque sin ella éste no puede avanzar en su madurez como persona” (Cañas, 2014, p.150).

Desde esta perspectiva, se vislumbra que, en la relación entre los pacientes y los agentes sanitarios, es preciso superar el simple encuentro técnico o utilitarista, sustentado en la satisfacción de ciertas necesidades, por uno de mayor intensidad basado en el encuentro de dos personas que se reconocen dotadas de una dignidad ontológica y que establecen una relación de amistad y amor satisfactoria para ambas. Pues bien, es aquí donde nos encontramos el ámbito de la denominada *Presencia Intencional*, concepto que viene a englobar las características que debe atesorar una relación, en nuestro caso de tipo profesional sanitario, para que sea humanamente satisfactoria. Antes de entrar a abordar la cuestión específica de la presencia intencional puede ser conveniente detenernos a señalar que la propuesta que estamos planteando se asentaría en el actual modelo de referencia de relación entre el paciente y el agente sanitario, nos referimos al modelo interpretativo. Este modelo establece que el profesional sanitario debe de poseer alta competencia científica, técnica y relacional, capaz de acompañar a los pacientes en la vivencia de la enfermedad y de compartir con ellos el proceso de toma de decisiones (Simón, 2004). Pues bien, hemos señalado que nuestro

planteamiento se asentaría en ese modelo pero en un intento de superarlo al otorgar al paciente una mayor dimensión relacional. En definitiva, se trata del encuentro valioso entre dos personas y no de la contemplación de un bien por parte de una de ellas.

A partir de lo indicado en los párrafos anteriores estamos en condiciones de introducir la definición de presencia intencional que nos parece más adecuada, y que proponemos como sustento para la correcta relación de los agentes implicados en el ámbito asistencial sanitario. Partiendo de la definición propuesta por Smith, con el término *presencia intencional* queremos señalar un proceso interpersonal que se caracteriza por el diálogo, el compromiso, la plena participación, la apertura, la atención fluida y la trascendente unidad entre dos personas (Smith, 2011). En el caso que estamos tratando, el de las relaciones asistenciales sanitarias, se caracteriza por ser un encuentro, diálogo y compromiso entre el médico, farmacéutico o enfermero con el paciente y, al mismo tiempo, por ser un encuentro, diálogo compromiso entre el paciente y el médico, farmacéutico o enfermero. Pero esta propuesta, en estos términos, no agota la intensidad del concepto ya que ese encuentro, diálogo y/o compromiso entre el profesional sanitario y el paciente puede quedarse en los aspectos superficiales de una relación por basarla en aspectos utilitaristas o por desdeñar el todo por una de las partes (por ejemplo, desviar del foco de atención al

sujeto en beneficio de una determinada patología). De ahí que consideremos que la anterior definición necesite

ser completada en el sentido de que, ese encuentro interpersonal, debe asentarse en el reconocimiento de dos per-

sonas dotadas de una dignidad ontológica y sustentarse en una relación de amor satisfactoria para ambas.

PRESENCIA INTENCIONAL

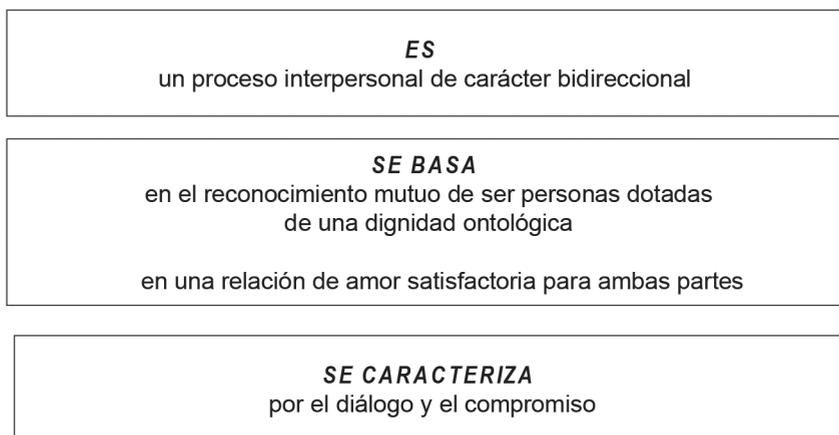


Figura 1
Caracterización del concepto de “Presencia intencional”

2. MATERIALES Y MÉTODO:

Para la localización de los documentos bibliográficos se utilizaron varias fuentes documentales. Se realizó una búsqueda bibliográfica en PubMed utilizando los descriptores: presencia, intención, intencionalidad, enfermería, presencia intencional, rehumanización. Los registros obtenidos oscilaron entre 13 y 6 registros tras la combinación de las diferentes palabras clave. También se realizó una búsqueda en Cinahl, en Web of Science y en el buscador “google académico” con los mismos términos.

Se seleccionaron aquellos documentos que informasen sobre la presencia intencional y sobre los aspectos que tuvieran relación directa con dicho concepto. Además, fueron elegidos aquellos tex-

tos que guardaban relación entre dicho concepto y el ámbito sanitario.

Esta búsqueda ha sido completada con los fondos bibliográficos de la Universidad de Navarra.

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN:

a) Sobre el concepto de presencia intencional

En la revisión bibliográfica realizada se observa que hay escasas referencias a la presencia intencional en cuanto tal en el ámbito sanitario y que, cuando las hay, éstas se difuminan en otros conceptos tales como cuidado, práctica clínica, relación, etc. Son conceptos relacionados pero que, por sí mismos, no agotan el significado y las características propias de lo que se quiere expresar con

el término presencia intencional. Por ejemplo, en muchas referencias se hace alusión al término *cuidado* en un sentido amplio y parece que, de forma implícita, se podría asumir que subyace la existencia de la presencia intencional. Así, entre los objetivos del cuidar se incluyen, entre otros, aliviar, confortar, ayudar, favorecer, promover, restablecer, restaurar, dar, hacer, etc., es decir, según Waldow, el cuidado es imprescindible en todas las situaciones de enfermedad, en las incapacidades y durante el proceso de la muerte; incluso en ausencia de alguna enfermedad y en la vida cotidiana, entendiendo éste como una forma de vivir y de relacionarse (Waldow, 2006, p. 89). De lo expresado en el párrafo anterior se podría elucubrar afirmando que el autor está considerando que en

la base de ese cuidado está la presencia intencional pero, por la misma razón, se podría afirmar lo contrario ya que no hay una referencia explícita la cual es la base que sustenta la relación entre el paciente y el profesional sanitario.

No obstante, de la escueta bibliografía encontrada que no se limita a aspectos superficiales, se ha podido analizar e ir matizando el concepto de *presencia intencional*. Así, por ejemplo, Smith la contempla como un proceso interpersonal que se caracteriza por el diálogo, el compromiso, la plena participación, la apertura, la atención fluida y la trascendente unidad entre dos personas (Smith, 2011). Algunos autores, aplicando dicho concepto a la praxis clínica, lo entienden como una intervención consistente en estar con el otro, tanto física, psicológica como espiritualmente, en momentos de necesidad (Dochterman & Bulechek, 2004, p. 580). Coincidimos con esas premisas pero, al mismo tiempo, consideramos que necesitan ser matizadas, al menos en dos aspectos, para estar en consonancia con la idea de presencia intencional que se ha propuesto en este trabajo. El primer aspecto a puntualizar en la anterior definición de presencia intencional es el término necesidad, ya que esta expresión limita el concepto y, por otra parte, no abarca la integridad de su significado. Si buscamos las acepciones del término necesidad en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua observamos que hace alusión a “aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir”, a la “caren-

cia de las cosas que son menester para la conservación de la vida”, a la “falta continuada de alimento que hace desfallecer” o al “especial riesgo o peligro que se padece, y en que se necesita pronto auxilio”. Cualquiera de estas acepciones son reduccionismos que no satisfacen la intensidad y globalidad de lo que queremos indicar cuando apelamos a la presencia intencional. Nos parecería más acertado cambiar necesidad por vulnerabilidad, en la acepción del término aportada en la primera parte de este trabajo, una fragilidad especial de la persona enferma (Ars, 2103) que es una manifestación específica de la vulnerabilidad natural que acompaña el ser humano en su travesía por la vida.

La segunda cuestión que nos parece oportuno matizar es la de “intervención”, ese término nos lleva directamente a la acción y en la presencia intencional hay un factor contemplativo muy importante. Los seres humanos no sólo se comunican con los actos, también las miradas, los gestos tienen un valor comunicativo capaz de transmitir cercanía, rechazo, simpatía, empatía, etc. Por ejemplo, en la práctica asistencial no es infrecuente que una enfermera que acompaña a un médico perciba miedos del enfermo y establezca una relación, afectiva y efectiva, con él sin haber mediado una palabra. Por ello, no se puede desdeñar la ayuda que implica la comunicación que se establece a través del denominado lenguaje corporal (Keidar, 2005). “La persona humana comunica con los otros seres por intermedio

de su interioridad” (Wojtyla, 2008, p.30). De ahí que Watzlawick propusiera como uno de sus axiomas de la comunicación la “imposibilidad de no comunicar” (Watzlawick, 1989), ya que las miradas, los gestos, la disposición de las manos y los pies, etc., aportan una valiosa información. Cuando una persona aparece ante otras proyecta, aun sin quererlo, una información general de la situación en la que, incluso, se puede vislumbrar el propio concepto de sí mismo (Goffman, 1959).

b) La presencia intencional y los agentes sanitarios

Desde el punto de vista asistencial, el/la profesional sanitario/a, siendo conocedor de la realidad y habiendo adquirido la madurez en el plano profesional, moral, personal y de relación; y poniendo la mirada en la persona enferma (esto es, con carácter intencional), comprobará que la presencia intencional vendrá determinada por una amalgama de factores relacionados con el propio usuario o enfermo, la relación asistencial y otros factores ambientales. Estos aspectos, que son tratados en los siguientes apartados, deben ser tenidos en consideración por los miembros del equipo sanitario debido a que cualquiera de ellos, si no es debidamente entendido, puede modificar el grado de confianza o relación y hacer imposible la total entrega en la relación asistencial.

En cuanto lo que supone al profesional sanitario el establecimiento de una auténtica presencia intencional, se puede señalar que le ayuda a

realizar su trabajo en plenitud y es el medio para dotar a su trabajo, de cualquier tipo y en cualquier momento, de la necesaria perspectiva humana y humanizadora. Este hecho favorecerá que su trabajo sea bien realizado y le apartará de la rutina y del posible hastío que provoca un trabajo contemplado como un fin en sí mismo.

c) La presencia intencional y los pacientes o usuarios

En cuanto al usuario, las expectativas y necesidades del paciente determinan la solicitud y el grado de implicación que los agentes sanitarios pueden ofrecer durante el encuentro (ya sea acompañando en silencio y creando el ambiente propicio para que el paciente pueda expresarse, si así lo considera; algún tipo de contacto físico, esto es, cogiendo la mano o dando un abrazo; o interactuando mutuamente en una conversación, resolviendo dudas, inquietudes, miedos). Para que esto se dé ha de haber sinceridad, confianza, buena relación con el personal sanitario y determinar el nivel de vulnerabilidad que se percibe durante el estado de salud-enfermedad. Por lo tanto, la relación asistencial sanitaria “tiene que asentarse en un tipo de relación que les vincule con la profundidad de su ser y que, por ello, sea capaz de dar sustento a la confianza que debe existir entre ellos” (López Guzmán, 2010).

Ante el proceso asistencial, los profesionales sanitarios aportan experiencia y una serie de cuidados para que el enfermo sea, con el paso del

tiempo, capaz de asumir su nueva realidad y hacerle frente, aceptándola. Por ejemplo, la enfermera muestra su cercanía en esos momentos de dificultad tendiendo una mano al enfermo, permaneciendo a su lado, haciéndole compañía; transmitiendo con su presencia y sus palabras oportunas un mensaje de paz, de fuerza, de curación, en definitiva, de esperanza. Además, no sólo se responsabiliza del propio enfermo, sino que es consciente de la difícil situación por la que atraviesa la familia. Por ello, siempre teniendo presente la voluntad del paciente, crea un puente de unión entre ellos, extrayendo el lado más humano y caritativo, en definitiva, involucrándolos en una tarea común, la persona enferma. Pero si lo anteriormente señalado es cierto, también lo es que el proceso es bidireccional y requiere que el paciente esté dispuesto a vislumbrar al profesional sanitario como una persona dotada de una dignidad ontológica y dispuesto a establecer una relación sustentada en el amor. Marías señalaba que la vida nos es dada y que no nos es dada hecha, sino al contrario nos es dada por hacer. De tal manera que “por ser un quehacer, no una simple actividad, mi vida es mía” (Marías, 1981, p. 267) y en esa vida en la que se debe elegir, elegir el bien, también hay que determinar quien nos acompaña. De tal forma que si el paciente no está dispuesto a dejar al profesional que le acompañe en su proceso vital (normalmente esta relación tendrá un carácter temporal) será imposible establecer una atención con tendencia a la plenitud. En definitiva, la pre-

sencia intencional no puede ser una imposición de un sujeto sobre otro, debe ser aceptada libremente por aquellos que están implicados en la relación sanitaria. Por lo tanto, será siempre un ejercicio de libertad. Como bien indica Cárdenas “el ejercicio ético de la libertad implica actuar pensando en el otro” (Cárdenas, 2014, p.87).

d) Cuestiones que pueden influir en la presencia intencional

En el binomio personal asistencial-paciente, habrá que considerar ciertas variables que pueden determinar el grado de aceptación de la presencia como, por ejemplo, la edad, el sexo, la cultura, la espiritualidad y la existencia o no de una relación profesional previa entre personal sanitario-usuario. No hay ninguna duda que, para que se establezca una auténtica relación, se debe generar un clima apropiado de confianza que facilite el desarrollo del encuentro entre las dos personas. De esta manera, por ejemplo, hay que contemplar la diferenciación sexual como un hecho que, si es tenido en cuenta u obviado, puede facilitar, o entorpecer una relación. Y es que, tal y como apunta el profesor Amengual, que en la persona se produzca diferenciación sexual implica que hay un modo propio de ser, de manifestarse, de comunicarse con los demás. De tal forma, que esa diferenciación sexual caracteriza al varón y a la mujer, no sólo en el plano físico, sino también en el psicológico y espiritual, marcando cada una de sus expresiones (Amengual, 2007). Dicho esto, es eviden-

te que la persona nace con un sexo biológicamente diferenciado, pero no se reduce sólo a eso. Su identidad personal se construye en consonancia con la interacción social y cultural de la cual forma parte. Varón y mujer tienen la misma naturaleza humana, pero la tienen y la realizan de modos distintos y complementarios. Esta diferencia y complementariedad entre varón y mujer no añade nada a la igualdad radical de dignidad, derechos y deberes de ambos (Castilla, 1996).

También, la cultura hace referencia a la propia filosofía de la vida y tiene que ver con el nivel de educación alcanzado, el clima cultural en el que se vive, la variedad de aficiones o intereses personales como la lectura, el deporte, el arte, la música, la naturaleza, etc., además del cúmulo de recuerdos y logros que contribuyen a gratificar, serenar o estimular la propia vida. Esto no quiere decir que las personas que se encuentran en el proceso asistencial tengan que coincidir en esos aspectos pero sí que hay que tenerlos en consideración y ponderarlos para crear el clima que favorezca la relación, desechando aquellas situaciones que, en un principio, puedan dificultar el establecimiento de un vínculo. Como bien indica Gordillo, “hacerse cargo de la realidad es también saber cultivar las capacidades afectivas para una mejor comprensión de nuestro entorno” (Gordillo, 2015; p. 65).

Otro aspecto fundamental es el de la espiritualidad. Cuando hacemos referencia a la espiritualidad asumimos que hay una apertura a la trascen-

dencia, al compromiso y a la asunción de unas determinadas responsabilidades sabiendo ir más allá de ellas. Si el paciente o el profesional sanitario no se siente respetado en sus creencias es imposible que se encuentre dispuesto a realizar una apertura de su ser más allá de lo estrictamente necesario en el plano formal. En este punto, es muy necesario matizar que respetar no quiere decir que esa creencia sea asumida por la otra parte, significa darle un valor, comprender el valor que le otorga la otra persona y el profundo significado que tiene para ella. En este sentido, Pellegrino plantea las dificultades que supone para los médicos, con alguna creencia religiosa, mantener su integridad moral en un mundo secularizado (Pellegrino, 2002). Sin duda, estamos en una sociedad en la que parece que las creencias del prójimo deben quedar restringidas a su vida privada (Ollero, 2009, p. 22 y ss). Pero que esto sea frecuentemente así no justifica que no se deba superar, ya que la dignidad de cada persona requiere necesariamente el respeto a sus creencias, y no se respeta a una persona cuando se restringe la posibilidad de que pueda manifestarse como realmente es. Por ello, para que exista presencia intencional deberá haber respeto a las creencias o, expresado de otro modo más general, no habrá que impedir que la persona desarrolle su integridad en ninguna de sus manifestaciones, ya sean religiosas o de cualquier otro tipo. Sin duda, el agente sanitario posee una integridad que debe mantener por su propio bien y por el de su

paciente y, al mismo tiempo, el paciente posee una integridad que debe mantener por su propio bien y por el agente sanitario que lo atiende (López Guzmán, 2013, p.81).

Por último, hay que tener en cuenta los denominados factores ambientales, como son las condiciones de trabajo, la filosofía de gestión y el espacio físico. Por ejemplo, el tiempo limitado de la relación asistencial pone potencialmente en peligro la atención al paciente. En la actual relación clínica tampoco hay que desdeñar la influencia de la tecnología que, en ocasiones, lleva a anteponerse a las preocupaciones psicológicas y espirituales de los pacientes. En este sentido, es difícil establecer una relación bidireccional cuando el médico no llega a mirar al paciente por estar absorto en la pantalla del ordenador rellenando datos o consultando la historia (algo muy necesario que habría que desligar del momento de diálogo personal) o el paciente no deja de contestar *whatsapp*s cuando el profesional sanitario le está atendiendo. En este mismo apartado, también hay que considerar otra cuestión, en la que no podemos detenernos por su amplitud pero sí estimamos conveniente señalar. Nos referimos al propio concepto de paciente, de sujeto de atenciones, contemplado como un ser doliente, necesitado, especialmente vulnerable, o como un cliente que demanda la satisfacción de una necesidad objetiva o subjetiva. Situación esta última que, aunque parezca paradójica, convierte al profesional sanitario en el sujeto más vulnera-

ble de la relación. Esta distinta perspectiva genera un escenario muy distinto en el que, en algunos casos será imposible la presencia intencional. Tanto es así que, en ciertas ocasiones parece que las demandas solventes llegan a ocasionar que el foco de atención sanitario se desplace “progresivamente desde el paciente al sano, desde la atención al débil a la protección del fuerte” (Borno, 2015, p.32).

e) La presencia intencional de un colectivo

Por último, se podría plantear si la noción de presencia intencional es sólo aplicable a la relación entre agentes morales o puede darse también, por extensión, entre un agente moral y un colectivo. Por ejemplo, y en nuestro caso, cabría formular la cuestión de si se puede hacer referencia a la presencia intencional del equipo sanitario como tal y no sólo de la de cada uno de sus integrantes en su relación con el paciente. Evidentemente sí. El trabajo en equipo es otra de las características esenciales en la presencia intencional y constituye uno de sus fundamentos.

La multidimensionalidad y la complejidad de los problemas de la atención sanitaria exigen un equipo en el que todos los integrantes trabajen con el objetivo común de acompañar, curar y aliviar según los diversos conocimientos y habilidades que su profesión representa. Tal y como apunta Carlos Centeno, haciendo referencia al trabajo desarrollado por el equipo sanitario en cuidados paliativos, el médico

piensa más en medicación; la enfermera atiende el modo de aplicar el tratamiento y al mismo tiempo piensa en medidas no farmacológicas que van a ayudar; el psicólogo explica a todos cómo controlar la repercusión emocional del síntoma y sugiere medidas para disminuir la ansiedad; el trabajador social se ocupa de la atención a la familia, detección de problemas y búsqueda de ayudas, etc. algún miembro del equipo se encarga de hablar con el equipo del centro de salud o avisar al equipo de guardia para que estén prevenidos, etc. (Centeno, 2009). Por tanto, es posible extraer cuatro razones significativas de la participación de distintos profesionales en la presencia intencional: en primer lugar, la complementariedad de sus visiones profesionales ante un mismo problema, y es que una visión global se aproxima más a la realidad que la visión unidimensional; en segundo lugar, cada disciplina aporta experiencia, conocimientos y habilidades específicas; en tercer lugar, la colaboración que sus miembros se brindan entre sí es muy importante ya que existen situaciones y momentos muy intensos en la praxis clínica que pueden llegar a agotar emocionalmente. Cuando alguien en un equipo está muy cansado emocionalmente en sus compañeros encontrará el apoyo y el relevo necesarios para el desarrollo de una atención de calidad. El equipo sirve también para compartir esas cargas, liberar tensiones, ofrecer apoyo en momentos delicados, detectar la sobre implicación, etc. Y es que, cuando falla el equipo de trabajo, falla el cuidado

del paciente y terminan fallando las personas (Centeno, 2009). Y, por último, la cuarta razón es que cuando alguien del equipo está fallando en la relación con el paciente, en el sentido de no entablar esa relación personal que exige la presencia intencional, los otros miembros del grupo le pueden ayudar a percatarse de ello o a modificar la situación de una forma favorable al objetivo que se quiere conseguir.

f) La asunción de valores en la presencia intencional

La presencia intencional no es algo que se adquiera por ciencia infusa, ni pueda ser ejercida con un protocolo de actuación. Se trata de una pulsión interior del ser humano que se dirige hacia su bien y el de su prójimo a través de una relación basada en la amistad y el amor. De ahí que haya cierta asunción de valores, y su plasmación en hábitos, que llevarán al agente sanitario a poder entablar esa especial relación con su paciente. Por ejemplo, es preciso una pulsión en la voluntad del profesional de la salud, cuando se compromete con un usuario, a extender la atención más allá de sus tareas (Godkin, 2001). Para llegar a este punto, antes ha tenido que producirse una *pausa* en la que el/la profesional sanitario, influenciado por el grado de intención de estar presente, ha tenido en cuenta las necesidades del paciente, su propia capacidad y los factores ambientales que determinarán la dosis final de presencia entregada. Del mismo modo, la intención (Ferlic, 1968), el nivel de compromiso (Doona et al., 1997; Vaillot, 1966) y la libre

disponibilidad (Doona et al., 1999) son aspectos que podrán interferir o favorecer la presencia intencional. No obstante, lo apuntado en las líneas anteriores es sólo el cimiento sobre el que se asienta la relación de ese encuentro pleno, humano y humanizante, que es la presencia intencional. En definitiva, tanto el profesional sanitario como el paciente deben de asumir una serie de valores que sustenten su relación y deben de intentar que,

esos valores, se conviertan en hábitos, que sean capaces de dejarles una impronta, la de la virtud (De Santiago, 2014).

Ese proceso de captación de valores y de asunción de virtudes debe ser considerado en el aprendizaje y la formación continuada de los profesionales sanitarios y, por otra parte, debe ser contemplado como un deber de los pacientes. Si estos últimos no se implican en el proceso

asistencial sanitario en los términos mantenidos en este trabajo, de una asistencia sanitaria vertebrada por la presencia intencional, lo más probable es que la medicina siga presentando un deterioro al subvertir una relación humana en una transacción comercial en la que el profesional sanitario se convierta en un técnico que tiene que reparar un órgano o un proceso fisiológico a demanda de un cliente.

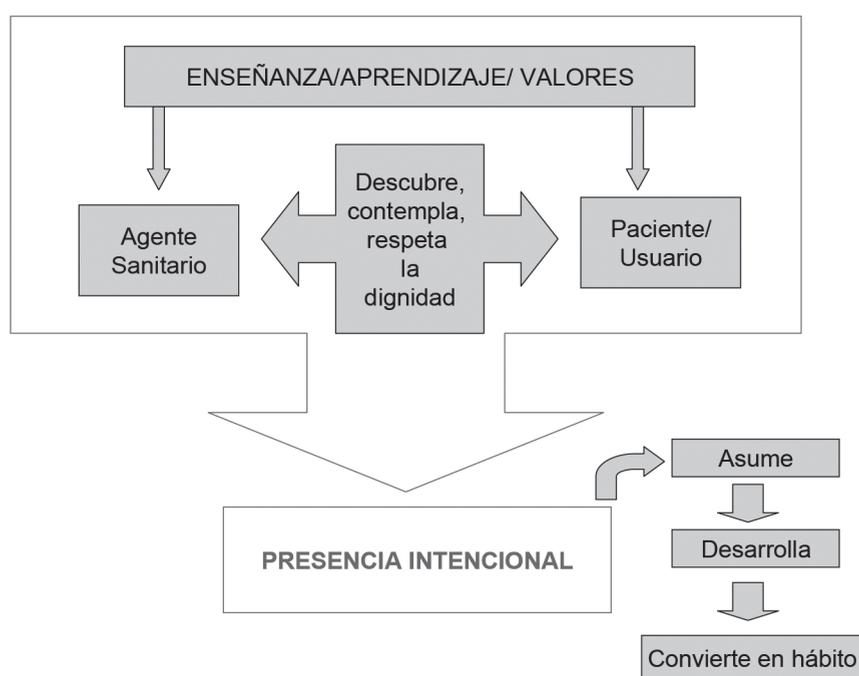


Figura 2

El proceso de conversión de la presencia intencional en un hábito

4. CONCLUSIONES

La revisión bibliográfica sobre el concepto de presencia intencional sugiere que ha de haber una mayor profundización en su estudio ya que es un concepto que es entendido de forma diferente por los distintos autores, esta discrepancia reviste una gran importancia ya que unos asocian

el conceptos sólo a cuestiones externas (estar) y otros a internas (ser) como sustento de las externas (estar).

Consideramos que la presencia intencional como encuentro personal ontológico es la única interpretación del concepto que puede satisfacer una rehumanización de la asistencia sanitaria. De tal forma que

entendemos la presencia intencional como un proceso interpersonal que se caracteriza por el diálogo, el compromiso, la plena participación, la apertura, la atención fluida y la trascendente unidad entre dos personas que se reconocen dotadas de una dignidad ontológica y que sustentan su vínculo en una relación de amor satisfactoria para ambas.

Es necesario que los profesionales sanitarios realicen actividades de reflexión (estudios humanísticos, habilidades de comunicación, psicología aplicada, etc.) que permitan construir el complejo proceso por el cual ponen en práctica la presencia intencional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amengual G. (2007). *Antropología filosófica*. Madrid: BAC, 86.
- Aparisi A (2011). *Persona y género*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Ars B. (2013) *Fragilidad y cuidados de la persona enferma*. En: Roqué MV, Gonzalvo-Cirac M, López Guzmán J. *El sentido del vivir en el morir*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 95-112.
- Bonilla AB. (2006) *¿Quién es el Sujeto de la Bioética? Reflexiones sobre la vulnerabilidad*. En: Losoviz AI, Vidal DA, Bonilla A. *Bioética y Salud Mental. Intersecciones y dilemas*. Buenos Aires, Akadia, 77-88.
- Borno JM (2015). *La Bioética ha muerto ¡Viva la ética médica!* Cuadernos de bioética; 86: (25-49)
- Buber M. (1973). *¿Qué es el hombre?* México: Fondo de Cultura Económica.
- Burgos J M. (2009) *Antropología: una guía para la existencia*. Madrid: Palabra, 67.
- Cañas JL. (2014). *Escuela de rehumanización*. San José de Costa Rica: Fucopre.
- Cárdenas R (2014). *Autonomía de la voluntad y reproducción asistida*. Consensus; 19 (2): 73-90.
- Castilla B (1996). *Persona femenina, persona masculina*. Madrid: Rialp.
- Centeno C. (2009). *Manual de Medicina Paliativa*. Navarra: Eunsa, 281-283.
- Chase, S. (2001). *Response to "the concept of nursing presence: State of the science."* *Scholarly Inquiry for Nursing Practice: An International Journal*, 15(4), 323-326.
- Ciccone L. (2005). *Bioética. Historia, principios, cuestiones*. Madrid: Palabra.
- Coreth E. (1985). *¿Qué es el hombre?* Barcelona: Herder.
- De Santiago M (2014) . *Las virtudes en Bioética Clínica*. Cuadernos de Bioética, 83, 75-91.
- Doona, M., Haggerty, L., & Chase, S. (1997). *Nursing presence: An existential exploration of the concept*. *Scholarly Inquiry for Nursing Practice: An International Journal*, 11(1), 3-16.
- Doona, M., Chase, S., & Haggerty, L. (1999). *Nursing presence: As real as amilky way bar*. *Journal of Holistic Nursing*, 17(54), 54-70.
- Ferlic, A. (1968). *Existential approach in nursing*. *Nursing Outlook*, 16, 30-33.
- García Cuadrado J. A. (2010). *Antropología filosófica*. Pamplona: EUNSA, 139.
- Godkin, J. (2001). *Healing presence*. *Journal of Holistic Nursing*, 19(5), 5-21.
- Goffman E. (1959) *The presentation of self in everyday life*. New York: Doubleday.
- Gordillo L. (2015). *Ideología y ética de la voluntad. Una base para la reflexión Bioética*. *Cuadernos de Bioética*; 86: 51-65.
- Finfgeld-Connett, D. (2008). *Qualitative comparison and synthesis of nursing presence and caring*. *International Journal of Nursing Terminologies and Classifications*, 19(3), 111-119.
- Hessel, J. (2009). *Presence in nursing practice: A concept analysis*. *Holistic Nursing Practice*, 23(5), 276-281.
- Hildebrand D, Hildebrand A. (2003). *Actitudes morales fundamentales*. Madrid: Palabra.
- Keidar D (2005). *Classroom Communications*. Israel: UNESCO Chair Office, IV.
- Kissell J. (2008). *The "vulnerability" quagmire in international research*. En: Weisstub DN, Pintos GD. *Autonomy and Human Rights in Health Care*. Dordrecht: Springer, 331-340.
- López Guzmán J (2010). *La comunicación interpersonal en salud: la comprensión médico-paciente*. En: Medina P, González A (Coord.). *Comunicación de la salud: una aproximación multidisciplinar*. Madrid: Fragua, 153-164.

- López Guzmán J (2013). Integridad en el ámbito profesional sanitario. Granada: Comares.
- Marías J (1981). Introducción a la Filosofía. Madrid: Alianza Editorial.
- Maritain J. (1968) Distinguir para unir o los grados del saber. Buenos Aires: Club de lectores.
- Mounier E. (1997). El personalismo. Madrid: Acción Cultural Cristina.
- Ollero A. (2009). Derecho y moral implicaciones actuales: a modo de introducción. *Persona y Derecho*, 61, 17-31.
- Ortiz Lluesa E. (2013). Bioética personalista y Bioética utilitarista. *Cuadernos de Bioética*, XXIV, 58-65.
- Pellegrino E. (2002). The physician's conscience, conscience clauses, and religion belief: a catholic perspective. *Fordham Urban Law Journal*. Op. Cit. *Cuadernos de Bioética*, 2014; 83: 25-40.
- Simón P. (2004). El consentimiento informado: alianza y contrato, deliberación y decisión. En Couceiro A (Ed.) *Ética en cuidados paliativos*. San Sebastián: Triacastela.
- Spaemann R. (2000). Personas. Acerca de la distinción entre "algo" y "alguien". Pamplona: Eunsa.
- Tavernier, S. (2006). An evidence-based conceptual analysis of presence. *Holistic Nursing Practice*, 20(3), 152-156.
- Vaillot, M. C. (1966). Existentialism: A philosophy of commitment. *American Journal of Nursing*, 66, 500-505.
- Waldow, V. R. (2006). Cuidar, expressão humanizadora da enfermagem. Petrópolis: Vozes, 89.
- Watzlawick P, Beavin Bavelas J, Jackson D. (1989) Teoría de la comunicación humana: interacciones, patologías y paradojas. Barcelona: Herder.
- Wojtyla K. (2008) Amor y responsabilidad. Madrid: Palabra.
- Zuanazzi G. (1995) L'età ambigua. Paradossi, risorse e turbamenti dell'adolescenza: Brescia: La Scuola.
- Zubiri X. (2006) Estructura dinámica de la realidad. Madrid: Alianza, 225.

EL TESTAMENTO VITAL: UNA GENUINA MANIFESTACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

*Sylvia Torres Morales de Ferreyros**

Recibido: 28.08.2015

Aprobado: 10.09.2015

RESUMEN

El presente artículo pretende abordar la importancia del respeto a la autonomía de la voluntad de las personas que desean dejar, en forma anticipada, -a través de los llamados Testamentos Vitales- directrices o instrucciones referidas a la aplicación o no de un tratamiento médico para su propio cuerpo, en caso de que en el futuro surgiera alguna situación que las incapacitara mentalmente a brindar algún tipo de consentimiento. El artículo plantea el siguiente cuestionamiento: si la persona puede consentir sobre los tratamientos médicos a seguir respecto de su propio cuerpo, ¿qué impide que dicho consentimiento lo manifieste por escrito y de manera anticipada para ser aceptado y, sobre todo, acatado en el futuro, en caso de que no pueda brindar su consentimiento por estar incapacitada mentalmente?

ABSTRACT

This article aims to address the importance of respecting a person's autonomy when he gives, in advance, -through the so-called End-of-Life Decision (*Testamentos Vitales*)- guidelines or instructions concerning the application, or not, of medical treatment to his own human body, should he lack the capacity to give such consent in the future. The article raises the following questions: whether or not the person can consent on the medical treatment to be followed regarding his own human body, what prevents him from expressing such consent in writing and in advance, its acceptance and, above all, whether or not his decision will actually be observed in the future when he cannot give his consent due to mental disability.

PALABRAS CLAVES

Autonomía de la Voluntad. Libertad. Testamento Vital. Directrices Anticipadas de Salud. Ética.

KEY WORDS

Freedom of choice. Liberty. Living Will. Advance Health care directives. Ethics.

* Abogada. Con estudios concluidos en la Maestría en Derecho Civil con mención en Familia por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón - UNIFE. Ha sido Miembro del Instituto de la Familia de la UNIFE y de la Cátedra UNIFE de Bioética y Biojurídica, además de Jefa del departamento de Ciencias Jurídicas de la misma Universidad. Actualmente es socia del Estudio Torres y Torres Lara Abogados y forma parte del Área de Responsabilidad Social de dicha institución. Correo electrónico: storresm@tytl.com.pe.

1. INTRODUCCIÓN

Es muy común que los seres humanos tiendan a reflexionar sobre el futuro e, indefectiblemente, sobre la vida que algún día concluirá; por ello las personas -en su afán previsor- suelen pensar en cómo tendría que quedar distribuido el patrimonio acumulado e incrementado durante toda una vida. Nuestra legislación trata muy bien este tema en lo que se refiere a la institución sucesoria, estableciendo una suerte de prelación respecto a las personas -herederos- que tendrán un derecho legítimo sobre dicho patrimonio por tratarse de herederos forzosos o herederos legales. Sin embargo, nuestra normatividad también prevé la posibilidad de que la persona haciendo uso de su legítima autonomía redacte un testamento, es decir una manifestación de última voluntad donde señale -sin perjudicar a los herederos forzosos- cómo desea que se distribuya por ejemplo, su tercio de libre disposición. Todo ello se encuentra debidamente regulado por el Libro IV del Código Civil Peruano. Sin embargo, esta manifestación de deseo se refiere única y exclusivamente a los bienes patrimoniales, por lo que nos preguntamos, ¿podría además, la persona, regular su voluntad respecto al tratamiento de su propio cuerpo en caso que quedara incapacitada de tal forma que no pudiera expresar ella misma sus deseos? Aquí, estamos hablando de una voluntad que se haría efectiva no cuando la persona muera (como es el caso del tes-

tamento patrimonial: muere la persona y luego de un procedimiento, se reparten los bienes entre los herederos) sino en el momento en que, pese a estar con vida, no puede ejercer su derecho a elegir por encontrarse incapacitado; en pocas palabras, estamos hablando no de la última voluntad sino más bien, de la **penúltima voluntad del ser humano**.¹

El presente artículo pretende abordar esta singular situación que, poco a poco, se va haciendo más conocida en los demás países del mundo pero que en Perú aún no ha sido tomada con la importancia debida por lo que no ha generado, pese a importantes esfuerzos, una adecuada normatividad al respecto.

2. EL TESTAMENTO VITAL: DEFINICIÓN

El Testamento Vital, que proviene del término inglés “Living Will” es también conocido como “declaración de voluntades anticipadas”, “autotutela”, “autoprotección”, entre otros. Sin embargo, más allá del nombre, todos ellos dejan escapar en la simple lectura de su denominación, un deseo de la propia persona, es decir, un deseo de ejercer autónomamente una voluntad.

El profesor José Abellán Salort, nos brinda un acercamiento muy claro a lo que significa el principio de la autonomía de la persona al señalar que...“*nace como contraposición al imperante paternalista médico. Se trata de proponer como punto*

de partida de toda decisión, el respeto de la decisión personal del paciente, el respeto de sus preferencias, de su libertad de elección, de su libre arbitrio, que son los principales elementos-guía para alcanzar una decisión” (Abellán Salort, 2008, p. 18).

Siguiendo esa línea de pensamiento, cuando hablamos del **Testamento Vital**, nos estamos refiriendo a un documento (no a una mera declaración oral) donde se manifiestan voluntades referidas al tratamiento del cuerpo humano, en caso de que ocurra una situación penosa, ya sea producto de una enfermedad o de un accidente, en que la persona quede incapacitada mentalmente para poder manifestar ella misma sus deseos en relación, reiteramos, a su propio cuerpo. En dicho documento, por tanto, la persona en plena capacidad mental, manifiesta anticipadamente, las instrucciones de cómo debería actuar la familia y los profesionales de la salud respecto de ella. Al referirse a la voluntad anticipada, Gabriel García Colorado sostiene que ésta...“*constituye la mejor expresión de autonomía y competencia personal en búsqueda de una muerte digna. Se origina por el desplazamiento del principio de autonomía sobre el de beneficencia, de ahí que cada vez con mayor intensidad los pacientes con ejercicio pleno de su autonomía demanden una mayor participación en la toma de decisiones acerca de su estado de salud y de los procedimientos sugeridos por*

¹ Frase acuñada por la profesora y jurista Rosalía Mejía Rosasco, autora del libro: “Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad: la penúltima voluntad.” (2009). Editorial Grijley. Lima.

el equipo de salud.” (García Colorado, Gabriel y otros, 2008, p. 51).

Esta manifestación de voluntad alcanza incluso una mayor relevancia en el caso de personas en las que científica y médicamente se puede anticipar un paulatino deterioro mental, lo que hará imposible la posibilidad de poder adoptar, cuando la enfermedad esté plenamente manifestada, decisiones relevantes; es el caso, por ejemplo, de la demencia senil o de la muy conocida enfermedad del Alzheimer. Por tanto, no debemos cerrar los ojos ante una realidad, pues ...”*se sabe que las enfermedades demenciales afectan a más de 20 millones de personas en el planeta; y las proyecciones epidemiológicas indican que esta cifra se multiplicará muchas veces dentro de los próximos años, conjuntamente con la población de adultos mayores*” (Osada Lij, 2009, p. 199). Dichas enfermedades presentan varias etapas, por lo que, de ser detectadas en una etapa inicial, el paciente se encuentra aún capacitado mentalmente para manifestar deseos válidos, es decir, anticiparse a una situación inminente y, por tanto, dejar las “instrucciones” que considere pertinentes.

Por otro lado, al hablar del Testamento Vital, no podemos pasar por alto la figura del llamado “Consentimiento Informado”² (también denominado “derecho de los pacientes” o “derecho de los enfermos”), que es el derecho de toda persona a ser debidamente informada por el profesional de la salud, respecto a la dolencia que le aqueja a fin de poder brindar su consentimiento (valga la redundancia) para un eventual tratamiento médico (ya sea la realización o no de terapias médicas, intervenciones quirúrgicas, etc.) Este derecho, es pues, una manifestación más de la autonomía de la voluntad y se encuentra relacionado directamente con el derecho fundamental a la integridad personal, que se encuentra regulado en nuestra Carta Magna, en su artículo segundo.

En ese sentido, debemos preguntarnos: si es legal, válida y legítima la manifestación de voluntad a través del consentimiento informado, para que el profesional de la salud actúe de una u otra forma respecto al tratamiento médico de la persona por el solo pedido de la misma, ¿por qué no regular legalmente dicho mismo pedido, pero de modo anticipado, a través del llamado Testamento Vital? La única diferencia es

que el cumplimiento del deseo de la persona se ejecutará no en el momento actual sino que se traslada al futuro (en caso de presentarse la dolencia que lo incapacite mentalmente a brindar este consentimiento); sin embargo, se trata de la misma persona quien autónomamente toma una decisión en un momento en el que se encuentra en plena capacidad mental para hacerlo.

3. EL TESTAMENTO VITAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

3.1 EL PUNTO DE PARTIDA.

La profesora Rosalía Mejía Rosasco, en su interesante ya mencionada obra: “Estipulaciones de Autotutela para la propia incapacidad: La penúltima voluntad” (Mejía Rosasco, 2009, p. 150), nos presenta como la primera evidencia que se encuentra en la historia -que puede ser considerada como el punto de partida de la validez de las declaraciones anticipadas-, el caso del ciudadano ruso, de origen finlandés, Ivon Cnimzo, quien conocía que tenía -en etapa inicial- una enfermedad mental degenerativa que lo llevaría indefectiblemente a la locura (tenía tal convicción ya que los médicos le habían asegurado que se trataba de una dolencia de tipo hereditaria y sus ascendientes

² La figura del Consentimiento Informado, además de encontrarse sustentada en las normas que protegen la integridad de las personas, tiene su lugar especial en la Ley General de Salud, Ley 26842, norma que en sus artículos 4 y 15 acápite g) lo regula de la siguiente manera: “4. Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo....salvo el caso de las intervenciones de emergencia”. “15. Tiene derecho a que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de los medicamentos que se le prescriban y administren”. Pero, además de un imperativo legal, también se trata de un imperativo moral, pues así lo reconoce el propio Código de Ética del Colegio Médico del Perú, cuando en su artículo 63 inciso e) señala que “(...) El paciente tiene derecho a: (...) e) Aceptar o rechazar un procedimiento o tratamiento después de haber sido adecuadamente informado a revocar su decisión en cualquier momento, sin obligación de expresión de causa.”

la habían padecido). Así, en el año 1927 esta “certeza” de un inminente futuro deterioro mental lo llevó, una vez que cumplió la mayoría de edad, a autorizar un documento privado en el que nombraba a un tutor designado por él mismo a fin que cumpliera con sus instrucciones cuando la enfermedad llegara, hecho que sucedió cuando Cnimzo cumplió los 24 años de edad. El caso se llevó a la justicia rusa que debatió la posibilidad de que una persona -mayor de edad- pueda o no nombrar a su propio tutor para ejercer las funciones propias de este encargo a futuro. Finalmente, se decidió reconocer la plena validez del documento firmado por Cnimzo y su voluntad fue cumplida.

3.2 LA HISTORIA NORTEAMERICANA: TRES CASOS EMBLEMÁTICOS.

Por otro lado, resulta importante señalar que, si bien el caso Cnimzo fue el punto de partida para el inicio de la validación de las directrices anticipadas, no podemos dejar pasar la historia norteamericana pues, hoy en día, Estados Unidos es uno de los países en donde -para bien o en algunos casos para mal- la autonomía de la voluntad ha cobrado una especial importancia.

Es así como en USA, la experiencia con los “Living Will”,

que significa, “advance health care directives”, es decir “directivas anticipadas de salud” (y que luego derivó al término castellano “testamento vital”, pues engloba dos aspectos: documento de manifestación de voluntades y ejecución en vida), se inicia en el año 1967, en una reunión de la Sociedad Americana de Eutanasia. En dicha reunión se lanza por primera vez la idea de un documento escrito al que llamaron “Living will”, mediante el cual el paciente expresa su deseo de ser tratado en caso que no pudiera decidir por sí mismo. Si bien es cierto, la idea tuvo en ese momento muy poca aceptación, fue aproximadamente 11 años después, en 1976, cuando a raíz del caso Karen Ann Quinlan, el Estado de California aprobó la primera norma que legaliza los testamentos vitales y abre el proceso a su reconocimiento jurídico generalizado.

3.2.1 CASO KAREN ANN QUINLAN.

Karen Ann Quinlan era una joven norteamericana que buscaba constantemente una bella apariencia, lo que la llevó a efectuar diversas dietas para bajar y mantener el que consideraba un peso ideal. El 15 de abril del año 1975, cuando tenía sólo 21 años de edad y 50 kilogramos de peso, asistió a una fiesta habiendo comido

en un periodo anterior de 48 horas, tan solo dos rebanadas de pan. En dicha fiesta ingirió mucho alcohol y drogas; luego de ello se sintió mareada y sus amigos la llevaron a descansar, tiempo después la encontraron inconsciente y sin rasgos de respiración. El diagnóstico de los médicos fue que se quedó dormida o inconsciente y que se ahogó con su vómito. La falta de respiración prolongada le generó un daño cerebral, hecho que la dejó en un inminente estado vegetativo³, todo ello producido por la poca comida ingerida y la combinación del alcohol y drogas. Karen “vivía” desde entonces conectada a un respirador artificial y se le suministraban los alimentos a través de una sonda nasogástrica, por lo que los padres de ella solicitaron al centro hospitalario la desconexión del aparato artificial, pero el hospital se negó. Los padres llevaron el caso a la Corte Suprema de New Jersey en el año 1976, oportunidad en que la Corte falló a favor de los padres y se procedió a retirar el aparato de respiración artificial, sin embargo Karen continuó respirando en forma espontánea, por lo que continuó siendo alimentada a través de la sonda durante 9 años más. En el año 1985, murió producto de una neumonía; en ese momento tenía 31 años y pesaba 36 kilogramos.⁴

³ Para la Academia Pontificia de la Vida, el individuo en un estado vegetativo “...no tiene capacidad de respuesta. Actualmente se define como una condición caracterizada por: estado de vigilia, alternancia de ciclos de sueños y vigilia, ausencia aparente de conciencia de sí y del ambiente circunstante, falta de respuestas de comportamiento de estímulos al medio ambiente, mantenimiento de las funciones autonómicas y de otras funciones cerebrales.” Citado por el profesor español José Serrano Ruiz-Calderón, en su artículo: “La alimentación artificial de personas en situación de fuerte dependencia. Nota sobre un debate jurídico estadounidense”. En: www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/download/23383/22096

⁴ Se consultó la siguiente página en internet: <http://eticajarrio.blogspot.com/2012/07/un-poco-de-historia-el-caso-de-ann.html>. Blog del Comité de Ética del Área I de Asturias y Hospital de Jario. Un espacio público para la reflexión de principios y valores.

La vida y muerte de Karen Ann Quinlan se convirtió para los Estados Unidos de Norteamérica, en un caso emblemático debido a que la sentencia del Tribunal analizaba aspectos muy importantes como:

- a) El derecho a una muerte digna;
- b) La terrible disyuntiva de mantener o no con vida a una persona en estado vegetal;
- c) El dilema ético que significaba la tecnología del soporte vital;
- d) El problema del llamado “encarnizamiento terapéutico” y; finalmente
- e) La importante recomendación que hizo la Corte respecto de la necesidad de que se creasen en los hospitales los llamados “Comités de Ética”, a efectos de poder analizar y lidiar con estos casos que plantean problemas éticos críticos y reales.

3.2.2. CASO NANCY CRUZAN.

Otra situación muy interesante -que también generó una conmoción en la sociedad americana y, en esta oportunidad, más aún, ya que permitió que se empezara a pensar en cuál habría sido la voluntad del paciente si hubiera podido decidir-, fue el caso de la joven Nancy Cruzan.

En el año 1983, Nancy Cruzan, una joven de 24 años de edad, perdió el control de su automóvil produciéndose un terrible accidente que la impulsó fuera de su vehículo deján-

dola boca a bajo en un estanque con agua. Pese a que los paramédicos hicieron todo lo posible y lograron reanimarla, quedó inconsciente y luego de dos semanas, ingresó en lo que se denomina “estado vegetativo persistente”, señalando los médicos que producto de la falta de oxígeno en un periodo prolongado de tiempo, se había generado daño cerebral irreversible. Pese a que no “vivía” con un respirador artificial pues su respiración era espontánea, no le era posible pasar los alimentos en forma natural, por lo que era alimentada a través de tubos y sondas. Los familiares de Nancy no veían avance ni mejora alguna, por lo que en el año 1987, cuatro años después del penoso accidente, perdieron totalmente las esperanzas de una recuperación y solicitaron expresamente al hospital que retirara el aparato que alimentaba a Nancy. El hospital se negó señalando que precisaban de una orden judicial para ello pues lo solicitado por los padres constituía dejar morir a un paciente por inanición.

Este caso, a diferencia del analizado anteriormente (Caso Quinlan), tuvo alcances superiores pues fue el primero en llegar en apelación a la Corte Suprema de los Estados Unidos⁵. El juez de primera instancia falló en favor de los padres considerando que éstos tenían la representación y legitimidad suficiente para decidir por su hija. Además, los padres habían señalado durante todo el proceso que, en conversaciones sostenidas entre su hija

y su hermano y una amiga, ella habría señalado que de producirse un hecho de esta naturaleza, rechazaría los tratamientos que la mantuvieran con vida alargando su agonía sin esperanza de recuperación. El juez consideró que la paciente -a través de sus padres- tenía el derecho a rechazar los tratamientos no deseados. Sin embargo, la decisión de este juez fue apelada por el Fiscal General del Estado y subió a la Corte Suprema de USA, la misma que rechazó la petición de los padres aduciendo que las manifestaciones que habría efectuado Nancy a su hermano y amiga, sobre el supuesto rechazo a mantenerla con vida, **no habrían sido, claras y convincentes evidencias dadas por adelantado**, por lo que no estaba constitucionalmente permitido que los padres decidieran por el futuro de su hija y que el Estado no podría ser cómplice de un suicidio (Arbe Ochandiano, 2011, p. 39-40).

A pesar de ello, los padres de Nancy continuaron luchando y en el año 1990, lograron conseguir un fallo a su favor al haber aportado evidencias más fehacientes del verdadero deseo de su hija. Así, el 15 de diciembre de 1990, 7 años después de haber sufrido el accidente, el tubo de alimentación de Nancy fue removido muriendo 11 días después.

Este caso fue de mucha trascendencia pues, por primera vez, la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció sobre la problemática de los pacientes incapaces, asimismo

⁵ El caso Quinlan fue decidido en apelación a nivel de la Corte Suprema del Estado de New Jersey.

se sentaron las bases del consentimiento informado como manifestación del principio de autonomía en defensa de la libertad.

Definitivamente, los casos de Karen Ann Quinlan y de Nancy Cruzan permitieron a la sociedad americana analizar la problemática de los pacientes en estado de incapacidad, que no pueden manifestar su voluntad por sí mismos, y que se convirtieron en el impulso que se necesitaba para que hoy en día los testamentos vitales sean legales y, legítimamente aceptados en los Estados Unidos, como una válida manifestación de la autonomía del paciente a rechazar tratamientos o aceptarlos.

3.2.3 CASO TERRY SCHIAVO⁶.

Un caso más reciente pero también muy emblemático en los Estados Unidos, -por la conmoción que nuevamente causó al plantearse, por un lado, el dilema ético de mantener con vida artificial a una persona en un estado vegetativo persistente y, por otro, la falta de conocimiento veraz de la voluntad del paciente por estar incapacitada mentalmente-, fue la vida y muerte de Terri Schiavo.

Theresa Marie Schindler (conocida públicamente como Terri Schiavo), nació en Pensilvania (USA) en el año 1963. En 1984, contrae matrimonio con Michael Schiavo. No procrearon hijos. Cuando Terri tenía 27 años de edad, producto de

sus constantes acciones por el deseo incesante de adelgazar, que la habían llevado incluso a alimentarse por varios días con solo té helado adelgazante, le generaron un paro cardíaco. Los médicos señalaron que el paro cardíaco había sido consecuencia de un déficit de potasio en el organismo de Terri. La falta de oxígeno en el cerebro antes de haber sido auxiliada médicamente (aproximadamente una hora y media) le causó un profundo daño cerebral y, posteriormente, tras unos meses en estado de coma, ingresó a un estado vegetativo persistente. Años después se inició una batalla legal entre el esposo de Terri, quien deseaba que se le retiraran los aparatos que la mantenían con vida, y los padres de Terri, quienes mantenían la esperanza de la futura recuperación de su hija, debido a que Terri les sonreía, movía la cabeza y daba señales de estar consciente de todo lo que sucedía.

El caso Terri Schiavo llegó hasta la Corte Suprema y ésta decidió finalmente que, pese a que Terri no había redactado un testamento vital, indicando sus deseos respecto al tratamiento médico de su cuerpo, había informaciones que hacían presumir que Terri no hubiese deseado que se le aplicaran medidas extraordinarias para mantenerla con vida. La oposición de los padres, seguida de nuevos recursos, sólo logró retrasar un tiempo más la decisión final: el retiro de la sonda por la cual se alimentaba Terri durante 15

largos años. Trece días después del retiro de este soporte vital, Terri Schiavo falleció por falta de alimento.

Esta decisión comenzó una gran polémica y debate a nivel mundial. Pero más allá del tema de lo procedente o no de suspender la alimentación de un ser humano, es decir, provocar su muerte por inanición, está el cuestionamiento que nos interesa, específicamente para el caso del presente artículo, de si la decisión adoptada por la Corte Suprema era lo que Terri Schiavo hubiese deseado o, por el contrario, nos queda la duda (y quedará siempre) si habría querido que continuaran luchando (como lo querían y demandaban sus padres) para retornarla a un estado normal. **La decisión fue basada en supuestos, no en certezas.** Sólo hubiera existido una certeza absoluta si Terri Schiavo hubiera redactado y suscrito un testamento vital.

3.3 EL CASO ESPAÑOL.

España es uno de los principales países del mundo en que el tema de la autonomía de la voluntad está largamente desarrollado y es de importancia prioritaria. Como dato importante podemos señalar que en el año 2000, en las provincias de Cataluña y de Galicia, se promulgó por primera vez una legislación orientada a normar las llamadas “directivas anticipadas” y, dos años después, se recogió a nivel nacional en la Ley de Autonomía del Paciente⁷.

⁶ Datos obtenidos de internet: <http://www.investigacionyciencia.es/blogs/psicologia-y-neurociencia/63/posts/la-larga-muerte-de-terri-schiavo-12420>.

⁷ La propia ley citada, trata varios aspectos que circundan la vida del paciente como: información sanitaria, el consentimiento informado, el derecho a la intimidad, la historia clínica, y otros, señala en su exposición de motivos que dicha ley

Consideramos importante citar lo que dicha Ley, en su artículo 11 establece, al normar las “Instrucciones Previas”:

Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.”

Queda pues claro que la normatividad española permite al paciente mayor de edad con capacidad, redactar un documento dejando expresos deseos, que deben ser respetados -y la ley le da esa garantía- respecto a su tratamiento médico en caso de que en el futuro no pueda manifestar, por sí mismo, sus deseos.

4. EL TESTAMENTO VITAL: LÍMITES LEGALES Y ÉTICOS

Al hablar de límites al Testamento Vital, primero debemos plantear la pregunta de si podemos poner límites a la autonomía de la voluntad, siendo la respuesta afirmativa. No todo lo que el ser humano desea hacer, lo puede hacer.

El Dr. Ronald Cárdenas Krenz, experto en Bioética y Biojurídica, señala sobre el particular, lo siguiente: *...“consideramos que la autonomía de la voluntad tiene ... entre sus límites en general, el respeto a la vida (derecho fundamental y sustento del resto de derechos), la consideración kantiana del hombre como fin (principio de autotelia), el principio del interés superior del niño (reiterado ampliamente en diversas sentencias del Tribunal Constitucional), el principio de que no hay libertad sin responsabilidad, el orden público y las buenas costumbres, la razón y el sentido común, los derechos fundamentales, el principio de que la ley no ampara el abuso del derecho, los principios de la Bioética, el ordenamiento jurídico en general (que incluye el cumplimiento de los requisitos de validez del acto jurídico, la inexistencia de vicios de la voluntad, etc.), la moral, la propia voluntad en general, la aplicación del principio de simetría, etc.”*⁸

En el caso específico de los testamentos vitales, materia de nuestro artículo, debemos señalar que sus límites están dados fundamentalmente por el ordenamiento jurídico de cada país. Así, cuando hablamos de dichos límites, debemos pensar en cuáles son los alcances que se le puede dar al Testamento Vital, es decir, cuáles son los deseos del paciente que, **legalmente**, está permitido respetar.

Por ejemplo, en legislaciones donde se acepta el suicidio asistido (Suiza) y la eutanasia (Holanda y Bélgica), debemos señalar que los límites son muy pocos, pues el paciente puede, incluso dejar escrito en un testamento vital de que lo “ayuden a morir”, es decir, una situación activa para eliminar una vida.

Ahora bien, concentrémonos en nuestra realidad. En el Perú tenemos normas expresas que prohíben la eutanasia y el suicidio asistido. Así, los artículos 112 y 113 del Código Penal Peruano señalan lo siguiente al describir los tipos penales: Homicidio piadoso⁹ e Instigación o ayuda al suicidio:

“Artículo 112.- El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será re-

“refuerza y da un trato especial al derecho a la autonomía del paciente. En particular, merece mención especial la regulación sobre instrucciones previas que contempla (...) los deseos del paciente expresados con anterioridad dentro del ámbito del consentimiento informado” (el resaltado es nuestro).

⁸ Expresado en la Ponencia “¿Qué tan autónoma es la autonomía de la voluntad? Consideraciones a partir de algunas interesantes sentencias del Tribunal Constitucional peruano”, presentada en la ciudad de Córdoba - Argentina con motivo de su incorporación como Miembro de Número de la Academia Nacional de Córdoba. Año 2015.

⁹ En nuestra legislación no se habla de “eutanasia” sino de “Homicidio por piedad” u “Homicidio piadoso”. Nótese que el sujeto activo de dicho delito puede ser cualquier persona; en el caso de la eutanasia, el sujeto activo es el profesional de la salud. Por ello, nuestra legislación, al regular el tipo penal del artículo 112, abarca no sólo a la eutanasia sino a todo acto efectuado por cualquier persona dirigido a matar por razones de índole piadoso.

primido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años”.

“Artículo 113.- El que instiga a otro a cometer suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años (...).”

En esa línea de pensamiento, queda evidenciado que, de regularse el testamento vital en nuestro país, la persona no podrá solicitar en dicho documento, por ejemplo, que si queda en estado comatoso, se le aplique una inyección de cloruro de potasio para generarle un paro cardíaco y provocarle la muerte. **Ello, no está permitido por nuestras normas.**

Ahora bien, sí podría, por el contrario, manifestarse en contra del llamado encarnizamiento terapéutico, es decir el deseo denodado de mantener con vida a un paciente realizando acciones desproporcionadas y heroicas que sólo alargan la agonía del mismo, sin ninguna esperanza de recuperación. En otras palabras, es aplicar artificialmente la “distanasia”¹⁰, es decir, actuar de tal forma que

se ponga distancia entre la vida y la muerte. Ello, va en contra de la llamada “ortotanasia” (término que proviene de los vocablos griegos: orto=correcto; thánatos= muerte), es decir de la “muerte en el momento correcto”. Pese a que la muerte ya llegó en forma natural (“en el momento correcto”), se mantiene al paciente con vida a través de soportes artificiales.

Una cuestión importante a determinar es, precisamente, esa línea delgada que determina si el paciente tiene o no posibilidades de recuperación y cuándo, por tanto, se está cayendo en el citado “encarnizamiento terapéutico”. La Dra. María Luisa Pfeiffer, miembro de la Asociación Argentina de Investigaciones Éticas, señala que *“se considera apropiado retirar el soporte vital: cuando no haya evidencia de la efectividad buscada y se presume que tampoco se obtendrá en futuro; cuando mantener ese soporte sólo signifique mantener y prolongar un cuadro de inconciencia permanente e irreversible; cuando el sufrimiento sea inevitable y desproporcionado al beneficio médico esperado, cuando se conozca fehacientemente la voluntad del paciente, cuando la irreversibilidad del cuadro permita pensar*

que continuar no redundará en el mejor beneficio del paciente.” (El resaltado es nuestro) (Pfeiffer, 2008, p. 76).

Es cierto que la decisión del retiro del soporte vital es sumamente delicada y difícil, y en realidad, sólo los profesionales de la salud son los llamados a señalar a la familia cuándo debería hacerse; por ello, en algunas ocasiones es importante que el centro de salud cuente con un Comité de Ética en biomedicina, lo que implica la existencia de *“un grupo de personas que se constituye con la misión de deliberar sobre la modalidad de determinadas decisiones o cursos de acción, bien sea en la práctica clínica, en la investigación científica o en la gestión de los recursos sanitarios disponibles.”*¹¹ Son, pues, un importante apoyo para dilucidar y decidir respecto de dilemas éticos en la medicina.

Por otro lado, resulta importante conocer la posición de la Iglesia Católica por ser la religión preponderante en nuestro país. Esta se manifiesta en contra del encarnizamiento terapéutico y a favor del respeto a la ortotanasia. Así, en el Catecismo de la Iglesia Católica se señala lo siguiente:

“Aquéllos cuya vida se encuentra disminuida o de-

¹⁰ El Dr. Patrick Wagner Grau, Presidente de la Academia Nacional de Medicina del Perú, concedió una entrevista al Diario El Comercio en el año 2005, tocando el tema de la distanasia con ocasión de la muerte del Papa Juan Pablo II. En dicha entrevista señaló: “Ese es todo un tema. Nosotros no permitimos el uso de la eutanasia, que es la supresión de la vida; pero tampoco permitimos la distanasia, que es el encarnizamiento terapéutico para prolongar la vida, rebajando muchas veces al ser humano, en su dignidad, y convirtiéndolo en objeto con fines terapéuticos o de investigación. Yo creo que en el caso del Papa ha habido una práctica de distanasia. Un extremo tan inhumano como la eutanasia. Por eso hoy día la bioética ha definido un término medio al que ha llamado “ortotanasia”, que es la muerte a su debido momento, la muerte natural, conservando la dignidad del agónico. Acuérdesse que la palabra “agonía” viene del griego y significa lucha, combate. Es la lucha por la vida hasta que uno muere”.

¹¹ J.J. Ferrer. Citado por José Carlos Bermejo y Rosa María Belda (Bermejo, José Carlos y Belda, Rosa María, 2006, p 100).

bilitada tienen derecho a un respeto esencial: las personas enfermas o disminuidas deben ser atendidas para que lleven una vida tan normal como sea posible. Cualesquiera que sean los motivos y los medios, la eutanasia directa consiste en poner fin a la vida de personas disminuidas, enfermas o moribundas. Es moralmente inaceptable. Por tanto, una acción o una omisión que, de suyo o en la intención, provoca la muerte para suprimir el dolor, constituye un homicidio gravemente contrario a la dignidad de la persona humana y al respeto del Dios vivo, su Creador. El error de juicio en el que se puede haber caído de buena fe no cambia la naturaleza de este acto homicida, que se ha de rechazar y excluir siempre.

La interrupción de tratamientos médicos onerosos, peligrosos, extraordinarios o desproporcionados a los resultados puede ser legítima. Interrumpir estos tratamientos es rechazar el “encarnizamiento terapéutico”. Con esto no se pretende provocar la muerte; se acepta no poder impedirla. Las decisiones pueden ser tomadas por el paciente, si para ello tiene competencia y capacidad o, sino por los que tienen los derechos legales, respetando siempre la voluntad

*razonable y los intereses legítimos del paciente.*¹² (El resaltado es nuestro).

*Aunque la muerte se considere inminente, los cuidados ordinarios debidos a una persona enferma no pueden ser legítimamente interrumpidos. El uso de analgésicos para aliviar los sufrimientos del moribundo, incluso con riesgo de abreviar sus días, puede ser moralmente conforme a la dignidad humana si la muerte no es pretendida, ni como fin ni como medio, sino solamente prevista y tolerada como inevitable. Los cuidados paliativos constituyen una forma privilegiada de la caridad desinteresada. Por esta razón deben ser alentados.”*¹³

Queda claro entonces que la Iglesia Católica (Torres Morales, 2008, p. 33-35):

1) No acepta bajo ningún concepto la llamada “Eutanasia Directa” o “Eutanasia Activa”, es decir, aquella acción tendente a suprimir en forma anticipada la vida de un enfermo. La Iglesia llega a calificar esta supresión como un “homicidio”. El escudarse en el hecho de “no querer ver sufrir al ser querido” o en que “hay que respetar su decisión de morir con dignidad” no resta -de forma alguna- al acto, su verdadera naturaleza: un acto inmoral.

2) Rechaza el llamado “encarnizamiento terapéutico” pues lo relaciona directamente con la distansia que se aplica al contar con la esperanza remota de que el enfermo mejore o que la ciencia médica avance de tal forma que la dolencia pueda ser revertida. Para ello, muchas veces, familiares, llevados por un legítimo deseo de mantener vivo a su ser querido, aceptan que se les apliquen tratamientos extraordinarios y heroicos que, lejos de aliviar el dolor del paciente, producen simplemente un alargamiento innecesario y cruel de su agonía.

La Iglesia está en contra del “encarnizamiento terapéutico” y más bien acepta la llamada “ortotanasia”, es decir, acepta que la muerte ya está llegando y, por tanto, reconoce no poder impedirla. En ese caso, la Iglesia puede aceptar -como ella misma lo señala- la interrupción de tratamientos médicos onerosos, peligrosos, extraordinarios o desproporcionados a los resultados esperados; en pocas palabras, acepta que la enfermedad ha ganado la batalla y que debemos dejar de luchar ante la inminente decisión de Dios.

3) Acepta que se respete la voluntad del paciente que está en condiciones de ma-

¹² Obsérvese en este último párrafo la importancia que brinda la Iglesia Católica al deseo del paciente competente y capaz y al respeto de su voluntad y de sus legítimos intereses.

¹³ Catecismo de la Iglesia Católica. Quinto mandamiento. El respeto por la vida humana. La eutanasia. Acápites 2276, 2277, 2278 y 2279. (1992). Segunda Edición. Asociación de Editores del Catecismo. España. p. 501.

nifestarla, siempre y cuando esta voluntad no vaya en contra de los parámetros morales y legales. Por ejemplo, un paciente válidamente podría optar por no aceptar un tratamiento de quimioterapia¹⁴ para tratar el cáncer que lo aqueja, pero, de ninguna manera, podría solicitar que se le aplique una solución química que le genere un infarto y con ello, su muerte. En estos ejemplos citados se puede observar la clara diferencia entre “*dejar morir*” y “*hacer morir*”.

- 4) Se muestra plenamente a favor de los llamados “cuidados paliativos”, que significan suministrar al paciente todos aquellos medios que signifiquen ayudarlo a sobrellevar la enfermedad sin dolor, es decir, menguar de alguna forma los sufrimientos que le aquejan producto de su enfermedad.

5. REGULACIÓN DEL TESTAMENTO VITAL EN NUESTRO PAÍS

Debemos señalar que, pese a algunos intentos por regular la validación del Testamento Vital o directivas anticipadas en nuestro país, hasta el momento no es una prioridad en la agenda de nuestros legisladores.

Hoy en día, si una persona dejara por escrito su deseo expreso respecto al tratamiento médico de su cuerpo, no se podría, de forma alguna, alegar ante un Tribunal Peruano, la

exigencia del cumplimiento de dicha voluntad; quedaría en la decisión de la familia actuar de una u otra forma.

Como hemos mencionado en el punto II del presente artículo, la Ley General de Salud regula el llamado consentimiento informado; sin embargo, dicha manifestación de voluntad debe ser otorgada en tiempo actual por el propio paciente y, en modo alguno podría afirmarse o tener la certeza de que un tribunal aceptaría válidamente el argumento de que dicha voluntad puede trascender **en el futuro y por un hecho incierto**. Esta falta de certidumbre “*no ayuda a los pacientes, quienes quisieran tener la confianza que sus deseos serán respetados, como así tampoco a los doctores, quienes muy a menudo no saben cuál es la decisión correcta a tomar, tanto desde el punto de vista ético como legal.*” (Durante, 2012, 268)

No contamos, por tanto, con una norma expresa como sí lo hemos observado, por ejemplo en la legislación española a través de su Ley de Autonomía del Paciente (específicamente su artículo 11, citado en el acápite 2.3 del presente trabajo).

Ahora bien, debemos admitir, que, no obstante lo señalado anteriormente, existe cierto avance en nuestra legislación respecto a este tema. Es así como la Ley 29633, promulgada el 16 de diciembre del año 2010, fortalece la tutela del

incapaz o adulto mayor mediante una serie de modificaciones al articulado de nuestro código civil. Una de las modificaciones fue la de incorporar el artículo 568-A al Código Civil con el siguiente texto:

“Artículo 568-A.- Facultad para nombrar su propio curador.- Toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública con la presencia de dos (2) testigos, en previsión de ser declarado judicialmente interdicto en el futuro, inscribiendo dicho acto en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp).

El juez a cargo del proceso de interdicción recaba la certificación del registro, a efectos de verificar la existencia del nombramiento. La designación realizada por la propia persona vincula al juez.

Asimismo, la persona adulta mayor puede disponer en qué personas no debe recaer tal designación. También puede establecer el alcance de las facultades que gozará quien sea nombrado como curador.”

Si bien es cierto, el proyecto de ley que dio origen finalmente a la modificación normativa citada, consideraba

¹⁴ Pues considera que dicho tratamiento lejos de revertir las consecuencias de su enfermedad, no le permitirá (por sus efectos) culminar su vida en el mejor estado posible.

que cualquier persona mayor de edad (no sólo el adulto mayor) pudiera nombrar su propio curador, quedó finalmente circunscrita a sólo las personas mayores de 60 años.

El Dr. Julio César Barrenechea Gamio, docente universitario y especialista en Derecho de Familia señala, en relación a la limitación de esta facultad sólo para las personas mayores de 60 años, lo siguiente: *“Tomando en consideración que no existiría una razón objetiva para que una norma cuyo intrínseco fundamento es precisamente el máximo respeto al principio de la autonomía de la voluntad, circunscriba la misma sólo a personas mayores de sesenta (60) años, hay quienes consideran ya que la citada ley pudiera ser inconstitucional por atentar contra el principio a la igualdad ante la ley.”* (Barrenechea Gamio, 2013, p. 21)

Para efectos de nuestro artículo, debemos señalar que si bien esta norma es un avance, lo consideramos mínimo, pues ayuda sólo a personas a partir de los 60 años; efectivamente, cumplidos los 60 años, tales personas podrían nombrar a un curador e instruirlo claramente con directivas específicas, pero qué sucedería si antes de dicha edad la persona quedara imposibilitada de poder manifestar una voluntad respecto de su propio cuerpo; nos queda pues un amplio periodo: 42 años (Desde los 18 hasta los 60 años). No entendemos por

tanto, el motivo que orilló a nuestros legisladores a colocar dicha limitación.

Otro problema de esta norma es que queda la duda respecto al último párrafo del artículo 568-A, cuando señala que *“también puede establecer el alcance de las facultades que gozará quien sea nombrado como curador”*. Debemos entender con ello, que, además de los temas de índole patrimonial (por ejemplo, la administración de los negocios), ¿podría el curador hacer valer la voluntad establecida por el incapaz que se refiera a directivas sobre su propio cuerpo y que no son de índole patrimonial? ¿Es suficiente esta norma para lidiar con el texto -bastante restringido, bajo nuestro punto de vista-, que contiene el artículo 576 del Código Civil, y que señala que *“el curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de incapacidad, en sus negocios”*? Es un tema que deberá aclararse en el futuro, si las iniciativas para la regulación del testamento vital prosperan.

Ahora bien, debemos recalcar un importante trabajo de iniciativa legislativa elaborado, -luego de una profunda investigación sobre el tema-, por la Doctora, Notaria de Lima, Rosalía Mejía Rosasco, quien presenta un proyecto de ley al

final de su obra ya citada en este artículo, el cual contiene 5 artículos, debiendo resaltar, para efectos de nuestro trabajo, el artículo 3, inciso 2, que a la letra dice (Mejía Rosasco, 2009, p. 233-234):

“Artículo 3.- El contenido de las disposiciones de autotutela para la propia incapacidad puede estar referido, entre otros temas, a los siguientes: (...) 2. Disposiciones referidas a la salud del otorgante, tales como los tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, elección de los profesionales médicos y/o centros de salud de su elección y cualquier otra disposición que conlleve la autorización para aceptar o rechazar la aplicación de medidas terapéuticas, en especial aquellas denominadas de soporte vital”.

La iniciativa planteada por la Dra. Mejía, que se plasmaría a través de una Escritura Pública, incluye la creación de un Registro de Escrituras Públicas que contenga disposiciones de Autotutela de la Persona Mayor de Edad.

Finalmente, debemos señalar que, ciertamente, nos da mayor tranquilidad que nuestro Tribunal Constitucional venga preocupándose cada vez más por el tema de la autonomía de la voluntad, y se observe importante jurisprudencia en torno al tema¹⁵, lo que ayudará, sin lugar a dudas, a contar

¹⁵ STC Exp. No. 02175-2009-PA/TC, ff. jj. 10 y 11. Publicada en la página web del TC el 19/07/2010 donde el Tribunal señala que...” es necesario el respeto al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales deben ser conformes a los límites que la Constitución y ley hayan previsto”. Sentencia citada por el Dr. Ronald Cárdenas Krenz en la ponencia anteriormente citada.

con un mayor sustento en la oportunidad en que los legisladores prioricen la posibilidad de una regulación de las directivas anticipadas.

Esperamos que en un futuro no lejano, se priorice este tema y se legisle seria y responsablemente por tratarse de una genuina manifestación de la autonomía de la voluntad y, por tanto, del legítimo ejercicio de la libertad del ser humano.

6. IMPORTANCIA DEL TESTAMENTO VITAL

Consideramos que permitir la validación o garantía de un testamento vital para que sea ejecutado en la forma como lo desea quien lo otorgó es importante por tres razones fundamentales:

1. Es una garantía de que se está respetando la voluntad autónoma de la persona. El testamento vital o directivas anticipadas son manifestaciones de voluntad que en forma autónoma establece la persona mayor de edad y con capacidad respecto al tratamiento de su cuerpo. No aceptarlas y no ejecutarlas, transgrede la libertad del ser humano violando todos los principios que

sustentan la autonomía de la voluntad.¹⁶

2. El testamento vital puede convertirse en un instrumento muy importante de exoneración de responsabilidad de los profesionales de la salud. En la medida en que el profesional de la salud siga, en estricto, las directivas otorgadas por un paciente en un documento válidamente emitido y reconocido, podrá hacer frente a eventuales demandas formuladas por los familiares del paciente.

3. Finalmente, consideramos de suma importancia un motivo de tinte humano que aliviará la gran carga que tiene la familia. Cuando un paciente se encuentra imposibilitado de manifestar su voluntad, las decisiones a tomar recaen directamente en los familiares, quienes se cuestionan y hasta existen pugnas respecto a qué se debe hacer y cómo se debe actuar. Todo recae en la simple pregunta -que no siempre tiene una respuesta-: “¿Qué desearía él (refiriéndose al paciente) que hiciéramos?”.

El caso emblemático de Terri Schiavo sirve en este

momento para ejemplificar nuestra posición. La sentencia de la Corte Suprema que ordenó retirarle la sonda por la cual se le alimentaba basándose en indicios de lo que habría querido Terri, nos da la razón en este punto. Sin la manifestación escrita de Terri, sus padres nunca sabrán si ella hubiera solicitado el retiro de la sonda o, por el contrario, hubiera querido que continuaran luchando. Es posible que esta sentencia haya destrozado a una familia.

Si con este documento (testamento vital) aliviarnos, de alguna forma, a la familia en un proceso duro y penoso, contribuiremos a la defensa de la vida humana, pues Familia y Vida Humana están íntimamente vinculadas. Así lo señala Alfonso López Trujillo al decir que *“mucho de los graves problemas sobre la vida humana que hoy políticos y legisladores deben considerar tienen su raíz en el deterioro del tejido familiar de las sociedades. Se trata, en realidad, de dos temas profundamente relacionados: familia y vida humana son realidades íntimamente unidas, como son la raíz y el*

¹⁶ Un caso interesante que suscitó polémica en España en el que se muestra claramente el respeto por la autonomía de la voluntad del paciente fue el siguiente: El hijo de un anciano que padecía una infección en el pie derecho denominado “pie diabético”, solicita la autorización judicial para practicar a su padre una intervención quirúrgica para que le sea amputada la pierna hasta la rodilla. La operación era urgente pues la pierna presentaba lesiones gangrenosas y podía expandirse. El enfermo no consentía en la operación y el hijo afirmaba que aquél no tenía en claro su discernimiento. El juez se entrevista con el paciente llegando a la conclusión que obraba con discernimiento al negarse a ser operado. El caso llega a segunda instancia quien señala que al no surgir que la conducta del paciente configurara una forma de suicidio (como lo sustentaba el hijo), debe respetarse la voluntad de aquel y la solución viene impuesta por la naturaleza de los derechos en juego que determinan que el paciente sea el “árbitro único e irremplazable de la situación”. El principio expuesto no debe ceder aunque medie amenaza de la vida. El caso sube al Tribunal Supremo quien se encuentra ante la situación de un anciano que veía cercano el fin de su vida, que rechazó someterse a alguna de las terapias costosas y vejatorias y que prefiere morir en paz: así lo permitió el Tribunal, aceptando y respetando la autonomía de su voluntad.

fruto.” (López Trujillo, 2006, p. 20)

Contar con una manifestación del propio paciente, hace más fácil la decisión de la familia en un momento tan triste y delicado por el que deben pasar. Aunque la decisión sea dura, se cuenta con la certeza de que se está actuando en franco respeto de los deseos de su ser querido...”*lo importante es garantizar que las decisiones sean las más adecuadas a todos los integrantes de la relación participante, pero en especial acordes a los valores del propio paciente, quien al final tiene la opción de decidir por sí mismo*”. (García Colorado, Gabriel y otros, 2008, p. 46)

7. CÓMO ELABORAR UN TESTAMENTO VITAL

El contenido formal de un testamento vital dependerá de la legislación que lo regule, pues para que sea válido y pueda ser ejecutado vía orden judicial - si fuera preciso- deberá contener, además de los aspectos de fondo que se refieren a las instrucciones del paciente dentro del límite normativo, una serie de condiciones de tipo formal, dependiendo, reitero, de lo regulado en cada país.

Ahora bien, es importante tener en cuenta algunos aspectos al redactar un testamento vital:

a) La voluntad no debe implicar una acción que vaya en

contra del ordenamiento jurídico explícito. Hablamos de autonomía de la voluntad, efectivamente, pero esta autonomía no puede sobrepasar lo permitido por la ley.

Recordemos que en el caso del testamento vital en los países donde no se admite la eutanasia ni ayuda al suicidio, el paciente **no solicita morir**, tan sólo expresa su deseo de no ser tratado médicamente si su enfermedad es terminal o irreversible. Lo que desea es morir en forma natural (ortotanasia), acepta que la enfermedad ha ganado la batalla, no quiere que alarguen innecesariamente su vida. Lo único que desea es que le apliquen cuidados paliativos, por ejemplo, medicinas para aliviar el dolor. O, por otro lado, puede también expresar que desea que se luche con todos los medios necesarios hasta el final, aunque ello implique un encarnizamiento terapéutico.

b) La voluntad no debe implicar una acción médica contra las buenas prácticas establecidas. Se puede limitar la actuación médica; la negativa al tratamiento (aunque sea irracional e incluso vital) es aceptada. Pero no se puede obligar al médico a realizar prácticas no permitidas, como por ejemplo no seguir los llamados protocolos médicos.

c) La voluntad del paciente expresada en el documento deberá ser muy clara, pues podría suceder que ante la falta de claridad del paciente, se pretenda (quizá influenciado por algún pariente) aplicar la voluntad de la persona a un caso distinto al acontecido. Se pueden por ejemplo solicitar o no casos concretos y muy específicos como los siguientes:

1. Reanimación cardio-pulmonar: en caso de que ocurra un paro respiratorio o cardíaco.
2. Alimentación artificial por vía intravenosa o por sonda de alimentación.
3. Permanencia prolongada en un respirador (si no se puede respirar por sí solo).
4. Transfusiones de sangre.

A continuación, nos permitimos reproducir tres modelos de testamento vital que servirán de ejemplo para efectos de nuestro trabajo:

1. Primer Modelo: Con orientación y tinte laico:¹⁷

“MANIFESTACIÓN DE VOLUNTADES SOBRE EL FINAL DE MI PROPIA VIDA

Yo (*nombre y apellidos del testador*), con Documento de identidad No.: mayor de edad, con domicilio en: y en plenitud de mis facultades mentales, libremente y tras una dilatada meditación,

¹⁷ Obtenido de la página de internet: Modelo de la Generalitat Cataluyna (España): <http://concurso.cnice.mec.es/cnice2006/material003/Padres/Testamento%20vital%20Modelos.htm>

DECLARO:

Que en el supuesto de encontrarme en unas condiciones en las que no pueda decidir sobre mi atención médica, a raíz de mi deterioro físico y /o mental, por encontrarme en uno de los estados clínicos enumerados en el punto C de este documento, y si dos médicos autónomos coinciden en que mi fase es irreversible, mi voluntad incuestionable es la siguiente:

- A) Que no se dilate mi vida por medios artificiales, tales como técnicas de soporte vital, fluidos intravenosos, medicamentos o suministro artificial.
- B) Que se me suministren los fármacos necesarios para paliar al máximo mi malestar, sufrimiento psíquico y dolor físico causados por la enfermedad o por falta de fluidos o alimentación, aun en el caso de que puedan acortar mi vida.
- C) Los estados clínicos a las que hago mención más arriba son:
 - a. Daño cerebral severo e irreversible.
 - b. Tumor maligno diseminado en fase avanzada.
 - c. Enfermedad degenerativa del sistema nervioso y/o del sistema muscular en fase avanzada, con

importante limitación de mi movilidad y falta de respuesta positiva al tratamiento específico si lo hubiere.

- d. Demencias preseniles, seniles o similares.
- e. Enfermedades o situaciones de gravedad comparable a las anteriores.

D) Designo como mi representante para que vigile el documento de las instrucciones sobre el final de mi vida expresadas en este documento, y tome las decisiones necesarias para tal fin, a

, con Documento de Identidad Número:

E) Manifiesto, asimismo, que libero a los médicos que me atiendan de toda responsabilidad civil y penal que pueda derivarse por llevar a cabo los términos de esta declaración.

F) Me reservo el derecho de revocar esta declaración en cualquier momento, en forma oral o escrita.

Fecha:
Firma:

TESTIGOS:

- 1. Nombre:
- 2. Nombre:
- Documento de identidad No.:
- Documento de Identidad No.:

Firma:
Firma:"

2. Segundo Modelo: Con una orientación y tinte religioso:

“MODELO DE TESTAMENTO VITAL DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA¹⁸

A mi familia, a mi médico, a mi sacerdote, a mi notario:

Si me llega el momento en que no pueda expresar mi voluntad acerca de los tratamientos médicos que se me vayan a aplicar, deseo y pido que esta declaración sea considerada como expresión formal de mi voluntad, asumida de forma consciente, responsable y libre, y que sea respetada como si se tratara de un testamento.

Considero que la vida en este mundo es un don y una bendición de Dios, pero no es el valor supremo y absoluto. Sé que la muerte es inevitable y pone fin a mi existencia terrena, pero creo que me abre el camino a la vida que no se acaba, junto a Dios.

Por ello, yo, el que suscribe, pido que si por mi enfermedad llegara a estar en situación crítica irrecuperable, no se me mantenga en vida por medio de tratamientos desproporcionados; que no se me aplique la eutanasia (ningún acto u omisión que por su naturaleza y en

Se ha excluido expresamente de este modelo la cláusula siguiente debido a que no podría consignarse en el caso Peruano por estar prohibida su ejecución tomando en cuenta lo ya comentado en el punto IV del presente artículo (artículos 112 y 113 de nuestra legislación penal): “C) Que, si me hallo en un estado particularmente deteriorado, se me administren los fármacos necesarios para acabar definitivamente, y de forma rápida e indolora, con los padecimientos expresados en el punto (B) de este documento”.

¹⁸ Modelo obtenido de: <http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/testamento-vital.html> (Página de la Conferencia Episcopal Española).

su intención me cause la muerte) y que se me administren los tratamientos adecuados para paliar los sufrimientos.

Pido igualmente ayuda para asumir cristiana y humanamente mi propia muerte. Deseo poder prepararme para este acontecimiento en paz, con la compañía de mis seres queridos y el consuelo de mi fe cristiana, también por medio de los sacramentos.

Suscribo esta declaración después de una madura reflexión. Y pido que los que tengáis que cuidarme respetéis mi voluntad. Designo para velar por el cumplimiento de esta voluntad, cuando yo mismo no pueda hacerlo, a.....

Faculto a esta misma persona para que, en este supuesto, pueda tomar en mi nombre, las decisiones pertinentes. Para atenuaros cualquier posible sentimiento de culpa, he redactado y firmo esta declaración.

Nombre y apellidos:
Firma:
Lugar y fecha:”

3. Modelo elaborado por la Asociación de Abogados Cristianos¹⁹:

“A mi familia, a mi médico y a mi notario:

Si me llega el momento en que no pueda expresar mi volun-

tad acerca de los tratamientos médicos que se me vayan a aplicar, deseo y pido que esta declaración sea considerada como expresión formal de mi voluntad, asumida de forma consciente, responsable y libre, y que sea respetada como si se tratara de un testamento.

Yo,..... pido que se respete mi vida y se proteja hasta el último momento, tal y como lo consagra la Constitución Española, pido que no se me aplique la eutanasia activa, ni la pasiva y que se me administren los tratamientos adecuados para paliar los sufrimientos y alimentación e hidratación necesarias para mantenerme con vida.

Pido igualmente ayuda para asumir cristiana y humanamente mi propia muerte. Deseo poder prepararme para este acontecimiento en paz, con la compañía de mis seres queridos y el consuelo de mi fe cristiana.

Asimismo solicito, que esta voluntad que expongo aquí, y que es la propia del que suscribe, no pueda ser tergiversada, alterada y/o modificada por ninguna persona ni profesional, habida cuenta que en el momento presente el que expone, es plenamente capaz, de hecho y de derecho, y tiene el expreso deseo de prever su futuro y de que se respete su voluntad.

Suscribo esta declaración después de una madura reflexión.

Y pido que los que tengáis que cuidarme respetéis mi voluntad. Soy consciente de que os pido una grave y difícil responsabilidad. Precisamente para compartirla con vosotros y para atenuaros cualquier posible sentimiento de culpa, he redactado y firmo esta Declaración, para que se inscriba en el Registro de Voluntades que corresponda y en cualquier caso se respete como voluntad clara y definitiva.

Firma:
Fecha:”

8. REFLEXIONES FINALES

- 1) Debemos considerar la real posibilidad de impulsar la regulación -en nuestro país- de las directrices anticipadas a fin de garantizar de una manera más completa el respeto por la autonomía de la persona.
- 2) La aceptación en nuestra legislación del derecho al consentimiento informado nos da la esperanza de que se pueda aplicar el principio: “a misma razón, mismo derecho”, es decir, el deseo porque se respete la voluntad del paciente respecto de su cuerpo **en la actualidad o en el futuro**. La única diferencia es el momento en el tiempo.
- 3) Las escasas normas que hoy en día regulan parcialmente el tema de la autotutela, no son garantía, en forma alguna, del respeto a la voluntad de la persona; son en

¹⁹ Este modelo se elaboró luego de la muerte de la ciudadana española Ramona Estévez; fue el primer caso de retiro de alimentación en contra del criterio de los médicos, por indicación de la Junta de Andalucía. Dicho modelo incluye la petición de que se mantenga la nutrición e hidratación necesarias hasta el momento de la muerte natural, petición que se va de la mano con la ética médica y defiende al paciente inconsciente de eventuales abusos. Ver: <http://www.vida-digna.org/#!testamento-vital/cqzn>.

algunos casos muy limitativos y en otras muy amplias, lo que implica la existencia -en la práctica- de peligrosas puertas abiertas que no garantizan el citado respeto.

- 4) Debemos considerar que las directivas anticipadas se constituyen en un importante instrumento de protección para el profesional de la salud, quien es el llamado a efectuar o dejar de efectuar los tratamientos médicos necesarios. Consideremos que el profesional de la salud tiene, constantemente sobre él, una suerte de “espada de Damocles” pudiendo en algún momento ser demandado por sus acciones.
- 5) Además de constituirse en un instrumento de protección para el profesional de la salud, se yergue también como un mecanismo de ayuda, de apoyo a la familia. Aliviará la conciencia de la familia evitando la eterna duda: “¿Hicimos bien o no? ¿Hicimos lo que él o ella hubiera querido o no?”.
- 6) Hasta que la normatividad no sea aprobada, sería aconsejable difundir la idea de que los familiares más cercanos conozcan -a ciencia cierta- las voluntades de sus seres queridos sobre estos temas. Tener un documento privado manifestando dicha voluntad, serviría, en todo caso, para que los familiares o médicos pudieran tener un acercamiento a esa voluntad en caso de situaciones extremas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abellan Sallort, José Carlos (2008). “Eutanasia y Orto-tanasia: El problema de la autonomía en el Derecho Español”. En: *Temas de Bioética y Derecho*. Lima: Universidad Femenina del Sagrado Corazón-Cátedra UNESCO de Bioética y Bio-jurídica y Editorial Grandez Gráficos SAC.

Arbe Ochandino, Milagros (2011). *Estudio de las instrucciones previas en el ámbito sanitario a través del ordenamiento jurídico español*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

Barrenechea Gamio, Julio César (2013). “Proyectando la voluntad hacia el momento en que uno ya no pueda tomar decisiones: la facultad de designar curador para sí mismo”. En: *Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*, No. 9. Lima: Editorial GRAFIMAG SRL.

Bermejo José Carlos y Rosa María Belda (2006). *Bioética y Acción Social. Cómo enfrentar los conflictos éticos en la intervención social*. Santander: Editorial SAL TERRAR.

Cárdenas Krenz, Ronald (2015). Ponencia “¿Qué tan autónoma es la autonomía de la voluntad? Consideraciones a partir de algunas interesantes sentencias del Tribunal Constitucional peruano”. Córdoba-Argentina (inédita).

Durante, Vincenzo (2012) “Directivas anticipadas y nombramiento judicial de tutela limitada (amministrazione di sostegno) en Italia”. En: *Revista de Derecho de la Familia y de las Personas*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

García Colorado, Gabriel y otros (2008). *Bioética y muerte. Aspectos Sociales y éticos*. México: Editorial Trillas.

López Trujillo, Alfonso (2006). *Temas candentes de Bioética y Familia*. Madrid: Editorial Palabra.

Mejía Rosasco, Rosalía (2009). *Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad: la penúltima voluntad*. Lima: Editorial Grijley.

Osada Liy, Jorge (2009) “Alzheimer: manejo y tratamiento”. En: *Revista de la Facultad de Psicología de la UNIFE: “Alzheimer y otras demencias”*. Lima: Ediciones Libro Amigo.

Pfeiffer, María Luisa. (2008) “Decisiones al final de la vida”. En: *Revista de Medicina y Bioética*. Argentina: Editorial Quirón.

Torres Morales, Sylvia Amelia (2008). “La Eutanasia y la Iglesia Católica”. En: *Boletín del Instituto de la Familia de la UNIFE* No. 10. Lima: Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Wagner Grau, Patrick. Entrevista “No se puede jugar a ser Dios”. *Diario El Comercio* 10 de abril del año 2015.

**OTROS MATERIALES
CONSULTADOS:**

- Código Civil Peruano de 1984.
- Código Penal Peruano de 1991.
- Catecismo de la Iglesia Católica. 1992.
- Ley General de Salud, 26842.
- Ley No.29633 que permite a la persona mayor de 60 años autodesignarse a un curador.
- Ley 41/2002: Ley española de Autonomía del Paciente.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES

*Marco Carmona Brenis**
*Martha Vigil Zárate***

Recibido: 01.07.2015

Aprobado: 10.09.2015

RESUMEN

La filiación es una de las fuentes de parentesco que genera el nacimiento de una serie de relaciones jurídicas entre los progenitores y los hijos, concretizados a través del cumplimiento de una serie de deberes y derechos, como lo señala el Código Civil Peruano, en el ejercicio de la patria potestad, previsto en el Art. 423 del citado cuerpo normativo; sin embargo, puede presentarse que en el ejercicio de esos derechos los padres puedan afectar derechos fundamentales de sus hijos, como es el derecho a la intimidad reconocido en la legislación civil en su Art. 14 y en la Constitución en el Art. 2 Inc. 7, debiendo establecerse la línea de división entre el cumplimiento de los deberes de los padres frente al derecho de los niños/niñas o adolescente y el respeto de su vida privada, considerando su edad, las circunstancias y el interés superior del niño.

Del mismo modo, en las relaciones conyugales se puede presentar esta problemática, al contraponerse los deberes que se deben recíprocamente los cónyuges, como el de fidelidad y cohabitación, con derechos fundamentales de estos, por lo que es necesario también delimitar su ejercicio.

ABSTRACT

The affiliation is a source of relationship that generates the birth of a series of legal relations between parents and children, concretized through the implementation of a series of rights and duties, as noted by the Peruvian Civil Code, in the exercise of parental rights provided for in Art. 423 of that legislative body; but may occur in the exercise of these rights the parents can affect their children's fundamental rights, such as the right to privacy recognized in civil law in Art. 14 and the Constitution in Art. 2 Inc. 7, having the dividing line between fulfilling the duties of parents against the rights of children / girls or adolescent and respect for his privacy established, considering his age, the circumstances and interests of the child.

Similarly, in conjugal relations can be presented this problem to be weighed against the duties that are mutually must spouses, such as loyalty and cohabitation, which may be contrasted with fundamental rights of these, so it is also necessary to define its exercise.

PALABRAS CLAVE

Relaciones familiares. Intimidad.

KEY WORDS

Family relationships. Privacy.

* Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad César Vallejo. Estudios de Máster en Bioética por la Universidad Europea Continental España. Segunda Especialidad en Derecho de Familia por la Universidad Señor de Sipán. Docente de Derecho de Personas, Derecho Genético, Derecho de Familia y Sucesiones de la Universidad Señor de Sipán y Universidad César Vallejo. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Niñez, Adolescencia y Familia, de Mendoza -Argentina.

** Abogada, por la Universidad de Sipán. Maestría en Derecho Procesal y Doctora en Derecho por la Universidad César Vallejo. Docente de la Universidad César Vallejo - Piura. Ex Especialista Judicial de la Corte Superior de Justicia de Piura.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la intimidad tiene su reconocimiento en el texto constitucional, en su artículo 2°; en los tratados internacionales, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y en la Convención de los Derechos del Niño y, en nuestra normatividad civil, en su artículo 14°.

El derecho a la intimidad, desde el punto de vista normativo, no ha evolucionado; sin embargo, en los últimos años, las relaciones intersubjetivas en las que se protege dicho derecho a la intimidad han cambiado sustancialmente las relaciones en las cuales se sustenta el derecho a la intimidad, y, de manera muy especial, en las relaciones familiares, lo que debe de conllevar a establecer nuevas ideas respecto al derecho a la intimidad, estableciendo reglas o principios que impliquen una debida protección de este derecho fundamental.

En nuestra legislación, podemos decir que existen dos dimensiones de la intimidad, las que a su vez son complementarias: la personal y la familiar. Partimos del trato que le da a este derecho la ley de leyes; es decir, la Constitución Política del Perú vigente.

Así, el artículo 2° establece en su inciso 7 que toda persona tiene derecho “a la intimidad personal y familiar”.

De igual manera, el Código Civil vigente, en su artículo 14° establece el respeto a la intimidad de la vida personal y familiar. Y, por último, se refiere a este derecho el Art. 54 del

Código Penal: “El que viola la intimidad de la vida personal o familiar...”, y el Art. 156: “El que revela aspectos de la intimidad personal y familiar...”.

El presente artículo trata de explicar los ámbitos en donde se desarrolla el derecho a la intimidad en la vida familiar, es decir, el respeto de este derecho que se deben los miembros de las familias, como es el caso del que nace del ejercicio de la patria potestad, es decir, de los padres respecto de los hijos (relaciones paterno filiales); así como las consecuencias jurídicas que conllevaría su vulneración, para lo cual se hará un análisis de sus contenidos y distintas formas de tratamiento que se viene dando en la jurisprudencia nacional y comparada.

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD: DEFINICIÓN

En 1981, los juristas norteamericanos Samuel D Warren y Louis D. Branders plantearon prolijamente el tema del derecho a la intimidad (right to privacy) en la revista de Derecho de la Universidad de Harvard. En 1963, se produce en el estado de Colorado el caso *Dayly Times Democrat vs. Graham*, el cual se generó a raíz que una joven fue fotografiada en un parque de diversiones justo cuando una corriente de aire levantó su vestido. La justicia señaló que, aún en lugares públicos, existen cosas que, aunque estén a la vista, siguen siendo privadas.

El ejercicio del derecho a la intimidad conlleva los dos aspectos siguientes:

- a) Preservación del no conocimiento ajeno de ciertos aspectos o manifestaciones de la vida privada (personal y familiar).
- b) Establecimiento jurídico de una suerte de distancia o discreción por parte de terceros, a efectos de no atentar contra los sentimientos o costumbres personales o familiares (García Toma, 2013, págs. 325-328)

En sentencia, el Tribunal Constitucional español, mediante STC 127/2003, de 30 de junio de 2003, define el derecho a la intimidad como:

“un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo a cada persona reservarse un espacio resguardado de curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”. (De Verda y Beamonte, 2012, pág. 165)

Por su parte, Fermenía López señala que:

“El reconocimiento a la intimidad significa, (...) admitir un campo de actuación a la autonomía privada en orden de fijación de datos y circunstancias que determinan ese “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”, necesario “para mantener una calidad mínima de la vida humana.

En consecuencia, se admite que el derecho a la intimidad posee un doble aspecto, positivo y negativo. En su aspecto positivo, significa que el individuo dispone de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia”; y en su aspecto negativo, supone, el poder de resguardar ese ámbito reservado frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida” (Fermenía López, 2012, pág. 199).

El Diccionario de la Real Academia define a la intimidad como la “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. No obstante, parece haber consenso en afirmar que “íntimo” es aquello reservado de cada persona.

Por lo tanto, el derecho a la intimidad puede definirse como el “poder concedido a la persona sobre el conjunto de circunstancias personales que puede excluir ilícitamente del conocimiento de terceros”.

Para Ramón De Verda, en el derecho a la intimidad, en la vida privada, hay datos que los demás no tienen por qué conocer, pero que, objetivamente, no parece que puedan ser considerados como parte de ese “reducto de inmunidad”, sin cuya preservación (con el que la jurisprudencia constitucional identifica la intimidad) “no es realizable ni concebible siquiera, la existencia en dignidad”. Sería, por ejemplo, el caso del importe de la nómina

mensual o de los datos bancarios. Asimismo, agrega que la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona - el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo -, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad. (De Verda y Beamonte, 2012, págs. 165-166)

En relación con el derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional español ha reiterado que se funda en la necesidad de garantizar «*la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, que puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz*» (STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

3. CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina nacional y extranjera; para Marcela M. Leloir y Agustín Sojo, este derecho comprende tres grandes grupos de derechos o deberes: a) Los que se refieren al derecho a ser dejado solo o gozar de la tranquilidad; b) la autonomía de las decisiones o autodeterminación, y c) el control de la información personal.

(Leloir, Marcela y Sojo, Agustín, 2011, pág. 94)

Para nuestro Tribunal Constitucional, el contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el art. 2 Inc. 7 de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho, cuya develación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, lo que difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho” (STC 00011-2004-AI,-FJ37). (Landa Arroyo, 2010, pág. 28)

Ahora bien, cabe señalar la distinción entre los derechos a la intimidad personal y familiar, respecto al derecho a la privacidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que: “*Mediante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí mismo, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto no puede identificarse con el derecho a la intimidad personal y familiar, ya que mientras éste protege el derecho a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo a poder preservarlo ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de datos que le conciernen (...)*” (Landa Arroyo, 2010, págs. 117-118).

Asimismo, en otra sentencia, el TC, en el caso Magaly Medina Vela señala que: “*La vida privada es un derecho fundamental en primordial relación*

con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de la persona; la vida privada, por su parte, la engloba y también incluye un ámbito en donde se admiten algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive con otros derechos como la inviolabilidad de domicilio (...)" (Exp. N° 067712-2005-HC/TC).

Por tanto, coincidimos con Víctor García al señalar que, respecto a estos dos derechos, puede deducirse lo siguiente (García Toma, 2013, pág. 333):

- a) El inciso 7 del Art. 2 de la Constitución engloba tanto el derecho a la vida privada como el derecho a la intimidad
- b) El derecho a la intimidad tiene una protección mayor que el derecho a la vida privada.

4. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES

El derecho a la intimidad cobra una vital importancia en la vida familiar, que nace como consecuencia del ejercicio de los derechos subjetivos familiares que dan lugar a una serie de relaciones jurídicas de orden familiar, como es en la relación paterno filial y la relación conyugal u otras relaciones similares.

Siguiendo en la idea de Marcela M. Leloir y Agustín Sojo, el derecho a la intimidad en las relaciones familiares comprende el llamado "Derecho a

la tranquilidad", en el cual se puede presentar una serie de problemáticas en su ejercicio. Así, los autores señalan que "En el caso de las relaciones familiares (conyugales o paterno filiales), este derecho puede entrar en tensión con otros derechos de mayor jerarquía, tal como el derecho del niño a tener una adecuada comunicación con su padre, así como el derecho de la madre a que su ex pareja no la perturbe se contrapone con el derecho del niño y su padre a mantener trato habitual. En este último caso, se debe de compatibilizar el derecho a la intimidad y comunicación paterno filial" (Leloir, Marcela y Sojo, Agustín, 2011, pág. 96).

En el derecho de familia, este derecho a ser dejado solo se contrapone, en cierta medida, con los deberes familiares. Así, en el deber de cohabitación entre los cónyuges, exige que marido y mujer no se dejen solos el uno al otro. Si bien el deber de asistencia conyugal comprende el deber de acompañar al otro, ello no significa que los esposos deben de estar siempre juntos, y se admite cierta distancia entre ellos.

4.1 EL DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES

En las relaciones paterno-filiales, el derecho a ser dejado solo aparece coartado por ciertos deberes familiares, pero no por ello deja de existir. Un hijo aun si fuese menor de edad, tiene derecho a que se respeten sus espacios privados, pero al mismo tiempo un padre no puede desentenderse de su hijo, por cuanto tie-

ne deberes de cuidado que le exigen ser parte de su vida. En ese sentido, el padre que tiene sospechas razonables de que su hija o hijo puede ser víctima de cierta conducta delictiva tiene derecho a entrometarse en su esfera más íntima de correspondencia electrónica, para velar por los intereses del menor, pero no por simple curiosidad.

Del mismo modo, tiene el derecho a revisar lo que sus hijos realizan a través de las redes sociales, porque existe un deber de vigilancia que obliga a los padres a responder por las injurias que sus hijos puedan divulgar a través del internet.

4.1.1 LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA INTIMIDAD POR LOS MENORES

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece en su Art. 16 que: "Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, y de ataques ilegales a su honor y a su reputación"

Asimismo, la Carta Europea de Derechos del Niño en su Art. 8.29 declara: "todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni sufrir atentados ilegales contra su honor".

Como se señala, existe un reconocimiento expreso de los derechos fundamentales de los menores de edad. Sin embargo, pueden presentarse situaciones en donde se enfrentaría este derecho frente al ejer-

cicio de la patria potestad de los padres.

Al respecto, en “el ordenamiento italiano se considera la posibilidad de injerencia de los padres en el ámbito privado de los hijos (...) y afectaría a aquellos menores cuyas condiciones de madurez no fueran suficientes, ya que se parte del reconocimiento de un ámbito de intimidad de los hijos menores que no pueden ser lícitamente invadido por los padres”.

Para la doctrina italiana, el derecho a la intimidad del menor aparece justificado en términos generales, como un derecho de la personalidad del cual no puede ser privado, pero también como un deber específico de los padres en el desarrollo de la función educativa que afecta fundamentalmente a aquellos menores cuyas condiciones de madurez no son suficientes, obligando a los padres a vigilar su formación y planteando, a la vez, el problema de la legitimidad del control y de su extensión.

En Francia, la jurisprudencia de la Corte de Casación entiende que no es suficiente con el consentimiento del menor para la divulgación de hechos relativos a su vida privada si quienes detentan la autoridad no han consentido dicha divulgación.

Las condiciones de madurez y suficiente juicio conforman, por tanto, el criterio delimitador de la actuación de los representantes legales en la esfera de los derechos de la personalidad del menor” (Fermeña López, 2012, págs. 208-209).

4.1.2 LA TOMA DE DECISIONES PERSONALES

La autonomía siempre se ve limitada por las nociones de orden público y los derechos de terceros. Sin embargo, el orden público debe ceder espacio a la autonomía personal

Existen cuestiones de autonomía en toma de decisiones que vienen transformando las relaciones de familia. Por un lado, la incorporación de la capacidad progresiva del menor de edad y, por otro lado, el reconocimiento de cierta autonomía a favor de las personas con discapacidad, transforma las relaciones familiares. En el primer caso, se presentan dos situaciones: el derecho de los padres a tomar decisiones por los hijos que no han desarrollado aun su propio juicio; y el derecho de las personas menores de edad a tomar sus propias decisiones.

Así, por ejemplo, un tribunal argentino no reconoció el derecho de los padres a decidir por su hijo y rechazar el plan nacional de vacunación; resolvió que si bien los padres tenían el derecho de decidir por sus hijos, debía imponerse este plan, por cuanto de lo contrario podría afectarse en juego derechos de terceros que podrían contagiarse de enfermedades y, por supuesto, el derecho a la salud del niño, debiéndose tener siempre presente el punto de vista del mejor interés del niño.

Pero, cuando el niño alcanza la adolescencia y comienza a desarrollar su propio juicio, ello trae dificultades para determinar a partir de cuándo va a

poder tomar sus propias decisiones, sin necesidad de acudir a sus padres

Al respecto, en el derecho internacional se tiende a adoptar el sistema de capacidad progresiva como nuevo paradigma. Por tanto, para este sistema, los niños pueden tomar sus propias decisiones en todas aquellas cuestiones que no hagan a su salud o pongan en riesgo su crecimiento; pero en la mayoría hacen prevalecer el interés superior del niño por sobre su autonomía en aquellas cuestiones fundamentales.

Sin embargo, también se deja a la judicatura facultades tan amplias que permiten replantearse la existencia de un derecho a la vida privada y familiar. Tal es el caso en Inglaterra, en donde se falla invocando la idea de que los menores de 16 años son autónomos para elegir y decidir sus propias prácticas médicas (control de natalidad o práctica anticonceptiva).

De lo que se trata es que las personas menores tengan la posibilidad de forjar su propio destino, pero ello no significa que las personas que los rodean no puedan influenciarlas o acompañarlas en sus decisiones, mas sin decidir por ellas.

4.2 EL DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR EN LAS RELACIONES CONYUGALES

Sobre los deberes conyugales, Azpiri (Leloir, Marcela y Sojo, Agustín, 2011, pág. 98) señala que existe entre ellos un deber mutuo que impone a la pareja la obligación de mante-

ner reserva de las cuestiones íntimas de la relación y que este deber perdura luego de disuelto el matrimonio. Al respecto, en un caso de divorcio en Argentina, existen tribunales que han considerado restringir el considerar las grabaciones telefónicas acompañadas por el marido como prueba del adulterio de su mujer, aparte de que ella había solicitado que se le prohibiera al marido difundir las grabaciones entre familiares, amigos y cualquier tercero.

Asimismo, existen ciertos actos que se consideran injurias graves como, por ejemplo, grabar conversaciones telefónicas ajenas; el ocultar una filmadora para exponer la vida diaria del hogar en prueba de algún maltrato; espiar a otro, y peor aún, comentárselo a otro aunque sea abogado o juez -por no ser compatible con los deberes matrimoniales.

El Tribunal Constitucional Peruano considera al respecto que,

“La relación íntima entre hombre y mujer es un derecho natural inherente a la naturaleza humana (...) que tiene relación directa con la libertad del hombre individual y socialmente, en el primer caso, está íntimamente relacionado con su normal desarrollo sicofísico y su bienestar espiritual, y en el segundo caso con su desenvolvimiento familiar y social”. (Exp. N° 01575-2007-PHC/TC)

Pedro Fermenía López señala que “en sentencia española, se condenó a un año de prisión

y cinco de alejamiento de su ex mujer y de sus dos hijas por instalar una cámara de video doméstica en el baño de la vivienda familiar al sospechar que una de sus hijas sufrían de anorexia y se provocaba vómitos, lo que no admitía. Sin embargo, la cámara grabó no solo a la hija que aparentemente sufría el trastorno alimentario, sino que también tomó imágenes de su mujer, de la que estaba separado, de su otra hija, incluso de amigas de estas. El fallo también impone una indemnización a su ex mujer y a cada una de sus hijas por daños morales causados. La hija, no obstante tuvo que ser sometida a tratamiento por bulimia” (Fermenía López, 2012, pág. 196).

En otra sentencia del TC español, se condenó a prisión de un año al marido que había intervenido la línea telefónica del entonces domicilio conyugal y grabado conversaciones íntimas de su mujer, que luego difundió entre la tía de la víctima y dos de sus amigas para desprestigiarla. De igual manera, en otro caso se condenó al pago de una indemnización de 9,000 euros a una suegra, que había manifestado su sospecha de que el hijo de su nuera no era de su marido, sino de un empleado de aquella por tratarse de un dato perteneciente al ámbito íntimo de la pareja y, en su caso, del hijo, por lo que, aunque fuera verdad, no podía ser divulgado. (De Verda y Beamonte, 2012, págs. 180-181)

José De Verda aduce, con respecto a la difusión no consentida de imágenes de desnudos voluntariamente captados,

que la captación o difusión de imágenes de desnudos del otro cónyuge (relación conyugal u otra análoga), sin su consentimiento, constituye una intromisión en su derecho a la intimidad en su dimensión corporal. Es evidente la afectación del derecho a la intimidad y a la propia imagen de la víctima, pues el consentimiento para captar una imagen no significa, necesariamente, autorización para difundirla, ya que el consentimiento debe ser expreso para cada concreto acto de intromisión (captar y difundir imágenes son conductas diversas). Así, por ejemplo, en un tribunal español se condenó a un año de prisión y a pagar a su mujer 6000 euros en concepto de daño moral, al marido que puso al alcance de la página de internet -denominada sex casero.com, bajo el título “Paula la golfa de Oviedo”-, tres fotografías de la denunciante, sin su permiso, en dos de las cuales aparecía con los pechos descubiertos y en una tercera sin ropa. (...). Es evidente que sobre cada cónyuge pesa la prohibición de divulgar entre terceros aspectos de la vida íntima del otro, de los que tenga conocimiento por razón de la convivencia o de la relación de confianza que se establece entre los cónyuges, así como de los que afecte la vida íntima de la familia. Este derecho persiste después de la disolución del matrimonio. Asimismo, agrega, que en el origen del proceso se halla la publicación de un libro titulado “Hasta la libertad”, en el que el autor, en clave autobiográfica, narraba sus experiencias vitales y su personal visión de la situación carcelaria española. En algunas de sus páginas

se contenían referencias a la demandante, desde su primera toma de contacto hasta su ruptura, pasando por su matrimonio. La Audiencia consideró probado que en el libro se revelaron detalles de la vida privada de la demandante que constituye atentado a su intimidad; se descubrieron aspectos de su salud; se divulgó el contenido en las cartas y se narraron encuentros íntimos de ambos (De Verda y Beamonte, 2012, págs. 190-192).

Por último, la jurisprudencia española (STC de 17 de junio del 2009) ha considerado, por ejemplo, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad familiar el que un medio de comunicación revelara la filiación biológica de un menor y el hecho de ser su madre natural una prostituta o atribuyera a un padre una conducta infiel y una adicción al sexo. (...). La familia es el cauce al servicio del libre desarrollo de la personalidad de los seres humanos, lo que presupone garantizar en su seno la efectividad de los derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho a la intimidad de sus componentes (De Verda y Beamonte, 2012, pág. 179).

4.3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LAS REDES SOCIALES

Las redes sociales on line, han transformado el concepto de intimidad y su aplicación en la esfera familiar. Pero, además, la generalización del uso de dispositivos móviles por medio de los cuales se puede captar la imagen y el sonido permite ámbitos de injerencia que en otro tiempo resultaban imposibles. Así, por ejemplo, inva-

de la intimidad de los menores que sus padres coloquen dispositivos que capten la imagen o el sonido en espacios reservados a la vida privada; salvo que sea para prevenir la lesión o atentado contra algún otro derecho fundamental del menor (Fermenía López, 2012, pág. 196).

Por tanto, adquiere especial trascendencia el uso de las “redes sociales” por parte de los menores, lo cual ha producido un cambio al concepto de intimidad, dado que deja de ser una esfera sustraída al conocimiento de los demás, para convertirse en un perfil donde los sujetos exteriorizan de forma voluntaria su “personalidad” y facilitan datos personales para construir lo que se denomina “Extimidad”, planteando inseguridades para la intimidad de los sujetos, así como terceras personas, ya que los datos a las mismas son accesibles de forma pública y global para millones de usuarios. Así, estudios recientes demuestran que el 71 % de los escolares con edades entre 10 y 18 años tiene uno o varios perfiles en las redes sociales. A partir de los 14 años, el porcentaje supera el 80 % y alcanza mayor índice de uso; el 85% justo antes de la mayoría de edad.

Debe tenerse en cuenta, no obstante (...) que se parte del principio de no imponer a los prestadores de servicios la obligación de *controlar o supervisar* todos los contenidos que se transmiten o se almacenan, lo cual sería además imposible. Sin embargo, se les impone el deber de evitar la omisión de delitos o activida-

des ilícitas en la red en cuanto tomen conocimiento de ellas, retirando e imposibilitando, con la diligencia debida, el acceso de aquella información que sea así calificada.

Desde este punto de vista, la labor de colaboración de los padres en el control de los perfiles de sus hijos menores resulta fundamental.

Por último, la intervención de los padres también estaría justificada en base a la lesión de sus propios derechos personales, cuando la intervención del menor, con suficiente juicio, en las redes sociales, no afectase únicamente a su esfera privada sino también a la “intimidad familiar” o a la intimidad personal de algún otro de los miembros integrantes de la familia (Fermenía López, 2012).

5. CONCLUSIÓN

Como se ha expuesto, podemos concluir que el derecho a la intimidad en las relaciones de orden familiar, demanda una especial protección, más aún cuando se contraponen dos derechos fundamentales, por lo que los tribunales deberán de ponderar los mismos y preferir el derecho que menos se vulnere.

En el caso de las relaciones paterno filiales, frente al derecho de los padres en el ejercicio de la patria potestad o responsabilidad parental, debe de primar el principio del interés superior del niño, pero siempre y cuando no se vean afectados derechos fundamentales del menor.

En las relaciones conyugales, existe una mayor protección y sanción en la publicación de la información de la vida íntima de la pareja, en donde inclusive el ejercicio regular de un derecho no siempre legitima a una persona a ventilar la vida íntima de la misma. Asimismo, cualquier información en donde exista datos de la vida íntima, aunque fuese hecha con el consentimiento de la pareja, antes de ser revelada, deberá de contar nuevamente con el consentimiento de esta; caso contrario, su difusión vulneraría tal derecho y debe ser materia de sanción tanto en el ámbito penal como en lo civil a través del resarcimiento.

Debemos dejar en claro que la institución de la familia ha sufrido cambio en su concepción; es decir, en que contem-

poráneamente debe ser concebida ya no como una constitución, sino como un medio o instrumento de desarrollo del individuo, por lo que se debe priorizar el respecto de sus derechos fundamentales, frente al ejercicio de los derechos subjetivos familiares de sus miembros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

De Verda y Beamonte, José (2012). "Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge". En: Moreno Martínez, Juan (Coordinador). *La Responsabilidad Civil en las Relaciones Familiares*. Madrid: Dykinson S.L.

Fermenía López, Pedro (2012). "Daños por violación en las

relaciones paterno filiales". En: Moreno Martínez, Juan (Coordinador). *La Responsabilidad Civil en las Relaciones Familiares*. Madrid: Dykinson.

García Toma Víctor (2013). *Derechos Fundamentales*. 2ª. edición. Lima: Editorial ADRUS.

Landa Arroyo, César (2010). *Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Editorial Palestra.

Leloir, Marcela & Sojo, Agustín Sojo (2011). "La intimidad que se deben los familiares actualmente". En: *Derecho de Familia: Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

¿EXTINCIÓN DE LA INTERDICCIÓN Y LA CURATELA?

Comentarios a una audaz y polémica decisión judicial

*Jairo Cieza Mora**

Recibido: 03/10/2015

Aprobado: 18/10/2015

RESUMEN

En el presente artículo se analizará la reciente sentencia emitida por el Juez Edwin Romel Béjar Rojas, Juez del Tercer Juzgado de Familia del Cusco dentro de un proceso de interdicción seguido por una madre contra sus hijos, dos de ellos con una discapacidad mental. En este proceso el juez inaplica las normas referidas a la capacidad civil de las personas naturales y modifica de esta manera un criterio uniforme en las sentencias en este tipo de procesos judiciales. Se analizará, asimismo, la pertinencia de extinguir la curatela dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Estos temas vienen siendo tratados y discutidos en otros ordenamientos, a los que también se hará referencia.

ABSTRACT

In this paper, the author will analyze the sentence issued by Judge Edwin Romel Bejar Rojas from the Third Judge of the Third Family Court in Cuzco. The sentence was issued in a process that had began with a lawsuit followed by a mother against her children in order to declared them without capacity to act (two of the sons have mental disabilities). In this procedure, the Judge didn't use the rules relating to civil capacity of natural persons. In this paper, the extinguish of the curatela is also analyzed. These issues are being discussed in other legal systems and this paper will discuss them, as well.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad. Curatela. Capacidad jurídica. Juez Edwin Bejar. Interdicción. Medidas de apoyo y salvaguarda. Enfermedad mental.

KEY WORDS

Disability. Curatela. Legal capacity. Judge Edwin Bejar. Interdiction. Support and safeguard measures. Mental illness

* Docente de Derecho Civil en el Postgrado y Pregrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Docente de Derecho Civil en la Universidad de Lima, Docente de Derecho Civil y Derecho y Literatura en la Universidad Jesuita Antonio Ruíz de Montoya, Arbitro de la Cámara de Comercio de Lima, Socio del Estudio Capuñay & Cieza.

1. INTRODUCCIÓN

El Juez del Tercer Juzgado de Familia del Cuzco, Dr. Edwin Romel Béjar Rojas, ha emitido una sentencia el quince de junio de 2015¹ que hace temblar el sistema jurídico civil en el Perú, pues empleando el control difuso, ha inaplicado los artículos 43 numeral 2 y 44 numerales 2 y 3 del Código Civil, los mismos que se refieren a la capacidad civil de las personas naturales y así, en un proceso judicial de interdicción ha reconocido la capacidad plena de quienes solicitaban se declaren interdictos por su condición de “personas con discapacidad social”². Asimismo, en el segundo numeral de la parte resolutive de la sentencia el Juez ha indicado que “las personas con discapacidad sicosocial e intelectual tienen derecho de acceso a la pensión sin restricción alguna por motivos de discapacidad, incluyendo la pensión de orfandad por incapacidad, con el pleno respeto de su capacidad jurídica conforme lo establece el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad”. Por consiguiente, en el numeral 3 del Fallo ha dispuesto que las personas con discapacidad deben contar con “medidas de apoyo y salvaguarda”, las mismas que señala en ese numeral.

Si este remezón al sistema civil peruano era necesario es lo que trataremos de delinear en el presente artículo.

Con la sentencia que comentaremos, el Juez Béjar se coloca del lado de la posición de la Comisión Revisora del Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona.

Para que se vea la trascendencia de lo que estamos tratando, debemos señalar que lo que se busca con esta sentencia, además de resolver el caso concreto, es eliminar normas del Código Civil sobre capacidad jurídica que vulnerarían las normas internacionales, así como eliminar del espectro jurídico al proceso de interdicción, además de la ablación del ordenamiento civil peruano de una figura como la curatela. Nada menos.

El caso que lleva al Juez Béjar a emitir esta trascendente sentencia es uno de los cientos de casos de interdicción de personas con una discapacidad mental (en este supuesto dos hermanos diagnosticados con esquizofrenia paranoide) que necesitan atravesar por las tortuosas arenas del Poder Judicial para que se les declare interdictos y se les nombre curador (y éste se inscriba en el Registro Personal) a fin de que puedan cobrar la pensión de orfandad de su ascendiente fallecido o acceder al Seguro Social para atenderse de sus aflicciones. No habría otra salida, si se desea acceder a la pensión o atenderse de la enfermedad padecida, que cum-

plir la sacra formalidad que exige la representación legal. En caso de no hacerlo, nunca se podrá lograr la entrega de la pensión o acceder al seguro al que se tiene derecho. En caso de seguir el proceso de interdicción, habrá que esperar el funcionamiento de un sistema judicial kafkiano, surrealista en muchos casos, que puede durar años, con el consiguiente desgaste en tiempo, dinero y esfuerzo de los familiares del enfermo o discapacitado y de la mella en la salud del mismo. Mientras tanto, las personas, como los dos hermanos de nuestro caso, sucumbirán por la falta de dinero para su manutención o empeorarán en su afección mental por la carencia de controles o acceso a las medicinas farmacológicas que son indispensables para el tratamiento que permitan, de alguna forma, equilibrar el sistema neuroquímico de nuestro complejísimo cerebro.

Comienzo, desde ya, sublevándome contra un aparato estatal que privilegia la formalidad administrativa de un frío TUPA a la real necesidad de sus ciudadanos. ¿Cómo es posible que se exija a pacientes, como los de nuestro caso, que se sometan a un proceso judicial en que sean demandados por su madre para luego (probablemente en años) ser declarados interdictos y consiguientemente designárseles un representante (curador) a fin de poder cobrar una pensión que generalmente es mi-

¹ La sentencia puede ser descargada en el siguiente enlace: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc02072015-183616.pdf

² Primer numeral de la parte resolutive de la sentencia comentada.

sérrima, pero necesaria? Un Estado insensible, en donde el sujeto débil es considerado innecesario o prescindible debe ser urgentemente reformado o desaparecer para dar lugar a un nuevo Estado. Ya se podrá vislumbrar mi opinión sobre la sentencia materia de análisis, pero una cosa es mi postura como ciudadano y otra el estudio jurídico que se pretenda hacer de instituciones civiles que tanta trascendencia histórica han tenido desde el derecho romano.

En la demanda materia de este breve artículo se pretende por parte de Marta Rosalvina Ciprian de Velásquez la interdicción de sus hijos Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian por padecer de esquizofrenia y se designe como curadora a la madre. La demanda es planteada contra Wilbert, Rubén (preinterdictos) y Milagros Vásquez Ciprian (la hermana).

De los fundamentos de hecho, se puede advertir que antes de acudir a este proceso judicial la señora Rosalvina acudió a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) para cobrar la pensión de orfandad que les correspondía a sus hijos luego de la muerte de su cónyuge, el causante Justo Velásquez León. Acudió a la ONP con los certificados médicos que acreditaban que sus hijos Wilbert y Ruben tenían esquizofrenia paranoide desde hace veinte años y se encontraban medicados y con atención psiquiátrica desde hace muchos años; de igual manera estaban discapacitados para ejercer trabajo remunerado. Sin embargo, la ONP, basándose en regulación administrativa interna, res-

pondió que no procedía otorgar la pensión solicitada porque tenía que declarar incapaces a sus hijos mediante un proceso de interdicción y luego designar un curador para que, en representación, de los hermanos, pueda cobrar la pensión de orfandad. Es ante esta situación, que la madre, resignada, acude al Poder Judicial a con el objeto de obtener una sentencia de interdicción a fin que la designen como curadora de sus hijos a quienes ha protegido y cuidado durante toda su vida. Es aquí en donde el azar hace que el caso caiga en el Tercer Juzgado de Familia del Cusco.

Es importante citar la delimitación de la controversia por parte del Juzgado. Así señala:

1.1. Antes de ingresar en el análisis de los argumentos de la demanda y si corresponde declarar la interdicción de los demandados que son personas con discapacidad sicosocial, este Juzgado entiende que A EFECTOS DE LA SENTENCIA es pertinente DESARROLLAR preliminarmente sobre los derechos de las personas con discapacidad y normatividad internacional y nacional vigente; la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, su problemática en su reconocimiento, su tratamiento en nuestro país y por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; y la protección del control difuso de la convencionalidad como mecanismo de protección de los dere-

chos de las personas con discapacidad.

1.2. El segundo tema del que se ocupará esta sentencia analizando el caso, es determinar si al aplicarse el numeral 2 del artículo 43 o numerales 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil referidos a la incapacidad absoluta y relativa de ejercicio como causal de interdicción invocados en la demanda, se vulnera el reconocimiento al igual derecho a la capacidad jurídica de los demandados en su condición de personas con discapacidad sicosocial y si es posible aplicar el control difuso de convencionalidad para el caso concreto.

1.3. Asimismo, es objeto de la presente sentencia, determinar si es posible establecer a favor de los demandados un sistema de apoyo para la toma de decisiones y establecer salvaguardas, en especial, en relación con el ejercicio del derecho de acceso a la pensión, considerando que el motivo por el cual se solicita la interdicción de los demandados es a fin de que pueda tramitarse a su favor la pensión de orfandad por incapacidad de su causante su (sic) progenitor por el Poder Judicial y la Oficina de Normalización Previsional, en adelante la ONP, esto en razón que se les exige para acceder a la referida pensión como requisito adjuntar la resolución judicial de interdicción de sus hijos y nombramiento de curador.

El juez da como primerísima razón para su sentencia la sujeción del Estado Peruano a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, en particular al artículo 12 de dicho instrumento internacional. Así, este artículo señala:

Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. *Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida.*
3. *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
4. *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas a ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses, ni influencia indebida,*

que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible, y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o por un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten los intereses de las personas.

5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes, tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

Aspecto central reconocido por el Juez es una nueva forma de apreciar la capacidad jurídica, en concordancia con la Convención de las Personas con discapacidad (CDPD), como aspecto del Derecho de las Personas. Como se aprecia, la personalidad jurídica y la capacidad jurídica son colocadas en un mismo plano de reconocimiento por parte de la CDPD. De esta forma, la subjetividad y la personalidad son consideradas un solo concepto y la capacidad jurídica absorbe a la llamada capacidad

de ejercicio. Por lo tanto, de acuerdo con la CDPD los discapacitados tienen capacidad de ejercicio al igual que todas las demás personas no discapacitadas, lo cual en definitiva es una manera jurídica más acorde con la tutela de los sujetos débiles. No se podría señalar que un sujeto discapacitado es un incapaz de ejercicio pues una cosa es ser discapacitado por alguna circunstancia física o psíquica y otra cosa es ser un incapaz por decisión de una norma jurídica.

La CDPCD también establece los apoyos que los estados brindarán a las personas con discapacidad. Como en el Perú no existe una regulación sobre los apoyos a que se refiere la norma supranacional, el juez, en un ámbito generador de respuestas a las situaciones presentadas y tomando en consideración la tutela de los dos discapacitados, ha establecido en el punto 9.7. numeral 10 de la sentencia un sistema de apoyo en favor de los hermanos

La sentencia materia de comentario al respecto establece:

“10.-del Sistema de Apoyo en la toma de decisiones a favor de los demandados.

Es obligación del estado conforme a la CDPD, no solo el reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sicosocial, como en el presente caso, también a su vez subyace la obligación de asegurar alternativas para el ejercicio de la capacidad jurídica con apoyos, de ser neces-

rio. Al respecto, el artículo 12 de la CDPCD exige al Estado peruano adoptar las medidas pertinentes para proveer el acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

El juez define el “Apoyo” como un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. De esta manera, ejemplifica algunas situaciones en las que el apoyo puede operar en ayuda de los discapacitados, como en el supuesto de que coadyuven con el discapacitado para ejercer su capacidad jurídica respecto a concretos tipos de decisiones. Menciona otras formas de apoyo como “el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. También es mencionado el apoyo que incluya medidas “relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad” como el caso de la exigencia de los bancos o entidades financieras que proporcionarían información en formatos comprensibles y adecuados para el discapacitado o interpretación profesional en el lenguaje de señas para que el discapacitado pueda celebrar la mayor cantidad de negocios jurídicos de distinta complejidad. Aquí el bagaje de situaciones en que se pueden manifestar los apoyos es casuístico y se pueda manifestar de muy diversas maneras de acuerdo a la situación concreta del discapacitado.

Aspecto importante es que una persona discapacitada y que

sabe que en algún momento próximo o mediato puede perder la posibilidad de expresar su voluntad puede solicitar anteladamente que se respete su voluntad y preferencias.

De manera innovadora y dándole un mayor sentido a la presencia de los profesionales que están a disposición del Poder Judicial, el juez pone a disposición de los hermanos el equipo multidisciplinario de la Corte, como el médico psiquiatra, el psicólogo, la asistente social, la educadora. Esta es una medida que no he leído en otras sentencias sobre interdicción y me parece sumamente loable de parte del magistrado que ha resuelto esta causa. Ahora, cuando digo que me parece loable, no significa que el magistrado es extremadamente bondadoso y dadivoso; posiblemente lo sea, pero eso no está en discusión. Lo que ha hecho el magistrado es darle un sentido y contenido al término “apoyo” de la CDPCD y ha concretado medidas para tutelar, de acuerdo al caso concreto, la capacidad jurídica de los discapacitados. En el mismo sentido, el Juez señala:

Cabe precisar que la determinación judicial de los apoyos debiera constituirse como una práctica excepcional frente a la falta de un desarrollo legislativo que dote de contenido al mandato del artículo 12 del CDPCD y, por tanto, debe ser revisada al menos cada seis meses. De conformidad con el artículo 12 de la CDPCD, todas las formas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica deben

estar basadas en la voluntad y preferencias de la persona. En ese sentido, el juez debe asegurar que el apoyo establecido responda a la voluntad y preferencias de los demandados.”

Luego de escuchar a los hermanos Wilbert y Ruben, el Juez decidió que los apoyos que los orienten y coadyuven en la toma de sus decisiones sean su madre y su hermana. Es importante pues que un juez, en estos casos, escuche a los discapacitados, para, de esta manera, tomar una decisión acertada. No se puede adoptar una decisión judicial en una torre de babel como si la realidad no existiera. Esa forma de tomar decisiones cuando se trata de sujetos con alguna discapacidad, sin escucharlos y, lo que es peor, sin querer escucharlos, es una manera prepotente, abusiva y discriminatoria que habla mal de una persona sentada en el despacho judicial. Por eso se debe realzar la decisión del Juez del presente caso que no solamente se ha preocupado por justificar jurídicamente su demanda sino que ha escuchado a los discapacitados para apreciar de primera mano su requerimiento.

El juez también ha establecido, con razón, que Wilbert y Ruben pueden heredar sin ninguna limitación (ni necesidad de interdicción) o manejar sus asuntos económicos. Sin embargo, ha señalado que para el caso de la enajenación de los bienes o el gravamen de éstos, endeudarse o situaciones análogas, deben participar los apoyos bajo sanción de nulidad. La multiplicidad

de situaciones que se pueden dar en la realidad determinará el contorno de los apoyos pero para este caso concreto parece razonable que para los actos que pueden generar una situación de desventaja para Wilbert y Ruben tengan la orientación, el consejo y la experiencia de personas en las que han confiado toda su vida. Esto no implica una similitud con los menores de edad que pueden heredar pero no pueden celebrar negocios jurídicos de carácter patrimonial salvo aquellos actos que son ordinarios de su vida diaria (ex artículo 1358 del C.C.) por lo que este tipo de operaciones comerciales tienen que celebrarse a través de sus representantes legales. En el caso de los discapacitados que como Wilbert y Ruben tienen voluntad pero requieren una orientación y ayuda, ellos sí pueden celebrar negocios por sí mismos pero requieren el apoyo de las personas que han instituido, siempre respetando sus preferencias y voluntad, así como velando por sus intereses. Tal como ha señalado la sentencia haciendo mención a la Observación general N° “01 del Comité de la CDPD³ “(...) debe dejarse claramente establecido que la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad es el principio general y cualquiera sea el apoyo deben ser ampliamente graduados, temporales y proporcionales, teniendo siempre por objetivo la plena inclusión y desarrollo de las personas con discapacidad en todos los

ámbitos de la vida. La sentencia señala :

“Es así que la intensidad del Sistema de Apoyo debe ser proporcional y graduado en cada caso concreto; siendo que para el presente caso, se ha considerado que los hermanos Wilbert y Ruben, aún pueden manifestar su voluntad, expresar sus preocupaciones como lo han hecho ante este Juzgado; sin embargo es necesario solicitar a los demandados, que deben ser prudentes y responsables al decidir hacer o no hacer cualquier cosa con su persona y sus bienes, ser consecuentes con su tratamiento y no dañarse ni hacer daño a otras personas. Queda claro para el Juzgado, que al otorgar un sistema de apoyo, aún queda mucho por desarrollar por parte del estado e imitar experiencias de otros países e implantar buenas prácticas desde los órganos Jurisdiccionales, en forma, modo e intensidad de apoyo, su seguimiento y como aplicarse para los diversos casos de discapacidad intelectual y sicosocial.”

Sobre la posición que ha adoptado el Juez del caso, ya me he pronunciado en su oportunidad a raíz del caso de los enfermos de mente señalando:

“En síntesis considero que debe existir una normativa que tutele los derechos subjetivos del sujeto débil

enfermo de mente y que sea acorde con el respeto a su dignidad como sujeto de derecho que merece una protección especial por parte del Estado. La declaración de interdicción del sujeto débil y el nombramiento de un curador al amparo de las normas del código civil no pueden significar su “enterramiento” como sujeto de derecho, no puede implicar su desaparición del mundo jurídico, el sujeto débil tiene el derecho a que se respete su capacidad jurídica y la de obrar para lo que no se sienta incapacitado. Las normas no son blancas, rojas o negras sino una variedad de claroscurros que representan las infinitas posibilidades de la realidad y en este caso de las diversas formas en que se manifiesta el trastorno mental. Una mirada a la normativa, a la doctrina y a la jurisprudencia italiana nos puede servir para sensibilizar a nuestros legisladores y ser más consecuentes con la obligación de proteger a los que padecen de enfermedad mental.”⁴

Respecto a la administración de apoyo italiana que habría servido de inspiración, entre otras legislaciones europeas, y los sistemas de apoyo, llamados administraciones de asistencia, nos hemos referido en otro trabajo manifestando nuestra parcial adhesión. A raíz casualmente de los dis-

³ Un Comité de un Convenio o Tratado Internacional es un ente que hace el seguimiento al cumplimiento del Tratado o Convenio y emite recomendaciones a los Estados Partes para su debida implementación.

⁴ Cieza Mora, Jairo. “La discapacidad mental y la necesidad de una regulación más humanitaria en el Perú. Una mirada desde el Derecho de Personas”. En: Gaceta Civil & Procesal Civil. Gaceta Jurídica, Tomo 24, Lima, junio de 2015, p. 182.

capacitados por enfermedad mental, la administración de asistencia italiana y el anteproyecto de modificación del Código Civil a propósito de las personas con discapacidad, es de reiterar lo siguiente: “Este apartado que ahora cerramos revela la administración de asistencia como institución flexible que rescata la capacidad del enfermo de mente, inclusive sus “destellos” y se convierte en una herramienta jurídica de comprobada efi-

ciencia que debe ser evaluada en su aplicación para nuestro país, tomando en cuenta las características socio culturales del mismo. Sobre la administración de asistencia en el Perú se ha propuesto el **anteproyecto de ley que modifica el decreto legislativo 295 del código civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica y su implicancia en los libros de personas, acto jurídico, familia y sucesiones**⁵. Este anteproyecto recoge lo

que hemos venido comentando sobre la Administración de Asistencia y relega la figura de la interdicción, situación que debe examinarse y debatirse pero que estamos seguros se basa en principios de solidaridad que velan por la dignidad del enfermo de mente por lo que es obligatoria su discusión en los ambientes académicos, políticos y sociales de nuestro país, puesto que en lo principal recoge el respeto a la persona con discapacidad mental

⁵ El anteproyecto referido en lo sustancial prevé lo siguiente:

Artículo 44°.- Modificación del artículo 44° Código Civil

Modifíquese el artículo 44° del Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 44°.- Sólo por ley pueden establecerse restricciones a la capacidad de ejercicio de la persona humana. La discapacidad no comporta en ningún caso una restricción de la capacidad de ejercicio

Artículo 45°.- Modificación del artículo 45° Código Civil

Modifíquese el artículo 45° del Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 45°.- Las personas con discapacidad pueden designar representantes o contar con apoyos de su libre y voluntaria elección según las disposiciones de este Código y de las leyes especiales.

Artículo 564°.- Modificación del artículo 564° Código Civil

Modifíquese el artículo 564° del Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 564°.- La persona con discapacidad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos que considere pertinentes para posibilitar su capacidad de ejercicio.

Artículo 565°.- Modificación del artículo 565° Código Civil

Modifíquese el artículo 565° del Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 565°.- Los apoyos son formas de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias, y la manifestación de la voluntad.

Artículo 566°.- Modificación del artículo 566° Código Civil

Modifíquese el artículo 566° del Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 566°.- La persona con discapacidad determina la forma, alcance y duración del apoyo.

Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.

Artículo 567°.- Modificación del artículo 567° Código Civil

Modifíquese el artículo 567° del Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 567°.- Las entidades públicas y privadas garantizan las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables que se requieran para facilitar la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad.

Artículo 568°.- Modificación del artículo 568° Código Civil

Modifíquese el artículo 568° del Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 568°.- La persona con discapacidad puede designar ante una notaría o un juez de paz letrado una o más personas de apoyo para facilitar su capacidad de ejercicio. Deben prestarse las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables necesarios para la realización de este acto.

Artículo 568-A°.- Modificación del artículo 568-A° Código Civil

Modifíquese el artículo 568-A° del Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 568-A.- Toda persona mayor de edad puede designar por escritura pública el o los apoyos que considere necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para su capacidad de ejercicio. Asimismo, la persona puede disponer en qué personas o instituciones no debe recaer tal designación, así como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir. En la escritura pública debe constar el momento en que estas directivas entran en vigor.

Art. 569°.- Modificación del artículo 569° Código Civil

Modifíquese el artículo 569° del Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 569°.- El juez puede determinar de modo excepcional los apoyos necesarios cuando la persona con discapacidad se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad, incluso después de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y sea necesario para el ejercicio y protección de sus derechos.

El proceso se inicia por una persona con legítimo interés o por el Ministerio Público.

El juez debe determinar sobre quien recae el apoyo, el tipo de apoyo necesario, sus alcances y directrices, respetando la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y atendiendo a su trayectoria de vida.

y salvaguarda sus aptitudes y capacidad inclusive en aquellos casos en que solamente se ven estos “destellos” de vida que por ser tales merecen ser rescatados y protegidos por el derecho.”⁶

Revisado el tema, me ratifico en lo sustancial de lo señalado en el artículo citado pero ahora tengo un sustento mayor con la sentencia emitida por el magistrado del caso materia del presente comentario.

El juez, al referirse al control de la convencionalidad como mecanismo de protección de los derechos humanos señala en el numeral 7.4 que:

“En cuanto al control difuso de Convencionalidad se entiende que el estudio de una ley bajo esta teoría conforme a lo ya expresado, debe hacerse de oficio, es decir, aunque las partes no lo pidan, los Jueces deben analizar si una ley va o no en contra de una Convención Internacional de Derechos Humanos, y por ello se llama “Control de Convencionalidad Ex Officio”. Acorde con lo ya referido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias emitidas en los últimos años, ha establecido que todos los jueces deben garantizar la vigencia de los derechos previstos

en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el supuesto que disposiciones internas violen esos derechos deben declarar su invalidez mediante el control de convencionalidad, realizado aún sin pedido de parte. Al materializar dicho control, los jueces nacionales están obligados no solamente a aplicar la Convención Americana sino también la Jurisprudencia de la Corte.”

A nivel de normativa interna en congruencia con la CDPCD, la Ley General de la Persona con Discapacidad señala:

“Artículo 1. Finalidad de la Ley La presente Ley tiene la finalidad de establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica.”

El artículo 9° de la Ley en comentario, afirmando la igualdad de la persona con discapacidad. establece:

“Artículo 9°. Igual reconocimiento como persona ante ley

9.1 La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.

9.2 El Estado garantiza el derecho de la persona con discapacidad a la propiedad, a la herencia, a contratar libremente y a acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiera. Asimismo, garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad.” (resaltado nuestro)

Como se puede apreciar, la Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPLD), en concordancia con la CDPCD, reconoce la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y establece que el Código Civil regula los sistemas de apoyo.

Como sabemos, nuestro Código Civil no regula ningún sistema de apoyo y ha sido el juez quien creativa y sensiblemente ha establecido tales apoyos en el caso concreto. Nuestro Código Civil regula institucio-

La persona con discapacidad puede negarse al apoyo en cualquier momento del proceso

Artículo 579°.- Modificación del artículo 579° Código Civil

Modifíquese el artículo 579° del Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 579°.- La persona o personas que realizan el apoyo están exentas de la obligación de garantizar su gestión, salvo lo dispuesto en el artículo 426.

⁶ Cieza Mora, Jairo ob. cit., p. 185. Debo resaltar que en el caso italiano no ha desaparecido la interdicción que se mantiene para los enfermos graves de mente en contra de lo deseado por el profesor Paolo Cendon, que era adherente a la eliminación de la interdicción e inhabilitación, como nos informa Mauro Grondona en su artículo “Sujetos débiles y medidas de protección en la experiencia italiana” publicado en: Actualidad Civil. Volumen 7, enero de 2015, pp. 60-68.

nes jurídicas romanas de honda inserción en las mentes de los juristas y legisladores como la curatela.

Creo que es un hecho concreto que la curatela y el proceso de interdicción en el Perú no han funcionado. Han sido burocráticos, formalistas, ineficientes. En la práctica, estas normas mal instrumentalizadas por los operadores de justicia habrían perjudicado a los discapacitados más que apoyarlos y un ejemplo lo tenemos en el caso de Wilbert y Rubén que habrían sido sometidos a un largo proceso y en el interregno estarían privados de lo que se buscaba para ellos, una pensión de orfandad (para la compra de sus medicinas por ejemplo) y la legitimación para que puedan heredar bienes de su padre.

De otro lado, ya se ha dicho que la institución de la interdicción y de la curatela lo que han generado es la sustitución de la voluntad de los discapacitados por la voluntad del curador no importando, en la práctica, si éste actuaba en beneficio o de acuerdo a los intereses y preferencias del discapacitado, con lo cual no se tutelaba su dignidad y se le convertía en un “muerto civil”. Un recuento de sentencias peruanas en materia de discapacidad mental se puede apreciar en el trabajo del Profesor Juan Espinoza Espinoza⁷, que en su apartado V desarrolla jurisprudencialmente la aplicación de la LGPD. Por ejem-

plo, me llama la atención la percepción diferente que el curador y el Tribunal Constitucional tienen de la curatela que se expresa de la siguiente manera:

“Respecto del derecho a la **autodeterminación de las personas con discapacidad mental**, se advierte que:

“ (...) En el acta de constatación y situación física de la señora Luz Margarita Bustamante Candiotti, obrante a folios 10, debe enfatizarse lo afirmado por la beneficiada, en cuanto no desea permanecer en la Casa de Reposo Divina Salud, sino que preferiría estar en la casa de Elsa Haro Candiotti, quien es su prima. Al respecto, el demandante ha expuesto en el escrito del 16 de octubre de 2008 (folio 52) que el a quo habría dado crédito a la declaración de la favorecida, cuando éste sabría muy bien **“que la versión de la incapaz no se debe tener en cuenta, debido a que es el curador quien vela por su cuidado personal, moral y patrimonial, por cuanto no se puede decir a la vez que es incapaz absoluto y luego decir que su dicho tiene validez”** (cursiva y resaltado nuestro).

El Tribunal Constitucional ha señalado sobre el particular:

“(…) Sobre este punto en particular, es importante

que este Tribunal Constitucional exprese su posición sobre la materia. En la sentencia Exp. N° 02480-2008-PA/TC este Colegiado expuso que “la Constitución reconoce a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta por su condición psíquica y emocional, razón por la cual les concede una protección reforzada para que puedan ejercer los derechos que otras personas, en condiciones normales, ejercen con autodeterminación” (fundamento 13). Sin embargo de ello no se debe inferir de ningún modo que las personas con discapacidad mental adolezcan de voluntad o que su voluntad no tenga valor alguno” (cursivas y negritas nuestras).

En ésta y otras sentencias, el Tribunal Constitucional ha actuado velando por la tutela de la dignidad de las personas con discapacidad, por lo que ha señalado el camino a nivel constitucional para la protección de los derechos de los discapacitados.

En su mensaje a la Nación del 28 de Julio de 2015, el Presidente de la República anunció la implementación de un programa que comenzaría este mes en Tumbes, para una pensión no contributiva para personas con discapacidad severa que equivaldría a 150 soles. Nos parece correcta esta iniciativa, pero

⁷ Espinoza Espinoza, Juan (2014). “Análisis legislativo y jurisprudencial de los Derechos de las Personas en la reciente experiencia jurídica nacional”. En: Estudios Críticos sobre el Código Civil. Lima: Gaceta Civil & Procesal Civil, Gaceta Jurídica, p. 167y 168

lo que no sería correcto es exigir a las personas con discapacidad severa mental que tengan que atravesar por el proceso judicial de interdicción y que se les nombre un curador. Esta exigencia desnaturalizaría el programa del Gobierno ya que sería absurdo que para cobrar 150 soles mensuales se tenga que concluir un proceso de interdicción y curatela. Me inclino por aquellas voces que señalan que en esta materia se deberían flexibilizar el régimen de poderes y facilitar que los apoyos fácticos que vienen dándose reconozcan tal situación ante el juez de paz o el notario y puedan cobrar la

indicada pensión. Algo similar sucedió en el Programa Social “Pensión 65”.

Finalmente, lo que se busca con la sujeción de las normas a la CDPCD es variar el sistema de la sustitución o subrogación de voluntades por uno de apoyos, basado en un criterio que vaya acorde con la dignidad del discapacitado y la sentencia del Juez Bejar va en ese sentido.

En virtud a lo expuesto, me complace que exista un Juez como el Dr. Béjar que dejando de lado los formalismos (que es el uso excesivo de las for-

mas) hace justicia y ordena el pago de la pensión de orfandad a estos dos hermanos afectados por discapacidad. Asimismo, si bien es cierto hay que tomar con prudencia la derogación de los artículos del Código Civil referidos a la curatela y a la interdicción, y reemplazarlos por un sistema de carácter social como el de los sistemas de apoyo, sentencias como las que acabo de describir me hacen pensar que la vía adecuada debería ir por una aplicación creativa y al mismo tiempo concreta de la CDPCD.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA FRENTE AL CONCEPTO DE PERSONA

*Julieta Melo Correa**

Recibido: 05.07.2015

Aprobado: 08.08.2015

RESUMEN

El presente estudio trata acerca del concepto de “Persona”, a partir de la revisión normativa de su tratamiento en la legislación colombiana, haciendo un análisis crítico de la misma, teniendo en cuenta la naturaleza del ser humano.

ABSTRACT

This study discusses the concept of “Person” as used in the Colombian law and makes a critical analysis of how the law uses such concept, given the nature of human beings.

PALABRAS CLAVE

Inicio de la vida - Status jurídico de la persona - Protección del nasciturus.

KEY WORDS

Beginning of life. Individual's status. Protection of the unborn child.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho de Familia en Colombia, don Andrés Bello no pudo prever en su Código Civil los grandes problemas jurídicos que se plantearían en la actualidad como consecuencia del desarrollo

tecnológico, biológico, médico y científico. La velocidad con la que crecen las posibles y probables aplicaciones del saber científico han trastocado a nivel legal uno de los conceptos básicos de todo ordenamiento jurídico, como lo es el concepto legal de persona en el Có-

digo Civil colombiano (Art. 33¹ y 74²), específicamente en lo que hace mención al concepto de personalidad jurídica del nasciturus (Art. 90³ y 91⁴) enmarcando su definición dentro de un ordenamiento jurídico mixto tales como en los países de China, Francia, Italia, Ni-

* Abogada colombiana. Magister en Bioética por la Universidad Libre Internacional de las Américas.

¹ Artículo 33 C.C. de Colombia.- La palabra persona, en su sentido general se aplica a la especie humana, sin distinción de sexo.

² Artículo 74 C.C. de Colombia.- Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

³ Artículo 90 C.C. de Colombia.- La existencia legal de toda persona principal al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

⁴ Artículo 91 C.C. de Colombia.- La ley protege la vida del que está por nacer.

El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

caragua, Portugal, R. de Cabo Verde, Chile, quienes consideran que el nacimiento vivo determina la personalidad, pero se le otorgan al nasciturus algunos derechos en suspenso que garantizan su protección y el respeto de sus derechos fundamentales, quedando claro que en Colombia se niega rotundamente la personalidad del concebido.

No obstante que la Constitución Política⁵ y la jurisprudencia colombiana, brindan protección al nasciturus desde el momento de la concepción hasta el final de su existencia física, existe en el derecho colombiano grandes divergencias o contradicciones resultante de la interpretación sistemática de varios artículos legales correspondientes al Código Civil Colombiano, Código Penal, Constitución Política de 1991 y jurisprudencia de la Corte Constitucional y la misma Sentencia C-355 del 2006, con la cual se despenaliza el aborto en Colombia en tres situaciones específicas: 1). Cuando el embarazo constituya peligro para la salud o la vida de la mujer. 2). Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida. 3). Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento (violación), abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de ovulo fecundado no consentida, o de incesto; lo anterior con el agravante para

los jueces quienes deben fallar basados en la Constitución y la ley, no en convicciones religiosas, políticas, filosóficas. No fallar un caso de IVE, dará lugar a responsabilidad del Estado por falta de acción de sus funcionarios y el juez podrá ser sancionado penal y disciplinariamente según T-946/08, T-388/09; igual consideración se aplica para los médicos que se nieguen a practicar el aborto, pues no cuenta la objeción de conciencia.

Con la promulgación de la referida sentencia, se infiere claramente que no le reconoce el carácter de persona al nasciturus al colegirse en uno de sus apartes la protección de la vida en gestación y no el carácter de persona del nasciturus, utilizándose en dicha sentencia argumentos propios del utilitarista Peter Singer como: Solo es persona quien goza y es capaz de libertades, por lo tanto tiene derecho a la vida quien tiene autonomía y capacidad de concebir el futuro⁶, imponiendo la Corte su propia postura sin haber precisión legal, decidiendo sin consenso político, delimitando el alcance del legislador, desconociendo su propia jurisprudencia y la misma Constitución Política, olvidando que la función de la Corte Constitucional es vigilar que las normas no contradigan la Constitución.

Por lo tanto, no le corresponde definir el concepto de persona y sobre todo negarle la posibilidad al nasciturus de ser

persona al ponderar derechos fundamentales en la mujer, estableciendo la Corte una diferencia entre él bebe in-útero y él bebe ex-útero, imponiendo una decisión desfavorable para el no nacido por el mero cambio de escenario que se traduce en un incremento absoluto de disponibilidad del embrión, quedando reducido a “mera estructura celular”, o “cosa”, llevando al nasciturus a un empobrecimiento del concepto sin precisión de lo que significa “PERSONA”, sujeto a criterios utilitaristas y demonizados, quienes reconocen la dignidad solo a quien se muestre en condiciones de ejercer su autonomía, provocando una “dislocación” de los conceptos de ser humano y persona, dejando claro que “el nacimiento determina la personalidad”, como si se tratara del “ser hombre” en vez de el “ser humano”, desdibujándose con ello el concepto, despreciándose al ser humano como titular de derechos y deberes intrínsecos e inalienables, quedando los derechos del nasciturus sometidos al poder del Estado y del derecho positivo colombiano y quienes a la final, determinan quién es persona según soplen los vientos políticos, sin tenerse en cuenta argumentos razonables que involucren principios Bioéticos, conceptos y valores, compartidos por las distintas visiones omnicomprendidas presentes en una sociedad democrática, donde se tengan en cuenta la moral cristiana, una bioética con fundamentación

⁵ Constitución Política de Colombia, Art. 11: El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

⁶ Singer, Peter Albert David. Ética práctica. Cambridge University Press, segunda edición, 1995, pgs. 113, 117, 118, 121, 122, 124, 125.

personalista y no un consenso social de pocos, fundamentado en intereses particulares exclusivos de un grupo minoritario como resultado de un forcejeo político, lo que conduce al ordenamiento jurídico colombiano a ofrecer una arcaica y dual definición del concepto de persona, provocando los mayores riesgos de indefensión para el no nacido.

Lo anterior, pone de manifiesto la visible incongruencia de algunos juristas respecto al concepto de persona del nasciturus, no siendo compatible con los postulados de la Constitución Política de Colombia -considerada norma de normas-, el mismo preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948, el preámbulo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, entre muchos otros.

Por tales razones y con fundamento en la Constitución Política de Colombia, el Código Civil, el Código Penal y algunas jurisprudencias colombianas, haré a continuación, en tres etapas, un análisis al respecto, en donde podrá evidenciarse la divergencia de conceptos jurídicos en Colombia, tratando el particular en el siguiente orden:

- 1.- Antecedentes jurídicos del concepto “*persona*”.
- 2.- Aspecto normativo. Descripción y críticas, exponiendo razones suficientes para el replan-

teamiento del concepto de “*persona*”.

- 3.- Fundamentación para atribuirle al nasciturus el carácter de persona desde la concepción.
- 4.- Conclusiones.

2. ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL CONCEPTO “PERSONA”

El vocablo “*persona*” ha evolucionado desde un concepto atécnico a uno técnico-jurídico, vinculado a la capacidad patrimonial propia del Derecho Civil colombiano, hasta llegar al concepto valórico -institucional de persona; es así como el concepto jurídico de persona se va forjando como un modo de argumentar comportamientos sociales -patrimoniales- de derechos susceptibles de generalización.

En la primera etapa se dio el concepto atécnico: “*persona*”, viene del latín *persona*, este del etrusco “*phersu*” y este se deriva de “*πρόσωπον*” voz griega *proswpekon* (*prosopeion*), que significa “máscara que cubría el rostro del actor o desempeñar un papel”; posteriormente, fue utilizada por los romanos⁷; poco después, el término *persona* pasó a designar al propio actor enmascarado: “al personaje”: en esta etapa, el término *persona* es utilizado como sinónimo de hombre, respondiendo a las condiciones de cultura, grupo social y político, con influencias de los hebreos

(religión), griegos (filosofía) y romanos (leyes).

En los primeros siglos de la era cristiana, bajo el influjo de la filosofía, el término “*persona*” se refiere a la sustancia de la naturaleza intelectual; posteriormente, se refiere al ser humano considerado “sustancia individual de naturaleza racional”, en la clásica definición de Anicio Manlio Torcuato Severino Boecio(480-524) en el tratado sobre La persona y las dos naturalezas contra Eutiques y Nestorio⁸; posteriormente, San Agustín, Santo Tomás, San Anselmo, hacen un contraste entre persona y sustancia; se van integrando elementos metafísicos, donde “*persona*” es identificada con “identidad personal” y con la “conciencia”, se da la analogía entre lo teológico y lo antropológico generando definiciones más explícitas (“naturaleza y persona”, en Cristo). Frente al pensamiento griego, el judaísmo centra su atención en la historia más que en la naturaleza: el hombre deja de ser un elemento más de la naturaleza para convertirse en un ser distinto a los demás⁹.

En la segunda etapa, llamada técnico-jurídica, “*persona*” tiene una naturaleza funcional y padece de contingencia, pues el vocablo también fue usado jurídicamente como “sujeto legal”, sin que ello denote a “*persona*” como sustancia sino más bien lo que designa el rol jurídico - for-

⁷ Orozco Delclos, Antonio. Fundamentos antropológicos de ética racional. Capítulo I: Que es la persona y cuál es su dignidad. En revista Cuadernos de Bioética, No13, primera edición, 1993, p. 40,41.

⁸ Compleston, Frederick .Historia de la filosofía.9 volúmenes.Barcelona,editorial Ariel S.A., 1994.

⁹ Leibniz, Noveaux Easis. II, XXVII, 9. Tomado de FERRATER MORA, José. Concepto de persona en la filosofía, diccionario de filosofía. Editorial Suramericana-Buenos Aires, 1979, p. 2553.

mal que un individuo o colectividad ocupa dentro de unas relaciones sociales; es decir, que en el derecho romano se le brindaba protección a los actores de la vida social y jurídica, únicos titulares como sujetos de derechos¹⁰; eran personas solo los ciudadanos romanos que se contraponían a los extranjeros y a los esclavos que no podían ser personas jurídicamente; para serlo, deberían reunir tres requisitos: ser libre, ser romano extranjero y ser independiente de la patria potestad.

Desaparecida la sociedad estamental, por aplicación del principio de igualdad proclamado por la Revolución Francesa, la noción jurídica de “persona” se construye sobre la base de la filosofía en concepciones como la de Leibniz (racionalista) Fichte, Scheler, Kant¹¹ (personalista, definió la persona como un fin en sí mismo), Hegel (idealista), Mounier (Personalismo ontológico), Kelsen (quien define al hombre como noción biológica antropológica y psicológica y no como noción jurídica que expresa una función específica del derecho¹²). Poco a poco la concepción dogmática apunta básicamente a la explicación técnica de la categoría conceptual llamada “Derechos subjetivos”; estos precisan de un titular, un sujeto, y este sujeto es el que

recibe el nombre de “persona”. Se trata ya de una categoría conceptual propiamente jurídica, pero de alcance más bien instrumental o técnico; en esta etapa, el punto de inflexión para reconocer o no la personalidad (subjetividad) tiene que ver con los derechos patrimoniales (únicos los que se les considera propiamente derechos) y con la noción de *capacidad*: o sea la aptitud para adquirirlos. En este contexto se va consolidando poco a poco la “teoría de la persona jurídica” como atribución de capacidad independiente a una entidad colectiva en todo parangonable a la persona natural. No se ve en esta etapa ningún inconveniente en considerar que la personalidad se inicia con el nacimiento, hecho visible y cierto que permite consolidar las adquisiciones patrimoniales y a su vez puede terminar con un sucesor legal: la institución de la muerte civil. La concepción de persona como noción técnico-legal llega a su máxima expresión con el normativismo Kelseniano, para quien el término no designa más que un centro de imputación normativa, donde la manualística civil tradicional hoy, suele estar anclada en esta concepción formalista de “persona”.

Esta segunda etapa da lugar a la tercera: etapa jurídico-valorativa o institucional, de la

cual se desprende un concepto de persona desarrollado desde el ámbito constitucional e internacional y cuya influencia produce una reinterpretación de las normas del Código Civil, tratando de superar los modelos positivistas - utilitaristas (P. Singer), consecuencialistas, contractualistas (Warnock, Engelharth), neoutilitarista (inspirados en Stuart y Bertham), principialistas (Childress - Beauchamp), Empiristas - Racionalistas (Hume, Hobbes), para quienes el concepto de persona tiene un denominador común: los seres humanos se clasifican y valen según su categoría, donde la verdadera persona es aquel que tiene autoconciencia, autocontrol, sentido del futuro, capacidad para relacionarse con otros, comunicación, siendo estos los verdaderos indicadores de humanidad¹³.

Se observa que el Derecho no tiene sentido si pretende autojustificarse y que requiere de nociones no solo éticas, sino bioéticas fundamentales, sobre las cuales construirse o modificarse un derecho con sentido humano - espiritual, donde el ser humano es un fin en sí mismo y no un medio¹⁴. El concepto técnico de “persona” como sujeto de derechos y no como “objeto de derechos” adquiere un significado que varía de acuerdo a cada país, convirtiéndose la perso-

¹⁰ Recasens Sichez, Luis. Vida Humana y Sociedad y Derecho. Fondo de Cultura Económica. México, 1940, p. 262.

¹¹ Concepto de persona en la Filosofía. En: http://www.mercaba.org/ARTICULOS/E/el_concepto_de_persona_en_la_filosofia.htm. Fecha de consulta febrero 21 del 2015.

¹² Corral Talciani, Hernán. El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida. Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, 2005, volumen II (1): 37-53.

¹³ *Ibid.* Corral Talciani, Hernán.

¹⁴ Spaeman, Robert, “¿Son todos los hombres personas? En Cuadernos de Bioética: El comienzo de la vida humana: Ética Biológica y Derecho. ISSN 1132-1989, volumen 8, No.31, 3. trimestre julio -septiembre, 1997, págs. 1027-1033.

na en un centro de fundamentación y de desarrollo de todo el derecho.

La tradición jurídica colombiana consagra el concepto de persona como una dimensión jurídica del ser humano nacido vivo, donde el nacimiento y la muerte son los parámetros indiscutibles de iniciación y terminación de la existencia de las personas físicas, las cuales determinan la personalidad del ser humano, lo que indica que hay desprotección jurídica en el ordenamiento colombiano para el *nasciturus*¹⁵ quien no es titular de derechos y deberes, negándosele absolutamente toda posibilidad de la *personalidad* legal.

Esta negación y contradicción de algunos artículos, resultan del análisis sistemático, no solo del Código Civil Colombiano, sino del Código Penal en contraposición con la Constitución Política de Colombia, la Jurisprudencia y el Derecho Comparado, en las que se evidencia la realidad jurídica del *nasciturus* y que a continuación describiré exponiendo las razones que deben tenerse en cuenta para que el concepto de persona sea replanteado.

3. ASPECTO NORMATIVO

3.1 CÓDIGO CIVIL

Los artículos 33, 74, 90 y 93 establecen la definición de persona en los siguientes términos:

Artículo 90: “La existencia legal de toda persona **principia al nacer**, esto es, **al separarse completamente de su madre**. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputara no haber existido jamás”. Dicho artículo, somete el derecho a la personalidad del *nasciturus* a una **condición suspensiva: Sobrevivir a la separación completa de la madre** lo cual significa que desde el momento del nacimiento el hombre es persona, tiene personalidad jurídica, tiene un estado civil como atributo de la personalidad.

Artículo 93: “Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrara el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del inciso del artículo 90 pasaran estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”. En este caso, la norma en comento, le reconoce al *nasciturus* sus derechos patrimoniales **so-**

metidos a una condición: nacer vivo, ello obedece a razones morales, de justicia y políticas acordes con ideas y costumbres justados a un momento histórico¹⁶; el Artículo 33 C.C. establece: “la palabra *hombre, persona* se aplican al individuo de la especie humana”, y el artículo 74 C.C. define que «son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición».

A simple vista, existe una contradicción entre lo consagrado en los Artículos 90, 93 y los Artículos 33 y 74 del Código Civil Colombiano, toda vez que los primeros establecen la existencia de la persona al nacer viva, mientras que los segundos definen a la persona como sinónimo de hombre en su significado genérico que lo identifica como: “todo individuo de la especie humana”. Y, si se considera que la concepción, entendida como la fecundación de un óvulo por el espermatozoide in situ o por fertilización in vitro, no genera ningún otro ser que no sea el ser humano, puede colegirse que se es persona desde la fecundación o fertilización según el Artículo 74 C.C.

Como puede inferirse, el concepto de hombre como ser humano es definido por la ciencia de la naturaleza como realidad natural o científica, y el concepto de *persona*

¹⁵ La gran mayoría de los textos en Derecho Civil, datan del siglo XIX y tal vez sea esta la razón por la cual frente al *nasciturus*, el ordenamiento jurídico colombiano utiliza expresiones como el “concebido”, “el que esta por nacer” y el “que llegará a existir”.

¹⁶ Tafur González, Álvaro. Código Civil colombiano. Bogotá, editorial Leyer, vigesimoquinta edición, ISBN 978-958-711-217-7. Comentado. p. 36, 37, 46.

es elaborado por las ciencias del Derecho, indicando con ello que, el contenido de las normas no se relaciona con la *persona*, sino solamente con los actos de conducta humana, entendiéndose que decir de *un hombre* “*es persona*”, significa que algunas de sus acciones u omisiones constituyen el contenido de normas jurídicas, las que resultan inoperantes, contradictorias, deficientes frente a prácticas de rutina que se realizan en laboratorios de investigación y clínicas de fertilización, al considerarse que es la fecundación *in vitro* la que ha contribuido a dejar en evidencia la genética; para ésta, ningún embrión puede volverse específicamente humano, sino lo era desde el principio, afirmación que impulsa el renacimiento del debate sobre el comienzo de la vida y el concepto de persona, ya que este permanecía reservado al ámbito de la teoría, desde la noción clásica de persona como “substancia individual de naturaleza racional” y de la teoría legal de persona, por cuanto en el ordenamiento colombiano, es el nacimiento el que determina la existencia legal del *nasciturus* con una condición: que nazca vivo y con vida autónoma desde la separación completa de la madre, es decir, la existencia humana se define por el nacimiento y no por la concepción.

Al respecto, la vida humana - existencia humana - no se puede definir por su criterio estático, ni se puede afirmar

que la vida comienza con el nacimiento como lo expresa de manera errónea el Artículo 90 CC, al no poderse hablar de muerte cuando no preexiste el ser y la vida, porque esta existe desde la concepción (fecundación) y no desde el momento del nacimiento, al ser esta una fase posterior a la existencia humana. Por esta razón, el Código Civil, en el Artículo 91 protege la vida del concebido y no nacido, puesto que la vida humana y la existencia comienzan científicamente desde la concepción, sin que ello represente confundir el *nacimiento* con la *existencia*, por ser dos conceptos que corresponden a momentos distintos del mismo proceso de desarrollo vital del ser humano¹⁷.

Por tales razones, es claro que la existencia humana se presenta desde la concepción, ya que la vida del *nasciturus* está en acto de ser, no en potencia, es vida animada que continua el proceso del libre desarrollo de la personalidad hasta el momento del nacimiento. Por ello, la legislación colombiana no puede separar la existencia biológica de la existencia jurídica de la persona, porque la vida es una única realidad biológica, jurídica y dinámica, anterior y superior a la existencia del Estado; es anterior al nacimiento y no como lo argumenta el Código Civil colombiano en su artículo 91, no pudiendo separarse la existencia biológica de la jurídica, por tratarse de una misma *persona* y una única realidad humana

individual, porque la vida desde que comienza es un ciclo continuo hasta la muerte¹⁸.

Lo anterior significa que el reconocimiento de los derechos humanos y los derechos del *nasciturus* no admiten gradualidades ni condicionamientos, porque si estos derechos se predicen de “todos los seres humanos”, el criterio para su reconocimiento debe ser objetivo: “la pertenencia del individuo a la especie humana”, consagrado en la Constitución Política como principio y derecho del respecto a la dignidad humana (Artículos 1, 2, 5, 11, 43 y 44) Por lo tanto, dicha Constitución, más exactamente el Artículo 42 inciso 6, al establecer que los hijos “procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes” no es extraña al momento de la procreación, que sería el de la “concepción”, (término jurídico) o fecundación (término científico), coincidiendo en su interpretación, la existencia biológica con el comienzo de la existencia de la personalidad jurídica, sin importar que la fecundación se produzca *in vivo* o *in vitro*.

El *nasciturus* goza de protección constitucional e internacional mediante la ratificación de tratados de derechos humanos que, de conformidad con el Artículo 93 constitucional, forman parte del bloque de constitucionalidad tales como la Convención Americana de Derechos Humanos,

¹⁷ Gómez Tamayo, Daniel Fernando. La vida como fuente primigenia de los derechos humanos. Estudio argumentativo de la Sentencia C-355 de 2006. Corte Constitucional Colombia. Univeritas.cic.41.enero,2008,págs.16,17,18.En:Works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=gomezamayo.Fecha consulta febrero 21 de 2015.

¹⁸ *Ibid.* Gómez Tamayo, Daniel Fernando.

con la tradición jurídica latinoamericana. Para efectos de esta convención, *persona* es todo ser humano (Artículo 1.2); la convención sigue los lineamientos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (Artículo 4 No. 1), el cual establece que el nasciturus, por su condición humana, también es jurídicamente persona¹⁹. Igualmente, en la Convención de los Derechos del Niño, entre muchas otras. De conformidad con los artículos 42 y 44 de la Constitución Política colombiana, los niños son titulares del derecho a la vida, y, si niño -según la Convención de los Derechos del Niño, es todo ser humano menor de dieciocho años, este entonces es titular del derecho a la vida.

Aceptada la tesis de que el nasciturus es un ser humano, debe admitirse que constitucionalmente tiene derecho a la vida, y si los Derechos Humanos se predicán de los seres humanos, todo ser humano es titular del derecho a la vida, sea considerado o no por la legislación civil como persona.

El art. 90 del C.C y la postura jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana según C-355 de 2006, es equivocada en sus argumentos donde “ser persona” se convierte en una propiedad del individuo de la especie humana que aparece solo a partir de un cierto intervalo de tiempo, como si el embrión fuera solo potencialmen-

te una persona o una persona potencial, cuando en realidad es una persona humana en acto y no en potencia de ser persona, porque ese nuevo ser está siendo y existiendo “per se” conforme a su dignidad ontológica desde el mismo momento de la concepción hasta el momento de su muerte, según Daniel Fernando Gómez Tamayo, experto constitucionalista y par académico de Colciencias; para la Corte, el nasciturus no es persona, no es agente moral²⁰; dicha Corte se extralimitó en sus funciones imponiendo con su veredicto una interpretación ideológica de la Constitución Política, no solo con su decisión (despenalizar el aborto en tres situaciones específicas) condenó normas vigentes del derecho penal originadas en el constituyente colombiano, sino que impuso nuevas interpretaciones de toda la tradición legislativa y algunas normas internacionales e incluso de su propia jurisprudencia al desconocer otras jurisprudencias como la C-013/97, C-133/94, T102/93, T-452/93, las cuales manifiestan que la Constitución protege la vida como valor y derecho primordial insustituible del cual es titular todo ser humano desde el principio hasta el final de su existencia física, por lo tanto se protegen sus derechos en todos sus estadios.

Queda claro que, para la Corte, según sentencia de aborto, el nasciturus no es persona. Por ello, no es sujeto de derechos

como lo es el ya nacido, aunque su vida tiene protección constitucional, mas no como derecho fundamental a la vida del nasciturus; por lo que si no existe un derecho fundamental a la vida del nasciturus, no puede hablarse de ningún otro derecho fundamental del no nacido (en palabras de Mónica Roa, demandante, al darle interpretación a la Sentencia 355 de 2006), es decir, no es titular de derechos, dándosele implícitamente el tratamiento de cosa, mera potencia o expectativa de vida²¹.

Como resultado de lo anterior, se nota marcadamente cómo en Colombia no hay garantías suficientes para acceder a un debate democrático fundamentado en críticas razonadas sin interpretaciones utilitaristas, con una única ideología política, sin libertad de elegir otras interpretaciones, convirtiéndose en una especie de tiranía silenciosa que margina a quienes contradicen el verdadero espíritu de la Constitución Política, los derechos humanos, las interpretaciones bioéticas, personalistas entre otros, ignorando deliberadamente los avances de la ciencia, dejando al arbitrio de una minoría decisiones que tienen que ver con el ser humano hoy tan desprotegido como lo es el nasciturus, al decidir sin consenso político o claridad expresa en la Constitución, llevándolos a posturas equivocadas, no siendo la Corte

¹⁹ Persona y bioética. Universidad de la Sábana (2006). ISSN (Versión imprenta): 0123-3122. Colombia. Vol. 10 No. 026. p. 103.

²⁰ Balcázar G., Andrés. Universidad del Rosario. La despenalización del aborto. Escuela de Ciencias Humanas. Junio 2010, p. 61.

²¹ *Ibíd.* . Balcázar G. Andrés. págs. 19, 27, 30, 37, 38, 39, 47, 52, 54, 56, 58, 60.

el órgano legitimado para decidir asuntos tan trascendentales como el valor de la vida y el concepto de persona, y mucho menos para negarle la posibilidad al nasciturus de ser persona.

El anterior recorrido histórico - legislativo, con sustento de las normas en mención y su consecuente explicación e interpretación, son algunas de las consideraciones que deben tenerse en cuenta para la modificación de los artículos que se relacionan con el estatus jurídico de las personas y el concepto de persona en Colombia, sustentado en argumentos razonables y no racionales, con una mejor interpretación, y un razonado equilibrio de valores morales, espirituales, antropológicos, y biológicos basados en posturas más personalistas que utilitaristas, donde exista una línea de pensamiento uniforme ajustado a los postulados bioéticos de corte personalista, quienes le dan al nasciturus el status de persona a salvo de toda consideración utilitarista, sin separarlo de su condición de humanidad, con derecho a la vida, a su desarrollo, a la identidad, a la no discriminación, derechos estos inherentes a la persona.

4. FUNDAMENTACIÓN PARA ATRIBUIRLE AL NASCITURUS EL CARÁCTER DE PERSONA

Los diferentes tratados internacionales sobre Derechos Humanos, la Constitución colombiana y su filosofía humanista propia de un estado social de derecho, han sido vitales como fuente interpretativa para atribuirle al nasciturus desde la concepción el carácter de *persona* como sujeto de derechos, sustentado en el principio ético que “todas las personas gozan de dignidad humana, lo que significa que la dignidad humana es inherente al embrión humano de conformidad con su origen, como principio del estatus esencial del nasciturus y en un plano de igualdad, consecuente con su personalidad jurídica”.²²

Esa personalidad es, por tanto, el elemento constitutivo de todos los seres humanos, no una *cualidad* suya, y desde luego en ningún caso, una cualidad adquirida gradualmente²³. Cuenta con una identidad genética propia, que es invariable desde la concepción hasta la muerte, pero es genéticamente distinto a otro ser humano, que al ser inmutable en su identidad genética, lo es del mismo modo en su esencia humana, y, en consecuencia, en su condición de persona, por cuanto cada individuo se hace acreedor de su dignidad y personalidad desde el momento en que se constituye su realidad biológica, es decir, desde

la concepción y cuya identidad no varía a lo largo de la vida, teniendo el derecho la obligación de proteger adecuadamente a las personas y, en coherencia con el continuum de la naturaleza humana, esta protección debe aplicar desde la fusión de los gametos hasta la muerte natural.²⁴

Un embrión biológicamente humano, es un individuo biológicamente hombre o mujer desde el primer momento de su existencia, al tenerse en cuenta que con el nacimiento no se da un salto de la animalidad a la humanidad. Estamos ante un ser potencialmente orientado a desarrollarse y a devenir en una niña o niño²⁵, por cuanto las distintas fases de su desarrollo morfológico constituyen un continuo, gradual y único proceso, no existiendo por tanto un salto cualitativo que interrumpa de modo radical su proceso de formación²⁶, con individualidad y unicidad genética y con una única diferencia: que el nasciturus está dentro del útero y el recién nacido esta fuera de él.

Dichas cualidades son suficientes para el reconocimiento de su personalidad y el establecimiento de sus derechos, los cuales están ligados a su condición de ser humano digno de protección y seguridad

²² Knoepffler, Nikolaus Joannes. La dignidad humana en Bioética: Hacia un concepto normativo del embrión. 1. Auflage. Berlin: Springer, 2004, ISBN-3-540-21455-0, ps.27, 53. En <http://www.fundacionmhm.org/pdf7mono4/Articulos/articulo6.pdf>. Consultado en febrero del 2015.

²³ Spaemann, Robert, op.cit. pgs. 1027-1033.

²⁴ Jouve de la Barreda, Nicolás. La genética y la dignidad del ser humano. Cuadernos de Bioética. xxiv.2013/1. pgs.98,99,100. En: <http://www.aebioetica.org/revista/2013/24/80/91.pdf>. Fecha de consulta febrero de 2015.

²⁵ Andorno, Roberto. Dimensión biológica de la personalidad humana, debate sobre el estatuto del embrión. 1. El cuerpo humano del embrión. Cuadernos de Bioética ISSN 1132-1989, vol.15, No 53, 2004, pgs.30, 31.

²⁶ Ibid. Andorno, Roberto, p. 32.

jurídica, independientemente del desarrollo de cada una de las etapas del embrión y del reconocimiento de su personalidad jurídica recién a partir de su nacimiento como ocurre en Colombia, a partir de la Sentencia C-355 de 2006 sobre despenalización parcial del aborto.

5. CONCLUSIONES

En general, la imputación de derechos patrimoniales a favor del nasciturus está sometida a la condición suspensiva de la existencia legal, y por ende a la personalidad; lo cual indica que solo una vez cumplida la condición de existencia legal, el derecho correspondiente se difiere en cabeza del nacido vivo. Igualmente, el derecho a la personalidad está sometido a la misma condición suspensiva, es decir, que sus derechos en la legislación colombiana son meras expectativas y por ello el ordenamiento civil colombiano de manera expresa le asigna un curador de bienes a los derechos eventuales del que está por nacer (Artículo 433); existen igualmente artículos del Código Civil como el 1019, 1014, 874, los cuales se refieren a la imputación de derechos a personas *inexistentes*, siendo esta la misma constante del Artículo 90 C.C: que las personas existan en un tiempo. Así que cualquier derecho vale hasta después del nacimiento, condición esta para ser *persona*, desdibujándose con ello el verdadero concepto de persona y la dignidad del nasciturus, al considerársele persona solo después del nacimiento vivo.

Todo ser humano, desde el momento de la fecundación,

es persona en sentido jurídico, ya que no se puede separar la existencia legal de la existencia biológica como lo hace erróneamente el Código Civil colombiano, pues se trata de una misma y única realidad existencial biológica que el mismo ordenamiento jurídico colombiano no puede desconocer y menos puede ir en contra de los avances de la ciencia y de los mismos conceptos científicos; al contrario, el Derecho debe ir a la par con los avances de la ciencia y, el Estado no puede apoderarse jurídicamente de un derecho que se adquiere con la fecundación, por el solo hecho de la condición de SER HUMANO y la DIGNIDAD INTRINSECA que tiene el concebido.

La persona no debe definirse por la capacidad de ejercicio; la persona natural es persona jurídica y esta se define por el criterio de la capacidad de goce de esa especial dignidad y no por la simple capacidad de ejercicio. Por ello, se dice desde el punto de vista tomista que persona es todo sujeto de derechos y obligaciones, y no un sujeto capaz de ejercer los derechos y de contraer obligaciones, ya que hay muchos menores incluso discapacitados, comatosos, especiales, que no pueden ejercer ciertos derechos de por sí y no por ello dejan de ser persona.

La inconsistencia de algunas de las normas del Código Civil, denotan claramente la falta de criterios razonados y el desconocimiento y falta de argumentos científicos, bioéticos, cristianos, que marcan la existencia de un derecho rezagado y obsoleto que no va

a la par con los avances de la ciencia; por lo tanto, existen fuertes razones para atribuirle el respeto y calidad de persona al nasciturus y su concreción depende de la obra de todos nosotros según en la esfera en que se esté: familia, colegio, universidad, política, hospital, teniendo como motor principal la fe en Dios.

La genética es clara al afirmar que la vida comienza en el momento mismo de la fecundación, concepto este frecuentemente ignorado o mal interpretado en las discusiones de las que dependen decisiones éticas, o a su vez discusiones sobre el concepto de persona, de las que depende el tratamiento que se le da al nasciturus, llámese moriturus, embrión, pre embrión. Ejemplo de ello es la experimentación con embriones, el trato discriminado con los embriones sobrantes en técnicas de fertilización, el aborto y, mas aún, en un accidente de tránsito, probada la responsabilidad de un conductor donde se produce la muerte de mujer en embarazo, se condena al responsable por la muerte de una persona y no de dos en el caso del nasciturus. Por lo tanto, el hecho que el embrión no sea un yo consciente, no es un argumento para dejarle de atribuir la misma individualidad preconsciente que conviene al organismo humano, sobre todo al probarse que el desarrollo de una etapa a otra es continuo y gradual; y que con el nacimiento no hay un origen sino una continuidad en el ser de la persona, ya que la vida es un proceso que se inicia con la concepción y termina con la muerte.

GESTANTE Y CONCEBIDO: ENTRE EL DERECHO A LA VIDA Y EL DERECHO A LA MUERTE DIGNA

*Sandra Maritza Rovegno Loayza**

Recibido: 10.10.2015

Aprobado: 24.10.2015

RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad esclarecer la relación jurídica entre madre y concebido en casos en los que la mujer haya fallecido estando embarazada o se encuentre en alguna situación médica de riesgo vital en el Perú. Además, busca determinar los derechos de cada uno de estos sujetos en tales circunstancias. Para ello, se han empleado criterios legales y médicos; además de jurisprudencia internacional y principios de Bioética. Por otro lado, también se hace énfasis en que es necesario emplear criterios multidisciplinarios para poder lograr el mejor resultado en dichos casos.

ABSTRACT

This article aims to clarify the legal relationship between mother and unborn child in cases where the woman has died while pregnant or is in any life-threatening medical situation in Peru. It also seeks to determine the rights of each of these subjects in such circumstances. In order to do this, legal and medical criteria have been used; as well as international jurisprudence and Bioethics principles. On the other hand, emphasis on the need to use multidisciplinary approaches to achieve the best result in such cases is also made.

PALABRAS CLAVE

Concebido. Derecho a la vida. Autodeterminación. Derecho a la muerte digna. Bioética. Muerte.

KEY WORDS

Unborn child. Right to life. Self-determination. Right to a Death with Dignity. Bioethics. Death.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La relación entre una madre gestante y el concebido que lleva en el vientre, cuando existen derechos que pueden contraponerse, es un tema que suele generar polémica en ámbitos religiosos, médicos, sociales, políticos, entre otros. Es evidente que surjan divergencias en torno a este

asunto dado que puede existir una yuxtaposición entre los derechos de ambos sujetos. Las disputas alrededor de esta cuestión varían desde aspectos muy simples hasta otros bastante complejos. Los debates que surgen acerca del aborto, del alquiler de vientres, las distintas posturas acerca del momento preciso en el que se produce la concepción, los

múltiples criterios científicos propuestos para determinar el inicio de la vida, entre otros, son frecuentes alrededor del mundo.

Los casos extremos como, por ejemplo, los que implican la vida de alguno de los dos, forjan una serie de aristas que dificultan determinar el tratamiento legal que se le debería

* Asistente de Investigación en el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima (IDIC). Estudiante del último año de Derecho en la Universidad de Lima.

dar a cada individuo. Ponderar entre el derecho a decidir de la madre -o, en su defecto, el de sus familiares sobre el cuerpo de esta si es que ella se encuentra incapacitada de hacerlo- y la vida del concebido; decidir entre el derecho a la libre determinación del cuerpo humano y la protección del *nasciturus*¹; lograr una determinación jurídica uniforme acerca del momento preciso en el que se debe considerar al feto un ser humano, y muchos supuestos más, son algunas de las situaciones relacionadas con el Derecho que corresponden a nuestra sociedad afrontar.

Una de las figuras menos comunes, pero, también, más controvertidas que se han presentado al respecto es el caso en el cual la mujer fallece o queda en estado de coma durante el periodo de gestación y el concebido se mantiene con vida. A pesar de ser un suceso poco común, ha causado mucho revuelo legal y mediático cuando se ha presentado. Existe jurisprudencia al respecto, con distintas connotaciones, en países como Estados Unidos e Irlanda², pero, ¿cuál sería el tratamiento jurídico de este tipo de situaciones en el Perú? Usualmente, la disputa ha surgido respecto de tres aspectos principales, que serán materia de desarrollo en el presente

artículo: el inicio y el fin de la vida, los derechos de la madre y los derechos del concebido.

Existen múltiples preceptos a tener en cuenta respecto de este tema. En primer lugar, es necesario resaltar que el concebido es un sujeto de derecho favorecido por nuestra legislación: es titular de especial protección. Teniendo en cuenta ello, podríamos sentar la idea de que, en el Perú, el concebido será resguardado en todo lo que sea pertinente y en la medida de lo posible. Por otro lado, también es importante plantear el concepto, que muchos apoyan, acerca de que el organismo de la gestante deberá tener un especial cuidado en tanto depende de él la vida del ser humano por nacer. En segundo lugar, es esencial tener en consideración el estatus jurídico del cuerpo de la madre, ya que, si bien se trataría de un cadáver o de un ser humano sobreviviendo solo gracias al soporte vital médico, ¿sería este un simple cadáver o el hecho de tener un ser vivo dentro de ella le otorgaría especial tratamiento?

2. SOBRE EL INICIO Y EL FIN DE LA VIDA HUMANA

El Código Civil peruano se pronuncia acerca del inicio de la vida, de manera concisa, en el

artículo 1 del Libro I. El texto refiere lo siguiente:

“Artículo 1.- 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 vivo.”

Es claro, entonces, que, para nuestro ordenamiento jurídico, la concepción es el momento en el cual el ser humano emprende el camino de la existencia. Por tanto, desprendemos de esta afirmación que el concebido es tratado como un ser humano, aunque este, evidentemente, aún no haya sido alumbrado.³

Resulta esencial, para efectos de comprender plenamente dicha reflexión, lo que implica la concepción. Sobre ello, el Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado de la siguiente manera:

“(…) Desde el punto de vista de la ciencia médica existen diversas teorías que pretenden identificar el momento en el que la vida humana empieza. Hay quienes consideran que la

¹ “El «nasciturus» es el concebido aún no nacido («nondum natus»), es el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión y de feto.” (Calvo Mejide, 2004, p. 291)

² Para más detalles, revisar: <http://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/courts/high-court/court-clears-way-for-clinically-dead-pregnant-woman-to-be-taken-off-life-support-1.2048616> (Consultada el 02.07.2015)

³ El Código de los Niños y Adolescentes (Perú) hace referencia a esta misma idea en su artículo I, en el cual, establece lo siguiente:

“Artículo I.- Definición.- Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.”

Nuevamente, el Estado peruano incluye al concebido en la categoría de ser humano, a pesar de aún no haber nacido.

vida humana surge desde el instante en que se inicia la actividad cerebral (aproximadamente la sexta semana contada desde la fecundación), pues resulta lógico que si la persona llega a su fin con el estado irreversible de las funciones cerebrales, de la misma manera la actividad cerebral daría inicio a la vida. Sin embargo, las más importantes considerando el número de seguidores, y que justamente han sido ampliamente debatidas a partir del caso en cuestión, se encuentran en la llamada Teoría de la Fecundación, basada principalmente en la existencia, ya en esta instancia, de una nueva individualidad genética; y la Teoría de la Anidación, fundamentada en la viabilidad del embrión y la certeza del embarazo. (...)"⁴

En términos generales, la teoría a la que se ha hecho más referencia en nuestro país -y que tiene respaldo constitucional- es la de la Fecundación, en tanto que nuestro ordenamiento protege al concebido y la manera más amplia de hacerlo es asumir que la vida humana existe desde que se genera un ser, genéticamente, diferente de los progenitores.

Acerca de esto, algunos autores como Mónica López Barahona y José Carlos Abellán (2009)⁵, se apoyan en criterios científicos objetivos para sustentar su postura, la cual afir-

ma que el cigoto humano, por ser poseedor de un genoma de secuencias Alu⁶ -y al tratarse, además, de una nuevo ente- es un tipo de vida humana plenamente reconocible.

Una vez establecido lo que, en el Perú, el Estado considera el inicio de la vida humana, surge la interrogante acerca de cuándo es que termina la misma. Sobre ello, el Código Civil también se ha pronunciado de manera bastante breve en el Artículo 61^o, cuyo texto señala: "La muerte pone fin a la persona." Acerca del concepto de la muerte existen múltiples posturas que se han desarrollado a lo largo de los años e, incluso hoy, resulta complejo determinar, exactamente, cuál es el momento en el que la vida de una persona llega a su fin.

Sobre esta cuestión médica y jurídica, Juan Morales Godo (1997) ha realizado una apreciación bastante certera en su libro "Hacia una Concepción Jurídica Unitaria de la Muerte", la cual refiere:

"(...) dentro del proceso biológico de la muerte, tanto la medicina como el Derecho, habían determinado el momento de la muerte cuando cesaba el funcionamiento de los tres sistemas superiores del ser humano (con esto hace referencia al sistema cardiovascular, al respiratorio y al nervioso), pero, como también hemos precisado, el cese no se

produce en forma simultánea, sino uno es consecuencia del otro. Descartados los sistemas respiratorio y el cardiovascular, como situaciones biológicas absolutamente irreversibles, debido al avance de las técnicas de reanimación, se ha recurrido al concepto de la muerte cerebral (...)"⁷. (Morales, 1997, p.30)

Como muerte cerebral, debemos comprender, entonces, el cese del funcionamiento del cerebro de una forma irreversible, lo cual, evidentemente, establece un criterio para comprender lo que es la muerte del ser humano, pero genera, a su vez, numerosos posibles eventos en los que puede existir controversia. Un ejemplo de ello, es la situación de las personas cuya actividad respiratoria y cardiovascular se encuentran condicionadas a equipos médicos y, a su vez, no cuentan con esperanza de recobrar sus funciones cerebrales habituales.

3. CRITERIOS MÉDICO-JURÍDICOS

Por distintos motivos -tanto religiosos como morales y científicos- el ser humano, a lo largo de su historia y en múltiples civilizaciones, ha optado por retirar al concebido del cuerpo de la madre una vez que esta ha perdido sus facultades vitales. La principal valoración que se ha empleado para sustentar esto ha sido el interés por darle una oportunidad de vida al niño por nacer. Esto úl-

⁴ Exp. N.º 02005-2009-PA/TC - Lima, 16 de octubre de 2009.

⁵ López, M. y Abellán, J.C. (2009). Los códigos de la vida, p. 9.

⁶ Para más detalle, revisar: <http://www.unav.es/ocw/genetica/tema-1-3.html> (Consultada el 01.10.15).

⁷ Morales Godo, J. (1997). Hacia una Concepción Jurídica Unitaria de la Muerte. Lima, PUCP, p. 30.

timo nos remite, nuevamente, al precepto que, en la actualidad, lo que se busca, sustancialmente, es darle seguridad al concebido y favorecerle en todo aquello que sea posible.

No obstante, no podemos ceñirnos únicamente a criterios jurídicos o morales para determinar si existe posibilidad de salvar esa nueva vida; es por ello que los médicos, en términos generales, han establecido determinadas características objetivas que debe tener un caso para poder realizar un procedimiento de separación exitoso, también llamado operación cesárea postmortem con supervivencia fetal. Sobre ello, Arturo Juárez Azpilcueta y otros autores, señalan en su artículo "Operación cesárea postmortem con supervivencia fetal. Informe de un caso" (1999), como principales factores esenciales, los siguientes:

"1. Edad gestacional. El límite inferior para lograr posibilidades de éxito es la semana 28 de gestación.

2. Estado del feto. Se recomienda realizar la operación independientemente de tener la certeza de viabilidad fetal. En caso de que el feto esté vivo y en condiciones satisfactorias, las posibilidades de éxito son mayores.

3. Tiempo que transcurre entre la muerte materna y el nacimiento del feto.

El tiempo que transcurre entre la muerte materna y el nacimiento del feto es otro factor que determina el éxito de operación. Se ha informado que el tiempo ideal son los primeros 20 minutos, aunque existen casos de supervivencia fetal posterior a los 22 minutos. Sólo se ha registrado en la literatura un caso de supervivencia fetal después de 45 minutos de ocurrido el deceso de la madre.

4. Motivo de la muerte materna. La diferencia entre la muerte de una madre con un padecimiento crónico y aquella que ocurre en forma repentina e inesperada, radica en la condición general de hipoxia que ocasiona la primera situación; en este caso, para el feto el pronóstico es más pobre que cuando suceden los acontecimientos del segundo caso.

*5. Adecuada y rápida reanimación del recién nacido. Es una medida lógica entender que, si la persona a la que le toque la reanimación del recién nacido conoce el suceso previo y cuenta con los recursos disponibles para la rápida reanimación del recién nacido, el pronóstico para la supervivencia fetal se verá favorecido."*⁸ (Juárez et al., 1999. p. 134).

Resulta sustancial, entonces, comprender que, si bien la le-

gislación establece que el concebido es un sujeto de derecho especial, en tanto goza de especial cuidado y atención, médicamente, este trato favorecido estará delimitado por una serie de criterios imparciales, y que dependerán del caso en particular los límites y limitaciones de lo que se pueda realizar por el mismo.

Como sucede en muchas ocasiones, el Derecho, al encontrarse íntimamente vinculado con el bienestar social, debe recurrir a criterios multidisciplinarios para poder idear una solución justa y objetiva a este tipo de situaciones. Esto acontece, sobre todo, hoy en día, cuando los avances legales deben apoyarse, muchas veces, en los que la ciencia realiza a pasos acelerados.

4. DERECHOS DE LA MADRE

Al referirse a los derechos relativos a la madre, es importante, en primer lugar, establecer que la gestante, por sobre todas las cosas, es un individuo. En otras palabras, es esencial comprender que la mujer, en todo extremo, es titular de los derechos inherentes que le corresponden como ser humano. No obstante ello, también resulta primordial poner énfasis en la premisa de que sus derechos serán efectivos, para nuestra legislación, en tanto no perjudiquen directa y arbitrariamente a los del concebido.

⁸ Juárez, A.; Carrillo, C.; Romero, S.; Motta, E. (1999) "Operación cesárea postmortem con supervivencia fetal. Informe de un caso". En: Revista Médica del Hospital General de México S.S.. Vol. 62, Núm. 2. Abril-Junio, p. 134.

⁹ Sobre ello, en 1970, el Colegio Médico del Perú se pronunció de la siguiente manera: "Cada caso de aborto terapéutico que se plantee en el ejercicio de la profesión debe resolverse a criterio de una junta médica de no menos de tres especialistas en el problema que se trate. Si llega a concluirse en la junta médica que es procedente el aborto terapéutico, éste debe efectuarse en un hospital o clínica oficialmente reconocida" - Resolución CMP/CN-20, del 4 de noviembre de 1970.

En este artículo nos enfocaremos en sintetizar los derechos más importantes que conciernen a la mujer gestante y cómo se desarrollarán estos en determinados casos en los cuales la mujer se vea inmersa en circunstancias que la conduzcan a entrar en estado de coma o en los cuales su vida pudiese encontrarse en riesgo. En eventos que involucren peligro, podemos deducir que existen grandes tipos de derechos que desempeñarán roles significativos: por un lado, los vinculados a la vida y salud y, por otro, los relacionados con la libertad y la voluntad.

Respecto del derecho a la vida, nuestro ordenamiento contempla que, en el caso en el que la gestante se encuentre en riesgo de perderla, dada su condición, será legal la alternativa del llamado “aborto terapéutico”⁹. Sobre esto, el Código Penal señala:

“Aborto terapéutico

Artículo 119.- No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.”

Debemos considerar, también, que existen cuestiones

en las cuales algunos sectores de la doctrina podrían considerar a la mujer como el vehículo para que el niño por nacer se mantenga con vida -por ejemplo, cuando la madre se encuentra en estado de coma o cuando ha padecido muerte cerebral-. No obstante, en tales circunstancias, la jurisprudencia internacional parece presentar una tendencia a anteponer los derechos de la mujer a tener una existencia digna y de la familia a decidir respecto del destino de esta antes que plantear los derechos del concebido como eje principal para decidir respecto de la madre. Sin embargo, debemos resaltar que las consideraciones médicas que mencionamos en párrafos anteriores también se configuran como un importante punto a considerar.

Por otro lado, cuando nos referimos a la voluntad de la madre, en el Perú, legalmente, esta estará condicionada a no hacerle daño al concebido. En otras palabras, en nuestro país, el derecho a la libertad de decisión de la madre se verá limitado por el derecho a la vida de su hijo por nacer; con la salvedad antes mencionada. En situaciones en las que la madre no pueda expresar su voluntad, se deberá tener en cuenta la conformidad o disconformidad de los familiares corres-

pondientes para cualquier consideración médica que pudiese llegar a ser necesaria, tal como sucede en otros sistemas jurídicos, sobre todo, en el anglosajón.¹⁰

Así mismo, es importante considerar lo que indica la Ley General de Salud del Perú (Ley N° 26842):

“Artículo 108.- La muerte pone fin a la persona. Se considera ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de sus órganos o tejidos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de trasplante, injerto o cultivo. El diagnóstico fundado de cese definitivo de la actividad cerebral verifica la muerte. Cuando no es posible establecer tal diagnóstico, la constatación de paro cardiorespiratorio irreversible confirma la muerte. Ninguno de estos criterios que demuestra por diagnóstico o corroboran por constatación la muerte del individuo, podrán figurar como causas de la misma en los documentos que la certifiquen.”

Por lo que debemos inferir que, en nuestro país, en términos generales, la muerte cerebral indica el fallecimiento.

¹⁰ En el caso “Munoz v. John Peter Smith Hospital” ocurrido en Estados Unidos entre los años 2013 y 2014, un juez del Estado de Texas determinó que la cláusula del “Texas Advance Directives Act of 1999” que indicaba: “a person may not withdraw or withhold life-sustaining treatment ... from a pregnant patient.” no era aplicable al caso de la señora Muñoz, quien tras sufrir una embolia pulmonar, padeció muerte cerebral estando embarazada. Por lo tanto, la pretensión del Hospital de mantener a la paciente viva artificialmente hasta que el feto pudiese nacer fue desestimada, ya que se consideró que, al estar cerebralmente muerta y supeditada a la ayuda vital de máquinas, no se le podía observar, en realidad, como un ser humano aún vivo, por lo que la decisión de la familia de desconectarla -guiados por la voluntad estipulada por la víctima previa a los sucesos que la llevaron a la muerte- con el objeto de darle una muerte digna, debía primar.

Desde el punto de vista de la bioética, aún no existen criterios uniformes cuando nos referimos al tema mencionado en el párrafo anterior. Por lo que, una misma situación podrá resultar profundamente distinta para ciertos sectores: la gestante diagnosticada con muerte cerebral podrá ser considerada un cadáver funcionando como una “incubadora” para el niño por nacer o podrá ser tratada como un ser humano en una etapa terminal de la vida, que se encuentra aguardando a ser desconectada.

Sobre ello, es interesante un caso mencionado por Elio Sgreccia, en su “Manual de Bioética I - Fundamentos y ética biomédica”:

“En Alemania el debate se reabrió en octubre de 1992 cuando, después de un accidente de tráfico, una mujer joven entró en coma y, tras las comprobaciones previstas, fue declarada cerebralmente muerta. Con el consentimiento de sus padres, los médicos pretendían proceder a la extracción de órganos, pero se dieron cuenta de que la mujer estaba embarazada. Este hecho influyó sobre la decisión de los médicos disponibles para permitir la

prosecución del embarazo. La discusión sobre la muerte cerebral se encendió en Alemania y fueron muchos los que se preguntaron cómo podía ser posible para un <<cadáver>> llevar adelante un embarazo.”¹¹ (Sgreccia, 2009, p.823)

Asimismo, existe otro derecho que debe tenerse en consideración cuando nos encontramos ante estos episodios: el de la muerte digna u ortotanasia. Si bien este término suele ser vinculado con el de la “eutanasia”, en realidad, abarca mucho más de lo que, usualmente, se imagina. La ortotanasia trata del respeto a la existencia humana y al fin de esta. Abarca, de esta manera, muchos conceptos médicos y jurídicos, como, por ejemplo: el suicidio asistido en sus diversas modalidades, el rechazo a continuar conectado a aparatos de soporte vital, entre otros. En pocas palabras, se conoce como:

“(…) el arte de morir bien, humanamente y correctamente, sin ser victimado por la mistanasia, por un lado, o por la distanasia, por otro, y sin abreviar la vida, o sea, recorrer a la eutanasia. Tiene como un gran desafío el rescate de la dignidad del ser humano en su proceso final, donde hay un

compromiso con la promoción del bienestar de la persona en su fase terminal.”¹² (Amorin et al., 2009).

Aunque este concepto no es tratado a cabalidad en nuestra legislación -con la salvedad de determinadas menciones como la que se realiza en el Código Penal respecto al suicidio asistido¹³- podemos interpretar que, el considerar la muerte cerebral como el fin de la vida humana, de cierta manera, es un gran paso en dirección del camino hacia el respeto que merece el ser humano no solo durante su vida, sino también al final de esta.

Resulta estremecedor, al revisar casuística médica en la cual la gestante con muerte cerebral se ha mantenido conectada, encontrar que, en la gran mayoría de casos, el cuerpo de la mujer ha sufrido complicaciones médicas. Algunas de las consecuencias físicas padecidas han sido: diabetes insípida, infecciones, hipotensión inmanejable, fiebre, anemia, hipertensión renal, inestabilidad hemodinámica, entre otras.¹⁴

Esto demuestra que, objetivamente, para intentar salvar artificialmente al concebido, se tendrá que exponer al cuerpo en funcionamiento artificial

¹¹ Sgreccia, E. (2009). Manual de Bioética I - Fundamentos y ética biomédica. Madrid. Biblioteca de autores cristianos, p.823.

¹² Amorim Biondo, C.; Paes da Silva, MJ; Dal Secco, LM. (2009). “Distanasia, eutanasia y ortotanasia: percepciones de los enfermeros de unidades de terapias intensiva e implicaciones en la asistencia” En: Rev Latino-am Enfermagem - setembro-outubro; 17(5) (Online). Disponible en internet: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v17n5/es_03.pdf (Consultado el 29.09.15).

¹³ El Código Penal Peruano hace referencia, de cierta manera, a este concepto con el siguiente tenor: “Instigación o ayuda al suicidio - Artículo 113.- El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actuó por un móvil egoísta.”

¹⁴ Mejía R. et al. (2008) “Muerte cerebral en una embarazada y sobrevida del feto”. ISSN 0025-7680 En: MEDICINA, Buenos Aires: p. 449.

de la madre a enfermedades, lo cual nos transmite una inquietud importante: ¿será legal y ético este tratamiento? Es esencial resaltar que cualquier práctica médica debe siempre ir acorde a lo que las buenas costumbres permiten y debe tener por fin el bienestar humano, lo cual no necesariamente sucedería siempre en casos como estos.

Esta suerte de “vida extra” que estaría experimentando la mujer con muerte cerebral no podría ser, de ninguna manera, natural. A diferencia de tratamientos médicos en los cuales se emplea la ciencia para prolongar la subsistencia de la persona natural, en este caso, se estaría empleando la existencia del individuo con fines externos a este. Deberían, entonces, los médicos, además de remitirse a criterios técnicos, a la voluntad de la paciente, si esta la expresó anticipadamente o, en todo caso, a la de sus familiares.

En casos en los que la madre fallece de manera súbita e irreversible, resulta bastante más sencillo determinar cuál será el destino del concebido. Este deberá ser extraído del cuerpo materno si así lo permite su grado de crecimiento para, de esta manera, otorgarle una oportunidad de vida. El cuerpo de la gestante fallecida recibiría, como consecuencia, el trato digno del que todos los restos humanos son merecedores.

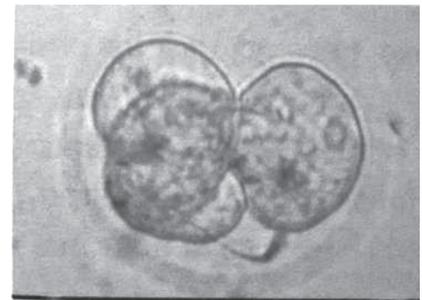
Finalmente, debemos hacer mención al derecho a la libre disposición del propio cuerpo, del cual es titular la mujer. Acerca de ello, es trascendente resaltar que este se encuentra delimitado, en su propia esencia y a fin de no perjudicar a otros sujetos, por conceptos como la satisfacción de un estado de necesidad de orden médico, los fines terapéuticos, el bien común, entre otros.

5. DERECHOS DEL CONCEBIDO

Si bien, históricamente, no siempre se consideró al concebido titular de derechos, este, desde la época de los romanos, ya contaba con especial protección: “*Los profesores J. Arias Ramos y J.A. Arias Bonet opinan que el derecho romano no reconoció al concebido como sujeto de derecho, sino que solo protegió sus intereses y su futura persona. Los principios doctrinales no daban personalidad jurídica al nasciturus, sino protección.*”¹⁵ (Cruz Ponce, 1990, p.67).

Partiendo del postulado kantiano que sostiene que la persona, en sí misma, es un fin; podemos inferir que el concebido, en tanto para el sistema jurídico peruano es una forma de vida humana, es titular de derechos inherentes, los cuales no son parte de la esfera jurídica de sus progenitores, sino de una propia. En palabras de Fernández Sesarego (1990) “(...) *El conce-*

bido es un ser humano que, aunque incapaz de entender y de querer- y hasta un cierto momento de sentir- es un fin en sí mismo y no puede ser reducido a la calidad de medio o instrumento para lograr otros fines.”¹⁶



Cigoto en segmentación (cuatro células) a los tres días postfecundación.

(Figura adaptada de “Enciclopedia Lúmina Siglo XXI” [Candelaria, et al. 2004] p. 203)

El derecho más importante al que debemos referirnos cuando tratamos la esfera legal del concebido, en este tipo de situaciones, es el de la vida. Como mencionamos anteriormente, el inicio de la vida, para nuestra legislación, se produce con la concepción; por ello, debemos entender que, en el Perú, en tanto exista individualidad genética, este sujeto de Derecho será protegido en todos los extremos posibles.

Para profundizar la posición del Estado Peruano acerca de este tema -la cual ha sido mencionada en párrafos anteriores-, nos remitimos a lo expuesto por Rosario de la Fuente-Hontañón (2011):

¹⁵ Cruz Ponce, L. (1990) “El nasciturus”. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie, año XXIII, núm. 67, enero-abril, 1990, p.38.

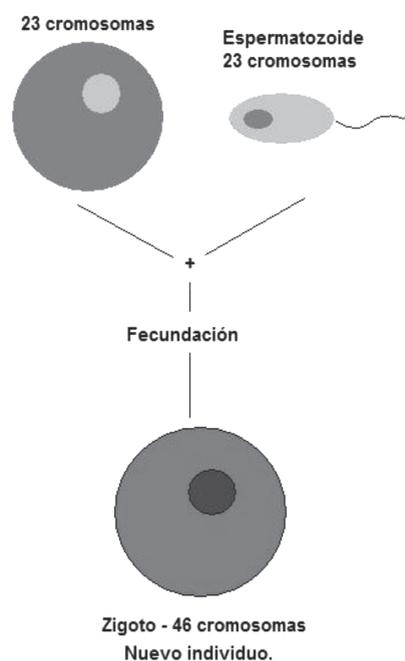
¹⁶ Fernández Sesarego, C. (1990). Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas. Lima: Universidad de Lima, p. 67.

“Se denomina embrión al ser humano desde el momento de la fecundación, esto es, desde el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide hasta los primeros meses de vida. Se trata de un individuo de la especie humana distinto y dinámicamente autónomo respecto de la madre cuyo desarrollo es un proceso continuo ordenado por tres principios: la coordinación —de acuerdo a la información contenida en el genoma—, la continuidad y la gradualidad. En este punto existe un amplio acuerdo en la doctrina científica, aunque algunos autores apoyándose en los datos que nos dan las ciencias biológicas niegan la condición individual del cigoto.”¹⁷ (De la Fuente-Hontañón, 2011).

En otras palabras, si bien el cigoto no es físicamente independiente, en la medida de que no puede valerse por sí mismo para subsistir, sí lo será respecto de su identidad biológica. Es decir, se trata de un “ser humano genéticamente individualizado” (Fernández Sessarego, 1988, p.52)¹⁸.

En el siguiente gráfico, que hemos elaborado, podemos observar el momento en el cual, de acuer-

do con esta postura, luego de la unión de los gametos, se empieza a desarrollar un nuevo individuo:



Nuestra legislación no es ajena, entonces, a la postura de una parte de la sociedad científica que considera que el proceso de la evolución del embrión da inicio desde antes de la implantación del mismo en el útero materno.¹⁹

No se tendrá en cuenta, por consiguiente, en la legislación peruana, que el inicio de la vida se produce con la aparición de la actividad cerebral en el concebido alrededor de los cuatro meses de embarazo. Esto sobre la base que, desde

el momento de la fecundación, existe viabilidad para la vida humana y, por lo tanto, protección para la misma. La postura del Estado resulta discutible, para ciertos sectores, dado que se considera que, si la existencia humana finaliza con el cese de la actividad cerebral; debería iniciar cuando esta aparece y no ampararse en potencialidades para generar derechos y obligaciones.²⁰

Por el contrario, en el Perú, el asunto reside en que, legalmente, el concebido —como humano— existe a partir de la fecundación, cuando, evidentemente, se encuentra en el sistema de la madre. Será, entonces, cuando se le considere titular de determinados derechos, que se terminan de afirmar al momento del nacimiento —o finalizan con el término de la existencia del no nacido—. En este último caso, jurídicamente, se considerará que el concebido nunca existió.²¹

Una vez establecido esto, surge una nueva interrogante. ¿En qué medida se considera al concebido un sujeto de derecho que depende de su madre para poder hacer efectivo su derecho a la vida? En principio, debemos responder que, en tanto el concebido no puede valerse por sí mismo, estará

¹⁷ De la Fuente-Hontañón, Rosario (2011). “La protección de la vida y la dignidad de la persona humana en el derecho peruano.” En: Repositorio institucional PIRHUA (Online). Universidad de Piura, 2011. Disponible en internet: http://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1632/Proteccion_de_la_vida_y_dignidad_de_la_persona_humana.pdf?sequence=1 (Consultado el 29.09.15).

¹⁸ Fernández Sessarego, C. (1988) “Tratamiento jurídico del concebido”, en Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Lima: Cultural Cuzco, p. 52.

¹⁹ Busquets et al. (2009) “Consideraciones sobre el embrión humano”. En: Bioética y debat. Volumen 15, Número 57, Monográfico 2009. (Online). Disponible en internet: http://www.ibbioetica.org/es/img/home/BD_57_esp_F (Consultado el 10.07.15).

²⁰ González, L. (2006) “De la bioética—al bioderecho: libertad, vida y muerte”. Universidad Pontificia Comillas, p. 480.

²¹ Spota, AG. (1949). Tratado de Derecho Civil. Tomo I, Volumen 3”. Buenos Aires: Editorial Depalma, p. 49.

condicionado a que la madre le proporcione una existencia protegida de cualquier daño o amenaza.

Es importante comprender que, cuando en párrafos anteriores mencionábamos determinados criterios médicos para medir las posibilidades que tendría el concebido para sobrevivir si algo le ocurriese a su madre, incluso bajo esas condiciones, él continuaba dependiendo de que el cuerpo de la madre continuase funcionando -inclusive artificialmente- para brindarle un ambiente propicio para existir. Sobre ello, podemos referir:

“(...) la futura madre se ha ubicado a sí misma en una clase especial de personas que están trayendo a otra

persona a la existencia y, sobre quien, la vida de esa otra persona es totalmente dependiente. También, de forma única, el niño no-nacido viable se encuentra, literalmente, cautivo dentro del cuerpo de la madre (...)”²² (Friedman, 1994, p.164)

¿Es, entonces, un cadáver el ambiente propicio para que la vida humana pueda desarrollarse?

Si nos ceñimos a lo planteado por parte de la doctrina, la mujer con muerte cerebral no será sino un cuerpo despojado, naturalmente, de vida cuyos demás órganos continúan funcionando únicamente gracias al soporte vital que los médicos puedan proporcionarle. En

teoría, entonces, cuando la madre fenece, el concebido que no se encuentre en condiciones de sobrevivir como un niño nacido a ese punto, debería también decaer de manera natural con su progenitora.

Si bien es cierto que, muchas veces, podría ser médicamente posible mantener el funcionamiento del cuerpo de la mujer pericida hasta que el no nacido alcance determinado grado de crecimiento, resulta de suma importancia considerar que, para muchas personas, podría implicar un proceder poco ético el emplear un cuerpo humano fallecido como una suerte de máquina para lograr obtener a otra persona. Este punto de vista es ampliamente reconocido en el mundo occidental hoy en día.

	Muerte cerebral	Coma	Estado Vegetativo Persistente (EVP)
Conciencia	No hay	No hay	No hay
Sueño-vigilia	No hay	No hay	Existe alternancia
Función motora	Sólo reflejos espinales	Sin movimientos intencionados	Sin movimientos intencionados
Función respiratoria	Requiere respirador	Puede requerir respirador	No requiere respirador
Pronóstico	Estado irreversible	Puede haber recuperación, caer en EVP o muerte cerebral	Puede haber recuperación

(Figura adaptada de “Muerte Cerebral” Online [Aguilar, 2013] Disponible en: <http://algarabia.com/ideas/muerte-cerebral/> [Consultado el 23.07.2015]).

²² Texto original: “(...) the expectant mother has placed herself in a special class of persons who are bringing another person into existence, and upon whom that other person’s life is totally dependent. Also, uniquely, the viable un-born child is literally captive within the mother’s body (...)” Friedman, L. “Contemporary Cases in Women’s Rights”.1994, p.164.

Otro punto importante a considerar es el fin de la existencia del concebido. Esto acontece de dos maneras: con el nacimiento, a través el cual el concebido se convierte en persona natural, y con la muerte del no-nacido, sea durante el proceso de alumbramiento- antes de que este se desvincule por completo del cuerpo de la madre- o cuando este aún se encuentra alojado en la gestante. Como consecuencia de esta última modalidad, el concebido sería también titular del derecho a una muerte digna.

Nuestro país es uno de los más conservadores de América Latina y ello es evidente al revisar nuestra legislación respecto de este tema. Otros ordenamientos, como los de Costa Rica, Chile y Argentina son bastante más abiertos a temas como “la muerte digna”. No obstante, también es importante resaltar que, si bien se emplean criterios, principalmente, favorecedores en cuanto al concebido, en los últimos años, se ha incorporado determinadas bases médicas para intentar no desproteger a la gestante.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

El especial trato que recibe el concebido de forma mayoritaria en el mundo jurídico, resulta de especial importancia dado que la vida siempre debe ser prioridad entre los intereses del Estado. Un ser vivo frágil que, eventualmente, generará a una nueva per-

sona natural, debe, evidentemente, captar la atención de la colectividad y ser dotado de todas las herramientas que le permitan desarrollarse de la mejor manera posible.

También es innegable que la mujer, como ser humano, es poseedora absoluta de todos los derechos que le son inherentes. La protección de su vida -en caso de encontrarse en estado de coma- y dignidad deben acompañarla hasta el fin de su existencia y, absolutamente nadie, debe ser capaz de arrebatarse esta titularidad de manera arbitraria.

En una sociedad en la que la mujer²³, muchas veces, es relegada, es de suma importancia reflexionar acerca de si la protección al concebido, en determinadas circunstancias vinculadas con el tema materia del presente artículo, puede tornarse en un tipo de maltrato. Cuando nos encontramos ante situaciones límite, como las revisadas aquí, suele apreciarse una polarización bastante marcada entre médicos, legisladores y otros actores involucrados.

Es natural que el ser humano sienta la necesidad de resguardar a su especie, sobre todo en las etapas más vulnerables de su existencia. Resulta, para muchos, ser más que una obligación, un deber, y es por esto que personal de salud y magistrados, en ciertas ocasiones, han optado por apostar por el con-

cebido en un afán de buscar un camino piadoso.

No obstante ello, es trascendental recordar un principio tan básico como importante: “El derecho de uno, empieza donde termina el de los demás”²⁴, lo cual quiere decir que, si bien es correcto intentar proteger al no nacido, también será de vital importancia el respeto hacia la madre.

En otras palabras, ¿será realmente correcto tratar de salvar una vida sin tener en cuenta el contexto? La respuesta, después de revisar cifras objetivas que demuestran el decaimiento por el cual atraviesa la gestante mantenida con “vida” de manera artificial -el cual puede, incluso, afectar el desarrollo del feto- nos inclina a responder que no lo es. Lo cual demuestra, a su vez, la importancia que tiene para el Derecho desarrollarse a la par de otras ciencias.

Se deberá buscar, entonces, un punto medio elaborado sobre la base de criterios objetivos y procurando el bien mayor para poder alcanzar una solución razonable y legalmente aceptable en este tipo de casos. No todos los no-nacidos se encontrarán en la misma etapa de crecimiento y no todas las gestantes, que pierdan sus funciones vitales, reaccionarán de la misma manera al tratamiento médico.

Cada caso poseerá un distinto nivel de posibilidades de cul-

²³ Es importante tener en cuenta que, en el Perú, de acuerdo con Percy Pacora Portella y Rommy Kendall Folmer (2006), en: *Violencia contra la mujer en el Perú*: “Tenemos una población estimada en 27 millones, de la cual el 50.1% (13E628,424) son mujeres.”

²⁴ Frase atribuida al jurista romano Ulpiano.

minar en un resultado positivo para el concebido. En la medida de que el cuerpo de la mujer, impedida por las circunstancias de expresar su voluntad, sea tratado con el respeto que merece, se podrá intentar salvar la existencia del hijo.

Existen tres circunstancias demarcadas que, luego de esta investigación, hemos podido identificar como generadoras de polémica en este tipo de casos. Asimismo, hemos hallado posibles respuestas objetivas a las mismas, que son las siguientes:

- **Gestante fallecida con cese absoluto de actividad en todos sus sistemas internos:** es plenamente identificada como un cadáver, sin discusión doctrinaria. La supervivencia del concebido dependerá totalmente de su grado de desarrollo y de lo que, médicamente, se pueda realizar por él después de extraerlo del cadáver de su progenitora.
- **Gestante en estado de coma:** se le deberá mantener conectada a equipos médicos si tiene posibilidades de recuperación y en la medida que esto sea positivo para el desarrollo del no-nacido mientras el trato que reciba no sea peyorativo ni merme su derecho a la dignidad.
- **Gestante con muerte cerebral:** legalmente, en el Perú, debe ser reconocida como una persona fallecida. La supervivencia del concebido dependerá de una serie de criterios médicos objetivos. La decisión de ser desconectada,

usualmente, recae sobre los familiares correspondientes de acuerdo con la jurisprudencia internacional revisada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar, P. "Muerte Cerebral" Online (2013). Disponible en: <http://algarabia.com/ideas/muerte-cerebral/> (Consultado el 23.07.2015).

Amorim Biondo, C.; Paes da Silva, MJ; Dal Secco, LM. (2009). "Distanasia, eutanasia y ortotanasia: percepciones de los enfermeros de unidades de terapias intensivas e implicaciones en la asistencia" En: *Rev Latino-am Enfermagem* - 2009 setembro-outubro; 17(5) (Online). Disponible en internet: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v17n5/es_03.pdf (Consultado el 29.09.15)

Busquets et al. "Consideraciones sobre el embrión humano" (2009). En: *Bioética y debat.* Volumen 15, Número 57, Monográfico 2009. (Online). Disponible en internet: http://www.ibbioetica.org/es/img/home/BD_57_esp_F (Consultado el 10.07.15).

Candelaria, et al. (2004). "Enciclopedia Lúmina Siglo XXI". Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Calvo Meijide, A., "El nasciturus como sujeto de Derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista". Pg. 291. (Online). Disponible en internet: <http://www.aebioetica.org/rtf/06BIOETICA54.pdf> (Consultado el 10.07.15).

Cruz Ponce, L. "El nasciturus". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIII, núm. 67, enero-abril, p.38, 1990

De la Fuente-Hontañón, Rosario (2011). "La protección de la vida y la dignidad de la persona humana en el derecho peruano." En: *Repositorio institucional PIRHUA* (Online). Universidad de Piura, Disponible en internet: http://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1632/Proteccion_de_la_vida_y_dignidad_de_la_persona_humana.pdf?sequence=1 (Consultado el 29.09.15)

Fernández Sessarego, C. (1988). "Tratamiento jurídico del concebido", en *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*. Lima: Cultural Cuzco.

Fernández Sesarego, C. (1990). *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Lima: Universidad de Lima.

Friedman, L. (1994). "Contemporary Cases in Women's Rights". Wisconsin: Univ of Wisconsin Press.

González, L. (2006). *De la bioética—al bioderecho: libertad, vida y muerte*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

Juárez, A.; Carrillo, C.; Romero, S.; Motta, E. (1999). "Operación cesárea post-mortem con superviven-

- cia fetal. Informe de un caso". En: Revista Médica del Hospital General de México S.S.. Vol. 62, Núm. 2. Abril-Junio 1999.
- López, M. y Abellán, JC. (2009). Los códigos de la vida". Madrid: Homolegens.
- Mejía R. et al. (2008). "Muerte cerebral en una embarazada y sobrevida del feto". ISSN 0025-7680 En: MEDICINA, Buenos Aires.
- Morales Godo, J. (1997). *Hacia una Concepción Jurídica Unitaria de la Muerte*. Lima: PUCP.
- Pacora Portella, P., Kendall Folmer, R. (2006). *Violencia contra la mujer en el Perú*. En: Revista Diagnóstico. Vol. 45 N°4 octubre - diciembre 2006 (Online). Disponible en internet en: <http://www.fihu-diagnostico.org.pe/revista/numeros/2006/oct-dic/173-176.html> (Consultado el 04.08.15).
- Sgreccia, E. (2009). *Manual de Bioética I - Fundamentos y ética biomédica*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Spota, AG. (1949). *Tratado de Derecho Civil. Tomo I, Volumen 3*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

EL CONCEBIDO IN VITRO CRIOCONSERVADO COMO SUJETO DE DERECHO Y SU TRATAMIENTO DENTRO DE UN PROCESO DE DIVORCIO*

Luisa Villena Barahona**

Recibido: 25.08.2015

Aprobado: 04.10.2015

RESUMEN

El estudio trata sobre la problemática en torno al tratamiento del concebido in vitro crioconservado, cuando una pareja por motivos diversos no llega a consumir la inserción de los embriones creados in vitro en el cuerpo de la mujer, ya sea porque cambiaron de opinión -decidieron separarse-, se divorcian o uno de los cónyuges o ambos fallecen.

ABSTRACT

The study deals with the problems surrounding the fate of cryopreserved embryos obtained in *in vitro* fertilization cycles, when a couple fails, for a number of reasons, to insert embryos created in the laboratory into the wife's womb, either because they changed their minds -decided to separate- divorced or one of the spouses, or both, dies.

PALABRAS CLAVE

Crioconservación - Embriones congelados - Criogenia

KEY WORDS

Cryopreservation - Frozen embryos - Cryogenics

1. INTRODUCCIÓN

Existe una problemática latente que hasta la fecha no tiene atención, cual es la falta de regulación jurídica del destino de los embriones crioconservados, quienes luego de haber sido creados in vitro, no son implantados por diversos motivos.

Nuestro país carece de una legislación específica sobre esta

materia, dejando un preocupante vacío, más preocupante todavía por involucrar un tema tan importante como la vida. El presente trabajo no pretende plantear conclusiones definitivas, sino contribuir con el debate, creando mayor conciencia del tema, y así aportar posibles soluciones; todo ello en busca de la mejor protección de la vida humana, desde la concepción.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El avance de la ciencia ha facilitado la reproducción humana con técnicas de reproducción asistida. Estos cambios han traído consigo una serie de situaciones que tienen efectos legales que nuestra legislación aún no contempla, suscitándose diversos problemas en la cotidianidad de las personas que recurren a estas nuevas formas

* Resumen de la tesis sustentada por la autora, bajo el mismo título, para optar el título de Abogada en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, en el año 2014.

** Egresada de la Facultad de Derecho de la UNIFE y ex representante estudiantil ante el Consejo de Facultad. Alumna de la Maestría en Bioética y Biojurídica de la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo.

de procreación, creándose una afectación en las relaciones sociales y jurídicas.

Estos inconvenientes tienen que ver con el desmedido desarrollo social y científico frente a las normas del Derecho, lo que requiere entonces que se establezca un límite o un parámetro legal que contemple y ampare el derecho a la vida desde su procreación, sea natural o asistida.

El problema surge cuando una pareja que se somete al tratamiento in vitro, no llega a consumarlo por algún motivo, sea porque: cambian de opinión, deciden separarse, se divorcian o uno de los cónyuges o ambos fallecen; se genera entonces un problema, ya que existe un óvulo fecundado esperando ser implantado y ese concebido, ahora embrión, se mantiene en crioconservación esperando que alguien lo reclame y así poder desarrollarse autónomamente.

Ante esta situación nos preguntamos: ¿Qué sucede con ese concebido in vitro?, ¿debería ser desechado?, ¿es sujeto de derechos?, ¿qué derechos tienen los padres sobre él?

Se trata de un problema real que ya se da en otros países y que en un futuro cercano podría darse en nuestro entorno. Siendo así, es importante determinar si este concebido es sujeto de derechos y si existe una suerte de derechos de tenencia o disposición de

este nuevo ser por parte de sus padres

Debido a que en el Perú no hay estadísticas oficiales sobre esta problemática, no tenemos un referente que pueda darnos una cifra de los casos que se hayan podido presentar. En el plano legal, la Constitución protege la vida desde su concepción, pero falta regular el tratamiento de los llamados “bebés probeta”.

3. ANTECEDENTES TEÓRICOS

El Derecho le da la calidad de persona al hombre, solo el hombre es persona y toda persona es hombre (en el sentido de “ser humano”). Ahora bien, a toda persona le pertenecen derechos adquiridos por el simple hecho de existir y le son inherentes un conjunto de atributos jurídicos que necesariamente le corresponden,¹ lo cual se hace extensivo al concebido.

-

La vida empieza desde el momento de la fecundación, siendo ésta un proceso y no un suceso único, por el cual ocurre la fusión de los gametos masculino y femenino, produciéndose así el embrión. Puede, además, empezar la vida con la sustitución de un núcleo de un ovocito por una célula somática, originando así un embrión somático.

El bien jurídico que protege el Derecho, representa intereses relevantes de las personas en tanto, sujetos sociales. La

vida en sociedad requiere de la protección de ciertas normas e intereses individuales y de ciertos límites de relación entre los sujetos, y de relación entre el poder estatal y los sujetos, en tanto, la colectividad y no un grupo específico sean los beneficiarios. Desde este punto de vista, el bien jurídico no es patrimonio solo del derecho represivo sino del derecho como regulador de relaciones interpersonales y sociales.

Existe cierta discusión en doctrina con respecto al bien jurídico protegido alrededor del concebido, pero las diferencias en realidad son más de forma que de contenido.

El bien jurídico tutelado o protegido es el derecho a la vida del fruto de la concepción. En este sentido, la jurisprudencia encontrada es unánime respecto a que lo que se protege es la vida del feto, de tal modo que se ha dicho que “*la no comprobación de que haya existido un feto con vida y que la conservación al momento del hecho impide tener por configurados los requisitos de la figura en cuestión*”.

El derecho a la vida presenta la siguiente naturaleza:²

- Es una cualidad consustancial al ser humano.
- Está reconocido en nuestro sistema legislativo.
- Se encuentra protegido en nuestro sistema legislativo.

¹ León Barandarian, José (2001). *Curso Elemental de Derecho Civil Peruano*. Segunda Edición. Lima, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 95.

² Fernández Sessarego, Carlos (1997). *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Lima, Universidad de Lima, p. 68.

- Es un derecho intransferible e irrenunciable por ser el principal derecho y el fundamental que es inherente al ser humano.

4. ALGUNAS REFERENCIAS AL DERECHO A LA VIDA EN NUESTRA LEGISLACIÓN

El Código Civil de 1984, en su artículo primero dice: “*La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.*” En consecuencia, en nuestra legislación, la persona humana existe como tal a partir solo de su nacimiento y es titular de los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales y mixtos que le competen, y puede disfrutar de ellos a través de sí misma o de su representante. Ello sin perjuicio de reconocer al concebido como vida humana, como ser humano, como sujeto de derechos, con sus propios derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

La Constitución de 1993 aprobó en su artículo 2 inciso 1 que “*Toda persona tiene derecho: a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece*”. El texto tiene como antecedente directo lo que ya había sido establecido por el Código Civil de 1984, cuando señala en su artículo 1 que “*el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece*” y que “*la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo*”.

Con ello, la Constitución de 1993, al igual que la legislación civil, acogió la llamada teoría de la subjetividad, siendo una propuesta que en su momento carecía de antecedentes legislativos. Asimismo, ratificó el descarte de la antigua teoría que consideraba al concebido como una parte de la madre (teoría *portuio mulieris*) y también dejó de lado la clásica y difundida teoría de la ficción; para Fernández Sessarego, la teoría de la ficción era incoherente en tanto para dicha teoría “*el concebido es lo que no es -nacido- y cuando es, ya no es -concebido- desde que es persona natural. Es decir, que es y no es al mismo tiempo*”³.

Fernández Sessarego tuvo la iniciativa de reconocer al concebido como sujeto de derecho autónomo en el Código Civil de 1984, indicando expresamente que debe ser diferenciado del concepto de persona. El autor, al justificar su propuesta, hace referencia a la necesidad de aprehender sistemáticamente, a nivel normativo, la dimensión sociológico-existencial, que integra el fenómeno jurídico, y en la cual el ser humano se hace presente de cuatro (04) modos: Como concebido, como persona natural, como persona jurídica o como aquellas organizaciones que, comportándose como personas jurídicas, no han cumplido con el requisito de su inscripción en el registro respectivo.⁴

El Estado peruano fue el primero en reconocer la calidad de sujeto de derecho al concebido, estatus jurídico por el cual el “no nacido” deja de ser solo un bien constitucionalmente tutelable para constituirse en un centro de imputación de derechos.

5. ALGUNAS REFERENCIAS EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Existe controversia ante el tratamiento legal que debe recibir el concebido; por ejemplo, el Convenio de Derechos Humanos y Europa directamente habla de derecho a la vida, pero no dice “*desde la concepción*”.

Sin embargo una interesante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha resuelto, en octubre de 2011, que no se pueden patentar células madre obtenidas de embriones humanos ni sus materiales biológicos derivados, siendo la referida declaración muy importante porque **define al embrión como todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación.**⁵

Además, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, si bien reconoce la libertad de investigación científica y tecnológica, destaca que esta se realice en el marco de los principios éticos enunciados en dicha Declaración, tales como: El pleno respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamen-

³ Ibídem.

⁴ Ibídem.

⁵ Para más detalle, véase: Cárdenas Krenz, Ronald. “*Dos Interesantes sentencias a propósito de la posibilidad de patentar embriones y genes*”. En: *Revista, Persona y Familia. Primer Volumen Nro. 2*. Lima, Instituto de Familia. Universidad Femenina del Sagrado Corazón, diciembre 2013.

tales, también menciona la vital importancia de los intereses y bienestar de la persona sobre el interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.

En la legislación comparada, el Distrito Federal de México ha dictado hace no mucho una ley aceptando la maternidad subrogada; con determinados límites. Por su parte, Brasil tiene un decreto por el que acepta en determinadas circunstancias la maternidad subrogada.

En cuanto al requerimiento del consentimiento para la fecundación asistida, en Europa, el artículo 5° de la Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina, suscrita en Oviedo el 4 de abril de 1997, requiere el consentimiento informado de la persona interesada para cualquier intervención en su salud, consentimiento que se puede revocar libremente en cualquier momento.

Por su parte, el artículo 6° de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005, establece que el consentimiento informado debe expresarse y puede ser revocado por la persona interesada en cualquier momento y por cualquier razón sin desventaja o perjuicio para ella.

Entre los Estados miembros de la Unión Europea, el Reino Unido no es el único que ga-

rantiza a las dos partes de un tratamiento de reproducción asistida el derecho a revocar el consentimiento al uso o almacenamiento de su material genético. Sin embargo, el momento de revocación de dicho consentimiento no recibe un trato uniforme.

Del informe del Consejo de Europa de 1998, sobre asistencia médica a la procreación y protección del embrión humano (estudio comparativo sobre la situación en treinta y nueve países) se desprende que las leyes danesa, francesa, griega y suiza prevén expresamente el derecho de las partes a revocar el consentimiento en cualquier momento anterior a la implantación. En Holanda, este derecho figura en los textos de aplicación; en Alemania, Bélgica y Finlandia deriva de la práctica clínica, mientras que Islandia, Suecia y Turquía reconocen, en su legislación o en la práctica, el mismo derecho de veto que la ley inglesa. En Austria, Estonia e Italia, el hombre sólo puede revocar su consentimiento hasta la fecundación, momento a partir del cual es la mujer quien decide si continúa con el tratamiento.

6. ALGUNAS JURISPRUDENCIAS DE INTERÉS Y OPINIONES DOCTRINARIAS EN EE.UU.

Si bien los fallos de los tribunales norteamericanos han sido uniformes en cuanto a su resultado, esto es, la pre-

valencia de la parte contraria a la implantación de los embriones, los fundamentos de dichas decisiones difieren esencialmente, por lo que cada uno de los casos merece un análisis por separado: *Davis v. Davis*⁶ (1992), *Kass v. Kass*⁷ (1998), *A.Z v. B.Z*⁸ (2001) y *J.B v. M.*⁹ (2001).

Tal como lo ha señalado la doctrina estadounidense, el hecho de que en el caso *A.Z* y *J.B* los tribunales respectivos hayan basado su decisión en consideraciones de orden público, alejándose de la presunción de validez y exigibilidad de los acuerdos relativos a embriones criopreservados establecida en *Davis* y *Kass*, ello no implica que dicha presunción haya sido completamente desechada por los tribunales de ese país¹⁰.

Así, no queda claro en los fallos de las Cortes de Massachusetts y Nueva Jersey si todos los acuerdos en esta materia son inexigibles por las partes, o sólo aquellos que podrían obligar a una de ellas a convertirse en padre o madre contra su voluntad. Además, en el caso *A.Z*, la corte señaló que si bien la procreación forzada es inaceptable, la exigibilidad de un acuerdo que establece la destrucción o la donación de los embriones para fines de investigación es todavía una cuestión abierta¹¹.

Sin embargo, ante la aparente preferencia de los tribunales

⁶ En: Farnós Amorós, Esther (2011), *Consentimiento a la Reproducción Asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Atelier Libros, 2011, p. 842.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

norteamericanos por solucionar estos litigios a través de la preeminencia de la voluntad de las partes, la doctrina de ese país ha señalado una serie de objeciones a la validez y exigibilidad de este tipo de acuerdos.

- Existencia de una carga emotiva y psicológica que generalmente tiene como efecto que el acuerdo suscrito por las partes no sea representativo de su verdadera intención¹², no estando por tanto las partes en condiciones de entender las implicancias del caso.
- Debe aplicarse el mismo criterio seguido por la jurisprudencia para los acuerdos prenupciales, los cuales sólo se consideran obligatorios en materias pecuniarias que afecten únicamente a los cónyuges, pero no en lo relativo a la custodia, visitas o alimentos debidos a los hijos, ya sea presentes o futuros¹³. Así, en los casos de reproducción asistida, los acuerdos también deberían estar sujetos a la revisión y aprobación de los tribunales, sin que deba presumirse su validez y exigibilidad.¹⁴
- En materia de adopción la situación es similar, ya que en la mayoría de los estados el consentimiento de

la madre en orden de dar en adopción a su hijo sólo es válido una vez que el niño ha nacido¹⁵. El mismo razonamiento puede ser aplicado en el caso de los acuerdos suscritos por una pareja relativos al destino de sus futuros embriones.

- Según la Corte Suprema de EEUU, la mujer puede optar por el aborto en ejercicio de su derecho a la privacidad en materia reproductiva. En el caso Roe, dejó establecido que, bajo la Constitución, el feto no era persona y, por tanto, el Estado no podía limitar el derecho de la mujer a disponer de un feto no viable. Por ello, sostuvo que durante los 3 primeros meses de embarazo, la mujer puede terminarlo con razón o sin razón alguna. Del mismo modo, toda mujer a la que se le implantaran embriones podría poner fin al embarazo en el mismo lapso, interpretación que cuestionamos, pues debe priorizarse el derecho a la vida de quien no puede defenderse y por lo tanto es asesinado.

Para otro sector de la doctrina, las decisiones de las cortes de favorecer a la parte contraria a la implantación, discriminan abiertamente a las mujeres que hacen uso de las TERAs en relación a aquellas que pue-

den concebir y gestar un hijo naturalmente¹⁶. Así, una mujer que puede concebir in vivo está plenamente protegida en su derecho fundamental a procrear (o a no procrear) desde el momento de la concepción, mientras que una que debe recurrir a las TERAs pierde tal derecho desde el momento en que el huevo es extraído de su ovario y hasta que el embrión resultante le sea implantado, ya que ante la inexistencia de embarazo físico, los tribunales norteamericanos no consideran que los derechos reproductivos de la mujer puedan ser ejercidos por ésta.

Ahora bien, en las TERAs, si se da a la mujer control sobre los embriones criopreservados hasta la época en que éstos puedan considerarse viables, dicho tiempo podría extenderse indefinidamente, ya que una mujer que se someta a ellas podría dejar pasar meses o años hasta que los embriones le fueran implantados¹⁷, tornando incierta la situación para el varón, quien no puede ser mantenido indefinidamente en la incertidumbre respecto de si se convertirá en padre o no, con todas las consecuencias psicológicas, emocionales y legales que ello implica.

7. ANÁLISIS DEL TEMA

Como con la concepción se inicia la vida humana, surge entonces el “*ser humano gené-*

¹² *Ibidem*.

¹³ Sieck, W., “In Vitro Fertilization and the Right to Procreate: The Right to No”, en: *University of Pennsylvania Law Review*, Dic. 1998, p. 446.

¹⁴ Annas, G. “The Shadowlands: Secrets, Lies and Assisted Reproduction”, en: *New England Journal of Medicine*. 1998, p. 936.

¹⁵ Farnós Amorós, Esther (2011). *Op. cit.*, p. 25.

¹⁶ *Ibidem*, p. 459.

¹⁷ Farnós Amorós, Esther (2011). *Op. cit.*, p. 462.

*ticamente individualizado*¹⁸, por tanto -como dice Fernández Sessarego-, es un sujeto de derecho, digno de protección y tutela. En cuanto ser humano y consiguientemente “sujeto de derecho”, posee derechos que protegen sus intereses o exigencias existenciales como son, entre otros, el de su vida e integridad psicosomática.

La capacidad de procrear de la persona no es ilimitada, sino que debe ser realizada dentro de ciertos lineamientos esenciales. Uno de ellos es la defensa y el respeto y consideración que se debe de tener con la vida que ha de generarse. Aquí prima el interés superior del niño que si bien aún no existe, pues no ha sido concebido, tiene todo el derecho de nacer dentro de condiciones naturales, de encontrarse con una familia establecida y de contar con un hábitat adecuado.

La criogenia es un típico acto de manipulación que implica la existencia de aplicación excesiva de técnicas de fecundación extracorpórea, embriones supernumerarios y transferencia embrional.

La ausencia de regulación de embriones crioconservados genera vacíos legales respecto a la disposición de estos en los procesos de divorcio y para el reconocimiento de derechos que tienen los cónyuges sobre ellos.

Estimamos que no debería practicarse la crioconservación de embriones, debido a que la misma vulnera los derechos

del concebido, puesto que nadie puede privar al mismo del pleno goce de sus derechos que dimanen y se fundamentan en su propia naturaleza de ser humano.

No existiendo en el Perú un ordenamiento específico que regule las técnicas de reproducción humana asistida, si se examina la legislación encontramos artículos diseminados en diversas leyes, como por ejemplo:

La Ley de Propiedad Industrial (Decreto Legislativo N° 823), que señala en su artículo N° 28, inciso d) que no serán patentables las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo.

El Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102), que establece en su artículo primero que todo niño y adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. Dicho código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental.

La Ley General de Salud (Ley N° 26842) indica en su artículo N° 7 que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestacional recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas

de reproducción humana asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

En este sentido, es de vital importancia contar con una legislación acorde que regule los avances de la genética en beneficio del ser humano, sobre la base de la protección al embrión y a las personas que recurren a las técnicas como beneficiarias, prohibiéndose de manera directa la manipulación de embriones.

Siendo que el concebido, goza del derecho a la vida, que es un derecho extrapatrimonial, irrenunciable y fundamental, ello conlleva a exigir sus otros derechos sin limitación alguna. En consecuencia, nuestra postura es que el congelamiento de embriones debe respetar la calidad humana del embrión, pues en el tratamiento de la fecundación in-vitro se suspende el desarrollo natural psíquico y fisiológico del mismo, no pudiendo ser tratado como objeto para fines de investigación, ni sometido a procesos de selección o congelación, ni mucho menos a su muerte o destrucción.

La práctica de la crioconservación in vitro vulnera el derecho a la vida y, en todo caso, si esta se diera, debería existir el marco legal adecuado para minimizar cualquier

¹⁸ Fernández Sessarego, Carlos (2012). Derecho de las Personas. Editorial Motivensa SRL, Lima, p. 67.

violación de los derechos del concebido.

La legislación comparada que regula las técnicas de reproducción humana asistida en diversos países europeos, es a veces contradictoria. Pudiendo apreciarse dos tendencias legislativas claramente marcadas: aquella que da prevalencia al desarrollo técnico y la otra que protege a la persona humana.

En nuestro país, desde hace aproximadamente una década, se realizan las técnicas de reproducción humana asistida; a pesar de ello, no existe un cuerpo legal orgánico y sistemático que regule el desarrollo de la genética y su influencia en las relaciones sociales. La falta de un ordenamiento jurídico especializado en nuestro país ocasiona una desprotección no sólo en cuanto a la vida humana sino también en cuanto a la familia y la sociedad en general.

En la actualidad, son los médicos y biólogos de las diversas Clínicas de Fertilidad de nuestro país, quienes en base a criterios éticos personales, aplican sin ningún tipo de regulación legal las técnicas de reproducción humana asistida.

El concebido es un ser humano, sujeto de derechos y se debe proteger sus intereses y exigencias existenciales como son: La vida y la integridad, motivo por el cual coincido con Rubio Correa quien señala que “el Concebido es vida humana que aún no ha nacido,

pero que tiene existencia para el Derecho, la vida humana comienza con la concepción.”¹⁹

Además, como señala el profesor y genetista español Nicolas Jovue: “Lo que hay antes y lo que hay después es el mismo ente, no hay uno anterior ni uno posterior. Si esto es así desde el punto de vista biológico, pues lo debe ser también desde el antropológico y desde cualquier otra consideración”. Agrega, en sustentada crítica a quienes sostienen que la vida empieza con la anidación, que “La implantación es un elemento más, pero no es el elemento determinante entre lo que debe considerarse persona o no persona”.²⁰

Entonces, tenemos que la vida humana empieza con la concepción y que el concebido, aunque incapaz de entender y de querer y hasta un cierto periodo de expresar sus sentimientos, es un fin en sí mismo y no puede ser reducido a la calidad de medio o instrumento para lograr otros fines.

El concebido es el ser humano antes de nacer que pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de deberes y derechos que lo favorecen. Es por eso que se define que es un sujeto de “derecho favorecido”.

8. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Consideramos que, en primer lugar, a pesar de todos los

beneficios que puede traer la reproducción asistida a la reproducción humana, permitiendo que se pueda concebir con ayuda de la ciencia, debe ponerse de manifiesto la existencia de otras opciones alternativas y, si fracasan, se tiene que aceptar la esterilidad de forma más que definitiva.

Las parejas que no pueden reproducirse naturalmente pueden recurrir a la reproducción asistida, conforme a lo que establece la Ley General de Salud, pero el proceso de crioconservación de embriones debería prohibirse porque atenta contra la vida humana. Empero, siendo que en la práctica se da, estimamos que, en todo caso, debería regularse la misma.

En la jurisprudencia extranjera, los tribunales superiores estadounidenses, respecto al destino de los embriones criopreservados, no han sido uniformes en cuanto a favorecer a la parte contraria a la implantación, los fundamentos jurídicos de dichas resoluciones son diversos e incluso opuestos. Así, en *Davis y Kass*, los tribunales respectivos establecieron como principio la validez y exigibilidad de los acuerdos de las partes en esta materia. Sin embargo, en dos casos posteriores, *A.Z* y *J.B*, la decisión estuvo basada en consideraciones de orden público, que de acuerdo al razonamiento de los tribunales no permiten imponer acuerdos que tienen como efecto ligar a un individuo con una futura descendencia. Nuestra postura ante

¹⁹ Rubio Correa, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima, Fondo Editorial PUCP, p. 26.

²⁰ Entrevista a Nicolás Jovue. En: Diario El Comercio. Lima, edición del 15.06.2013, p. A-26

esto es que definitivamente es imprescindible regular el uso del material genético, siendo que en esta materia se presentan casos similares a estos en nuestro país que no tienen asidero legal y que son tratados de manera incipiente, causando una desprotección tanto para el crioconservado como para los sujetos involucrados en el conflicto de intereses.

Tampoco la doctrina tiene una postura única respecto del tema. Si bien parece haber unanimidad en cuanto al rechazo de resolver estas disputas por medio de los acuerdos previos de las partes, para algunos autores la implantación requiere siempre del consentimiento contemporáneo de los progenitores, por lo que, en caso de desavenencia, los embriones deberían ser destruidos o donados para fines de investigación. En este punto, planteamos que no debería hacerse uso indiscriminado de los embriones, por ser vidas humanas que merecen un tratamiento constitucional y deberían establecerse límites para su utilización.

Por su parte, otro sector de la doctrina estima que debe igualarse la situación de la mujer que se somete a estos procedimientos con la de una mujer capaz de concebir en vivo, por lo que debe darse a la madre pleno control sobre los embriones criopreservados durante un término análogo al establecido por la jurisprudencia relativa al aborto. De esta manera, el futuro de los embriones que se encuentran en estado de crioconservación en las clínicas es incierto, ya que en definitiva los progeni-

tores no pueden estar seguros de si los acuerdos suscritos por ellos serán respetados y deberían respetarse, protegiendo al crioconservado.

Cuando nos referimos a aquel ser humano que se halla en un banco de preembriones y por ende, no se encuentra en el útero de la mujer, hablamos de la necesidad de buscar una fase de gestación o desarrollo para el crioconservado, y frente a un proceso de divorcio de sus progenitores, este debe ser implantado en la madre genética, y de existir un acuerdo entre ambos progenitores, podría donarse a una pareja infértil. Pero bajo ningún motivo puede eliminarse dicho embrión, por lo que debe respetarse los derechos del mismo, permitiéndole así su desarrollo.

Tal como se aplica en otros países, se debería establecer el tratamiento del nasciturus y el destino que se le dará, en el caso de fallecimiento de la madre, ya que el nasciturus ya no podrá ser gestado por ella y, al no poder transferirse al marido, con el transcurso de un tiempo pasará a disposición del Banco autorizado, en cuyo caso se debe considerar a todos los efectos con las mismas consecuencias que si procediera de donación, es decir, que en ningún caso se determinará la filiación y será madre legal no la madre genética, sino la gestante.

No debería restringirse la protección y salvaguarda que los embriones en crioconservación merecen, pues estamos frente a una vida humana y debe respetarse los derechos que

posee; debiendo constituirse todos los mecanismos para que sea fertilizado en un útero materno y cumpla la finalidad para la cual fue fecundado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Annas, G., "The Shadowlands: Secrets, Lies and Assisted Reproduction", en: *New England Journal of Medicine*. 1998.

Cárdenas Krenz, Ronald. "Dos Interesantes sentencias a propósito de la posibilidad de patentar embriones y genes". En: *Revista del Instituto de Familia Derecho, Persona y Familia. Primer Volumen Nro. 2*. Lima, Universidad Femenina del Sagrado Corazón, diciembre 2013.

Farnós Amorós, Esther. *Consentimiento a la Reproducción Asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Atelier Libros, 2011.

Fernández Sessarego, Carlos. *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Lima, Universidad de Lima, 1997.

Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho de las Personas*. Editorial Motivensa SRL, Lima, 2012.

Jouve de la Barrera, Nicolas; *El Manantial de la Vida. Genes y Bioética*. Ediciones Encuentro. Madrid, 2013.

León Barandiarán, José. *Curso Elemental de Derecho Civil Peruano*. Segunda Edición. Lima, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2001.

Sieck, W., "In Vitro Fertilization and the Right to Procreate: The Right to No", en: *University of Pennsylvania Law Review*, diciembre 1998.

Rubio, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1999.

UN ESTUDIO EMPÍRICO SOBRE LA INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO Y SU ENEMISTAD CON LA METODOLOGÍA CIENTÍFICA

*Wilde Mollan**

Recibido: 07.07.2015
Aprobado: 30.09.2015

RESUMEN

Las investigaciones de postgrado en derecho siguen en cuanto a su forma el enfoque de investigación cuantitativa. Hemos accedido a las tesis producto de esas investigaciones para observar si se ajustan a las pautas metodológicas mínimas exigidas en ciencias sociales.

ABSTRACT

Research postgraduate law follow as to form the focus of quantitative research. We have accessed to the thesis, the product of such research, to see if they meet the minimum methodological standards required in social sciences.

PALABRAS CLAVE

Derecho. Doctrina jurídica. Metodología. Investigación científica.

KEY WORDS

Law. Juridical doctrine. Methodology. Scientific investigation.

RESULTADOS

De las tesis observadas ($n = 136$), casi la mitad (41.18 %) no explicitan, establecen o determinan las variables de investigación, y el otro considerable número de tesis sí las explicitan estableciendo entre ellas exclusivamente relaciones de causalidad (56.62 %). Significativamente, las tres cuartas partes (85.29 %) del total de las tesis no operacionalizan las variables, la mitad

de ese porcentaje es atribuido a la consecuencia natural de no explicitar previamente las variables, y sólo un reducido porcentaje (13.24 %) operacionalizan las variables relacionadas causalmente. El resultado más significativo es que más de la mitad de los trabajos de investigación (56.62 %) no utilizan instrumentos para medir las variables por no estar determinadas, y el otro gran porcentaje (29.41 %) utiliza instrumentos de me-

dición sin haber operacionalizado las variables a medir, lo que lleva a la utilización inapropiada de los diversos instrumentos aplicados.

CONCLUSIÓN

Las investigaciones en derecho pretenden seguir el enfoque cuantitativo de investigación pero no se ajustan a sus exigencias mínimas metodológicas ampliamente aceptadas en las ciencias sociales.

* Investigador de Ciencix. Abogado socio del estudio jurídico Pro Ius Abogados. Asesor externo en metodología de investigación en derecho de pregrado y postgrado. E-mail: wmln@tuta.io.

1. INTRODUCCIÓN

En muchas ocasiones he sido testigo de la desesperación que genera en las personas las indagaciones metódicas en derecho, más aún cuando son supervisadas por alguna institución superior que exige para realizarlas la adecuación a la metodología científica.

Me preguntaba, en un momento, al haberme detenido a revisar detalladamente algunas de estas indagaciones plasmadas en las tesis, si los investigadores adoptaban algún esquema metodológico, porque lo que más saltaba a la vista era la disparidad e irregularidad en su estructura entre cada una de ellas, lo que convirtió la revisión de sus capítulos en una actividad que involucraba al azar y a la buena suerte. Hallar dos tesis esquemáticamente semejantes, ya era un logro.

Las escuelas de postgrado de Derecho de las diferentes universidades exigen la persecución de un esquema (o enfoque) y, curiosamente, exclusiva y caprichosamente uno: el esquema científico-cuantitativo. Lo más probable es que en este momento en que usted lee este artículo algún proyecto de investigación de tesis o el informe final de tesis, en alguna Facultad de Derecho, esté siendo aprobada transgrediendo las normas que exigen el seguimiento de ese esquema, establecidas por esa misma Facultad.

Todas las tesis puesta bajo examen, fueron analizadas sin revelar a sus autores y los textos completos han sido registrados

para posteriores investigaciones que intenten dar respuesta a preguntas que invaden fronteras filosóficas, en las que, como es sabido, no existe un consenso de arrebatarle el rótulo de ciencia a la práctica de indagación de los estudiosos del derecho, aunque conozcan las incompatibilidades entre los métodos doctrinarios y el método científico.

A pesar de que la lista de autores es amplia de quienes califican de científica la actividad intelectual ejecutada en las escuelas de derecho, no existen trabajos que intenten poner a prueba esta afirmación, teniendo en cuenta que esos mismos autores son los que han dejado en estanterías el producto de su investigación «científica» de grado (sí, sus tesis). Por lo que esta investigación está motivada en ese vacío, intencionado tal vez, que nos revela un fenómeno muy peculiar de entusiasmo, promovido por las Facultades de Derecho, que buscan la científización de la búsqueda de nuevos conocimientos en una disciplina que ha venido desarrollándose durante miles de años sin el apoyo metodológico de lo que hoy se denomina ciencia.

De aquí, me detuve a formular el problema de manera interrogativa, pues si todas las tesis que había observado hasta ese entonces pasaban por alto el empleo del método de la ciencia (entiéndase *social*), era posible que todas las tesis no aplicaran dicho método. Construí una pregunta de trabajo para plantearla de la siguiente manera: ¿Las tesis de postgrado de derecho han sido

elaboradas empleando el método científico?

Para plantear la hipótesis, fue importante el contexto y algunos datos adicionales. Durante mi labor de asesor metodológico de investigaciones externo, cotidianamente noté no solo una contradicción entre el tesista y la institución que aprueba su tesis, sino una contradicción mucho más dérmica que se da entre las exigencias metódicas de la universidad y lo que los asesores internos -asignados al tesista por la misma universidad- consideran por investigación científica y que determinan el curso de las indagaciones. Noté que los asesores se desentienden completamente de las exigencias institucionales de plantear problemas de manera científica y de resolverlos de la misma manera, a saber, descuidando por completo 1) la explicitación y el establecimiento de relaciones entre las variables, 2) la determinación de cómo han de ser definidas operacionalmente, y 3) la especificación de cómo han de ser medidas para contrastar las afirmaciones propuestas. A consecuencia de esto, la hipótesis de trabajo se calibró para observar la presencia de dichas pautas del método de la ciencia que se aplican a esos estudios y contrastar lo siguiente: *Las tesis de postgrado de derecho no emplean el método científico, al no justificar una relación válida entre sus variables, no definir operacionalmente a estas, ni aplicarles instrumentos matemáticos o estadísticos confiables y válidos para su medición.*

Los objetivos de esta investigación giraron claramente en indagar sobre esas pautas fijadas institucionalmente y la forma en cómo se aplicaron en las tesis de postgrado de derecho.

2. METODOLOGÍA

Como unidad de análisis fue tomada la tesis de postgrado en Derecho culminada, presentada, sustentada y aprobada, y desde luego, puesta a disposición del público.

Las variables de esta investigación fueron las siguientes: la relación entre las variables en la tesis (*R*), la operacionalización de esas variables en la

tesis (*O*), y los instrumentos de medición empleados para medir esas variables operacionalizadas en la tesis (*M*).

La población consistió en las tesis de postgrado de la ciudad de Trujillo. Tomándose como muestra las tesis disponibles en estantería de los últimos diez años, entre el periodo 2004 al 2014. De todas las universidades de Trujillo, solo una universidad nacional y una privada fueron las únicas que contaron con tesis de postgrado accesibles al público en general, las otras no ofrecieron un catálogo de tesis, sea 1) porque no contaban con ninguna tesis o 2) porque no eran

de acceso público al momento de solicitarlas; aunque lo que refirieron los administrativos de las bibliotecas es que en su mayoría se debió a la primera razón. Las universidades con tesis no accesibles al público no fueron consideradas en el estudio.

Las variables propuestas a medir en la presente investigación se constituyeron como ítems para su categorización y asignación de valores nominales a cada una de ellas de acuerdo a la escala de Likert, que son expuestas a continuación.

3. RESULTADOS

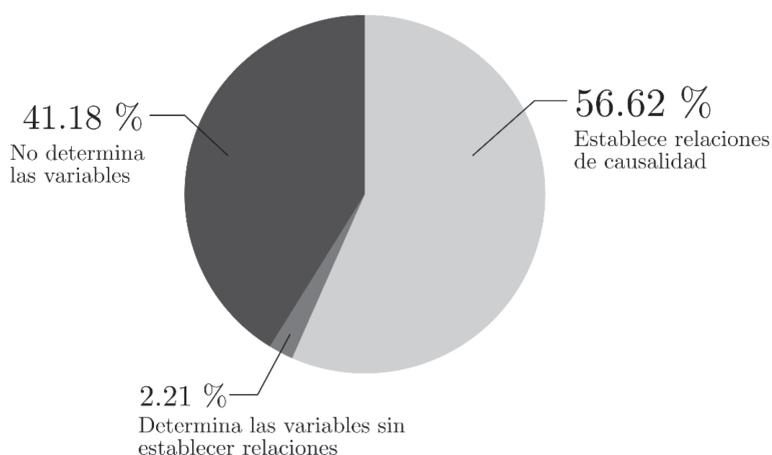


Gráfico No. 1
¿Qué relaciones se establecen entre las variables?

Cuadro N.º 1

Categoría	F	%	%A	Estad. Desc.	Valor
No determina las variables	56	41.18	41.18	Media	2.72
Determina las variables sin establecer relaciones	3	2.21	43.38	E.E.M.	0.13
Establece correlación entre las variables	0	0.00	43.38	Moda	4.00
Establece relaciones de causalidad	77	56.62	100.00	Des. Est.	1.47
Total	136	100.00		Varianza	2.17
				Curtosis	-1.92
				Asimetría	-0.29
				Mediana	4

Al medir nuestra variable *R*, se encontró que en un 41.18 % ($f = 56$) de las tesis el investigador no determina o establece expresamente las variables en su estudio, y un 2.21 % las explicita, pero entre ellas no

establece ningún tipo de relación. Sin embargo, todas las tesis que han establecido explícitamente las variables, que corresponde a un 56.62 % ($f = 77$), establecen exclusivamente relación de causalidad,

dejando de lado cualquier otro tipo de relación entre ellas, como es el caso de la correlación. No hay otro tipo de relación que se establezca entre las variables sino exclusivamente las de causa-efecto.

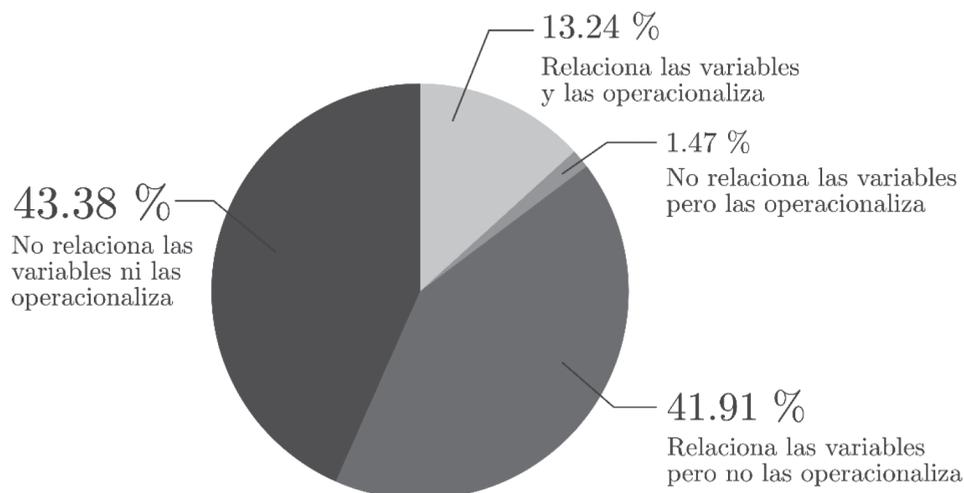


Gráfico N° 2
¿Se operacionalizan las variables?

Cuadro N.° 2

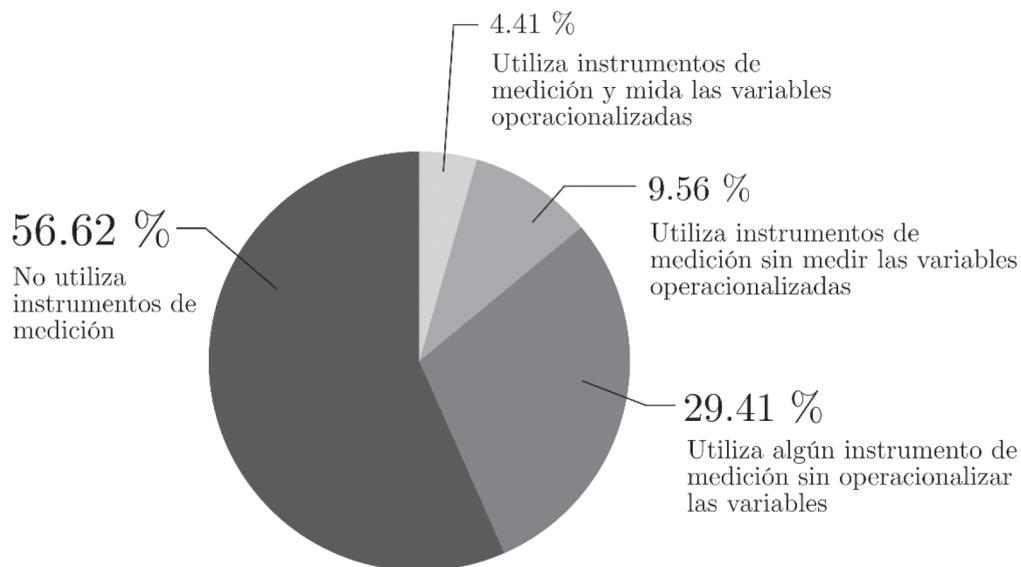
Categoría	<i>F</i>	%	%A	Estad. Desc.	Valor
No relaciona las variables ni las operacionaliza	59	43.38	43.38	Media	1.85
Relaciona las variables pero no las operacionaliza	57	41.91	85.29	E.E.M.	0.08
				Moda	1.00
No relaciona las variables pero las operacionaliza	2	1.47	86.76	Des. Est.	0.98
				Varianza	0.96
				Curtosis	0.47
Relaciona variables y las operacionaliza	18	13.24	100.00	Asimetría	1.18
				Mediana	2
Total	136	100.00			

En estrecha vinculación con la variable *R*, está la variable *O*. En esta última se halló que un 43.38 % ($f = 59$) no explicita las variables, lo que lleva a suponer que tampoco las definen operacionalmente, debido a que no pueden definir algo que no existe como

parte de la investigación. Por otro lado, el 41.91 % ($f = 57$), al establecer las relaciones de causalidad entre las variables, no las definen operacionalmente. Un número bastante reducido que constituye el 1.47 % ($f = 2$) del total de las tesis, al establecer

explícitamente las variables sin especificar ninguna relación entre ellas, ofrece definiciones operacionales en su investigación. Por último, un 13.24 % ($f = 18$) que establecen relaciones de causalidad entre variables sí las definen operacionalmente.

Gráfico N.º 3
¿Utilizan instrumentos de medición?



Cuadro N.º 3

Categoría	f	%	%A	Estad. Desc.	Valor
No utiliza instrumentos de medición	77	56.62	56.62	Media	1.62
Utiliza algún instrumento de medición sin operacionalizar las variables	40	29.41	86.03	E.E.M.	0.07
	13	9.56	95.59	Moda	1.00
				Des. Est.	0.83
				Varianza	0.70
				Curtosis	0.96
Utiliza instrumentos de medición y mide las variables operacionalizadas	6	4.41	100.00	Asimetría	1.29
				Mediana	1
Total	136	100.00			

En la variable *M* se muestran los datos más importantes en lo que respecta al método científico. El 56.62 % ($f = 77$) de los casos analizados no utilizan instrumentos de medición, que puede ser consecuencia natural de la inicial dificultad en la determinación de las variables como se observa del gráfico N.º 1. Un 29.41 % ($f = 40$) utiliza instrumentos de medición sin antes haber definido operacionalmente las variables. Otro grupo que constituye el 9.56 % ($f = 13$),

a pesar de haber realizado tal definición, utilizan instrumentos que no están dirigidos a su medición, midiendo variables no introducidas ni definidas en la tesis. Y, significativamente, del total de las tesis, sólo el 4.41 % ($f = 6$) utilizan instrumentos de medición para poner a prueba sus hipótesis.

4. DISCUSIÓN

Puede sorprender que la exigencia en las investigaciones por parte de las escuelas de

postgrado de Derecho consista en la adecuación a un formato de indagación cuantitativa, cuando ese formato es dejado de lado en casi la totalidad de ellas. Es interesante observar que las mismas hayan sido aprobadas por un comité evaluador previo a su sustentación y hayan dejado pasar por muy en alto la búsqueda metódicamente parametrada del tesista. La miopía del evaluador previo para verificar si se ajusta al método científico, se consuma en la sustentación

y aprobación del trabajo por parte del jurado calificador. Es decir, tres personas (el jurado) conocedoras del enfoque cuantitativista del método que debió seguir el tesista lo dejan completamente de lado.

Debemos saber que en la metodología científica moderna para las ciencias sociales, se encuentran enfoques distintos y complementarios: *enfoque cuantitativo* y *enfoque cualitativo*, que son paradigmas de la investigación científica, pues ambos emplean procesos cuidadosos, sistemáticos y empíricos en su esfuerzo por generar conocimiento. Con el enfoque cuantitativo se usa la recolección de datos para probar hipótesis, *con base en la medición numérica* y el análisis estadístico, para establecer patrones de comportamiento y probar teorías, y el enfoque cualitativo se diferencia por la utilización y recolección de datos *sin medición numérica* para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Hernández, Fernández-Collado, Baptista, 2006).

Lo que permite que este fenómeno tan particular de elaboración de «trabajos científicos» en el Derecho, con el incumplimiento de reglas metodológicas preestablecidas, y con la aceptación tácita institucionalizada de ese incumplimiento, es la confusión entre las ciencias sociales y el estudio doctrinario del derecho, manifestado en la naturaleza del objeto de estudio y el fin que persigue su investigación.

En ambos enfoques mencionados, adoptados en las ciencias

sociales, se parte siempre de un *hecho* directa o indirectamente observable. En las ciencias sociales los hechos involucran comportamientos colectivos y la medición o internamiento participante en esos hechos es realizada para alcanzar el descubrimiento u obtener patrones recurrentes, lo que se repite de manera regular, y comprobar si estos datos una vez ordenados corresponden o no con las teorías que sustentan previamente la investigación. Sin embargo, el objeto de estudio en el estudio doctrinario del derecho, es la *normatividad* (Torres, 2006), el acceso a la *experiencia jurídica* para un jurista se efectúa a partir de la norma.

Parece que esta limitación voluntaria y epistemológicamente justificable de elegir a las normas como objeto de estudio, (sea o no una dimensión ligada a otras dos: hecho y valor), produce consecuentemente un alejamiento con la metodología del estudio de los fenómenos sociales fácticamente manifestados.

Esto no es nada nuevo, se conoce desde los antiguos griegos los diferentes niveles de la realidad, y la incompatibilidad o incorrespondencia entre los niveles fácticos (hechos) y lingüísticos (normas); pero, lo que sí resulta algo novedoso es que los estudiosos doctrinarios del derecho intenten construir argumentos de defensa que disimulen esta incompatibilidad interponiendo al método de las ciencias, afirmando muchas veces y de diferentes maneras, como lo hace Torres (2006), que la normatividad indefectiblemente conduce al

conocimiento de las conductas humanas, en tanto constituyen su contenido sociológico-existencial, y a su valoración objetivada en la norma.

La idea de la *cientifización* de la doctrina jurídica, como un sano sentimiento de celos ante el avance paulatino pero seguro de las ciencias sociales, los impulsa y los obliga, como demuestra este trabajo, a adoptar formalmente un enfoque metodológico cuantitativo, aunque materialmente los doctrinarios sigan desarrollando «teorías» como hace miles de años atrás, persiguiendo incansablemente ideales de justicia (ideales), guiados por la prudencia (razón) y acompañados siempre en su razonamiento de los valores más importantes de los pueblos (valores).

Una muestra clara de lo último es lo que Fernández (2001) afirma sobre el estudio del Derecho, respecto a que éste no debería permanecer indiferente ante el acontecer social, desde que su misión es comprenderlo a fin de regularlo valorativamente otorgándole un sentido, y los resultados cognoscitivos y prácticos de su estudio, a decir de Torres (2006), pretender dar respuesta a una serie de situaciones sociales: conflictos, necesidades, intereses, acuerdos, entre otros.

Los resultados de este estudio vívido, impregnado de juicios valorativos, se agrupan y se interrelacionan sistemáticamente, como teorías, pero no como las que se desarrollan en las ciencias fácticas, no como teorías descriptivas o

explicativas, sino como teorías *prescriptivas*. Como lo llama Bix (2006), estas teorías son elaboradas con un propósito configurador, constituyen una *reconstrucción racional*:

La «reconstrucción racional» con frecuencia juega un papel importante en la enseñanza del Derecho y el entrenamiento de los abogados. Aquí, de todos modos, debería notarse que la «reconstrucción racional» usada en la enseñanza puede diferenciarse poco, pero significativamente, comparada con la ofertada para fines puramente académicos. Un abogado debe tener buen ojo no sólo para la mejor reconstrucción de un área doctrinal confusa, sino también para la reconstrucción que parecerá mejor a los jueces con los cuales este abogado debe enfrentarse realmente. Así, si la mejor reconstrucción de los casos anteriores puede justificar algún derecho constitucional, pero los miembros actuales de la Corte Suprema del país son remisos a reconocer ese derecho, el abogado debe ser entrenado en una reconstrucción que excluya ese derecho (por lo menos hasta que cambien los miembros de la dicha corte) (Bix, 2006).

La doctrina frente a la normatividad realiza una actividad muy importante. La norma con su contenido general no determina la particularidad de cada caso; a la vez es dada aparentemente de forma aislada, siguiendo a principios que inicialmente no se le vinculan, y es formulada muchas veces en términos confusos o ambiguos, por lo que tiene que realizar funciones.

Sin el apoyo de la doctrina, no podríamos entender plenamente qué manda el texto de la norma, pues el significado de muchos términos (p. ej. pretensión, apelación, debido proceso) sólo se comprende a cabalidad luego del estudio de textos doctrinales especializados. Estas funciones son parte esencial del sistema jurídico dentro de la familia roma-germánica, y que si bien la jurisprudencia puede eventualmente cumplir este papel, nunca llega a sustituir a la fuente doctrinal (Rubio, 2009).

La doctrina cumple funciones importantísimas en la comprensión del derecho, lo ha hecho desde siempre sin necesidad de la metodología científica. Ahora, a través de estos resultados, es evidente que las Facultades de Derecho pretenden adoptar métodos de investigación incompatibles con su objeto de estudio.

A pesar que en los círculos académicos doctrinarios es bastante conocida la diferencia entre lo que una norma-principio, sentencia, contrato- establece (de los que se derivan estudios jurídico-dogmáticos) y el comportamiento regulado por esa norma (de los que se derivan estudios empíricos) parece que el entusiasmo de cientifización olvidara y tratara de borrar levantando mucho polvo metodológico, dejando intactas las fronteras preclaras del nivel norma y del nivel hecho. La prueba indefectible de que el investigador se estrella contra los límites disimulados por la polvareda se exhibe públicamente en sus investigaciones.

5. CONCLUSIONES

1. Con respecto a la determinación de variables, es significativa la cantidad de tesis que no las determinan (41.18 %). En la totalidad de las tesis, cuando se trata de establecer relaciones entre las variables prefieren exclusivamente las de causa y efecto (56.62 %) (variable independiente y variable dependiente) y únicamente entre dos variables. No se encuentran estudios correlacionales ni multivariados.
2. Las inexistencia de definiciones operacionales de las variables en las tesis (43.38 %), se encuentra necesariamente vinculada al gran número de tesis que no determinan sus variables. Sin embargo, en cuanto a la inexistencia de operacionalización en las tesis que establecen previamente relaciones de causalidad (41.91 %), no se encuentra evidencia fáctica observable que nos permita inferir la razón del por qué los investigadores prescinden de esta operacionalización. De esta manera, damos cuenta que el 85.29 % de las tesis no definen operacionalmente sus variables. Por otro lado, solo un número reducido de tesis (13.24 %) que establecen relaciones de causalidad sí lo hacen.
3. Los resultados más interesantes fueron los que se obtuvieron al observar los instrumentos de medición o su ausencia. Del inmenso pastel de dona, las más

grandes tajadas pertenecen a los casos que no utilizan instrumentos de medición (56.62 %), y a los casos que utilizan instrumentos de medición sin haber definido operacionalmente las variables (29.41 %). Aunque se pudo observar intentos de medición, algunas tesis que sí definieron operacionalmente tropezaron con dificultades cuyas causas tampoco podían extraerse del análisis de las mismas tesis, midiendo variables ajenas a las previamente definidas (9.56 %). El pequeño número de tesis que utilizan instrumentos

de medición para intentar poner a prueba sus hipótesis (4.41 %) demuestra la deficiente sujeción a las pautas más básicas del esquema cuantitativo de investigación científica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bix, B. (2006). *Teoría del derecho: Ambición y límites*. Barcelona: Marcial Pons.

Fernández Sessarego, C. (2001). *Derecho y persona: Introducción a la teoría del derecho*. (4.ª ed.) Lima: Grijley.

Hernández Sampieri, R; Fernández-Collado, C y Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación*. (4.ª ed.) México D.F.: McGraw-Hill.

Rubio Correa, M. (2009). *El sistema jurídico: Introducción al derecho*. (10.ª ed.) Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Torres Vásquez, A. (2006). *Introducción al derecho: Teoría General del Derecho*. (3.ª ed.) Lima: Idemsa.

BASES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

A las personas interesadas en presentar sus artículos para su publicación en la presente revista, se les agradecerá tener presente las siguientes pautas:

- 1.- Se recibirá artículos originales, no publicados y no enviados para su publicación a ningún otro medio.
- 2.- Los temas de investigación son de libre elección del investigador. Sin perjuicio de ello, Lumen se reserva el derecho de dar prioridad a aquellos temas jurídicos que considere de mayor interés, teniendo en cuenta su línea editorial
- 3.- Los artículos pueden ser: científicos, técnicos, y de opinión o comentario. Los primeros, son resultados de investigaciones ya realizadas. Los segundos, presentan información que puede ser resultado de investigaciones preliminares o de un hecho relevante, estando documentada con datos científicamente válidos. Los terceros, de opinión y comentario, se basan en información de temas vigentes selectos de la realidad nacional.
- 4.- El formato de los artículos científicos y técnicos es el mismo, aunque éste puede variar, según la investigación. El texto debe ordenarse, preferentemente, en las siguientes secciones: Página del título y autor; resumen (en español e inglés), luego del cual deben figurar las palabras o términos claves (en español e inglés); introducción; materiales y método; resultados; discusión; conclusiones; agradecimientos y referencias bibliográficas.
- 5.- Las páginas deben estar numeradas; y ser como mínimo 15 y como máximo 25; escritas en letra Garamond tamaño 11; a espacio sencillo, debiendo ser remitidos vía correo electrónico.
- 6.- El texto puede incluir ilustraciones, tablas, figuras, recuadros y diagramas (máximo seis) Así mismo, los autores deberán enviar su currículum vitae en un párrafo de diez líneas, incluyendo correo electrónico, teléfono y dirección postal.
- 7.- Para la publicación de los artículos, ellos serán objeto de revisión por parte de árbitros.
- 8.- Los autores ceden y transfieren en forma exclusiva, a través de una carta dirigida a la Dirección de la revista, el derecho de publicar, distribuir y divulgar sus artículos en Lumen, tanto en el territorio nacional como fuera del país.
- 9.- La responsabilidad del contenido, autoría y originalidad del artículo es exclusivamente de sus autores.
- 10.- La UNIFÉ se compromete a efectuar el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional, según Ley N° 26905, y su Reglamento D.S. N° 017-98-ED. Asimismo, a realizar los trámites para la obtención de los registros del ISSN.
- 11.- Los autores recibirán tres ejemplares de la revista.
- 12.- Los autores deben considerar las siguientes pautas formales:
 - a) Los nombres científicos deben estar subrayados o en cursiva y para resaltar algún término, frase u oración debe escribirlas en negritas.

-
- b) Las citas textuales deben escribirse entre comillas y en cursiva, indicando al final la referencia bibliográfica. Ejemplo: “El tributo colonial y monetario, elevado continuamente, constituyó entonces un peso mucho mayor que la antigua entrega de energía humana” (Pease, 1989, p. 186).
- c) Para la mención de una obra o de una referencia, se colocará entre paréntesis el autor y el año de la publicación. Ejemplo (Cotler, 1975).
- d) Si la mención de un autor es explícita se escribirá entre paréntesis el año de la publicación de la obra en referencia. Ejemplo Brack (2001)... ; o también: En Ecología del Perú (2001), Brack describe...
O bien puede ser, en caso de varios autores, (Nelson et al., 1981).
- e) Las notas se ubicarán al pie de la página del texto.
- f) En cuanto a la reseña bibliográfica, deberá haber correspondencia entre las citas del texto; debe estar organizada en orden alfabético y sin numeración. Ejemplo:
Blondet, C. y Carmen, M. (1994). La situación de la mujer en el Perú: 1980 - 1994. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
McAdam, D. (1999). Orígenes terminológicos, problemas actuales y futuras líneas de investigación, en: McAdam, D.; McCarthy, J., y Zald, M. (editores) Movimientos Sociales: perspectivas comparadas. Madrid: Istmo.
Rowe, J. (1985) Probanza de los Incas nietos de los conquistadores, en: Histórica Vol. IX, No 2. Lima: PUC. 193 - 220.
Tarrow, S. (1997) El poder en movimiento: los movimientos sociales, la acción colectiva y la política. Madrid: Alianza Universitaria.
En caso de una referencia Online se debe presentar según el modelo:
Juan Carlos Tedesco, (Enero - Abril 2004) ¿Por qué son tan difíciles los pactos educativos? En: La Revista Iberoamericana de Educación N° 34 (on line) ISSN: 1681-5653. España: Organización de Estados Iberoamericanos. Disponible en Internet <http://www.campus-oei.org/revista/rie34a01.htm>. Consultado el 20 de abril de 2004.
- g) Las abreviaturas y los símbolos deberán ser definidos en la primera vez que son usados, excepto en el resumen, salvo si se repiten más de una vez (a partir de la segunda se usará las abreviaciones o símbolos)
- h) Los artículos serán recibidos hasta el 30 de junio del 2016 en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UNIFE (Primer piso del Pabellón Administrativo), sito en: Av. Los Frutales 954, Urbanización Camacho - La Molina. O al correo electrónico del Director de la revista.

*Revista impresa en los talleres de
Grafimag S.R.L.
Jr. Ica 713 - Lima
Telf.: 424-7531
grafimag@amauta.rcp.net.pe
grafimag@gmail.com.pe*