



EL DERECHO ANTE LAS NUEVAS CUESTIONES DE LA BIOÉTICA

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

1. La irrupción de la biotecnología

En el final del siglo XX y el comienzo del siglo XXI somos testigos de la irrupción de nuevas y poderosas posibilidades tecnológicas de “dominio” sobre la vida humana. Como nunca antes el hombre ha adquirido un “poder” sobre la vida que ha significado un importante aumento en la “expectativa” de vida y nuevas capacidades terapéuticas, pero también que ha puesto a la misma vida en situaciones donde se avasallan de manera mucho más directa y arbitraria sus derechos, e incluso surgen nuevas formas de eugenesia y discriminación.

Si repasamos las aplicaciones de este nuevo “poder” constatamos que ellas abarcan todo el arco de la vida. Comenzando por la transmisión de la vida, las tecnologías aplicadas a la procreación humana han generado la posibilidad de concebir seres humanos sin recurrir a la unión física entre hombre y mujer, incluso “in vitro”. En este caso, la tecnología ha avanzado sobre el terreno de la generación de un nuevo ser, de modo que la relación paternidad-maternidad-filiación se escapa del terreno propio de la “gratuidad” y entra en el campo de lo técnico y mensurable, quedando atrapada bajo cierta lógica de la “producción industrial”. Además, estas técnicas no sólo son cuestionables por su incompatibilidad con la dignidad de la transmisión de la vida humana, sino que también se advierten los daños que causan a la vida de los que son concebidos extracorpóreamente, que incluso llegan a ser calificados como simples “pre-embriones” para negarles el carác-



ter de personas. Otras complicaciones inherentes a las técnicas vienen dadas por la aplicación de la crioconservación, que afecta el derecho al desarrollo del embrión, o por el recurso a gametos de terceros que importan un desdoblamiento deliberado de la paternidad y maternidad.

También la tecnología ha logrado dominar la fertilidad humana y los anticonceptivos han posibilitado la ruptura de la íntima relación entre la unión entre hombre y mujer y la procreación. Ello ha sucedido con no pocas consecuencias, tanto a nivel personal como social. Pedro Morandé considera que una “visión tecnológica sobre la vida humana se impone masivamente en la cultura actual a partir de la comercialización masiva de la píldora anticonceptiva en la segunda mitad de los años sesenta. Ella permite separar la actividad sexual de la dimensión ontológica de la paternidad y filiación, transformando la sexualidad propiamente en un juego”.¹ Con esta transformación, la transmisión de la vida se vuelve funcional a otros intereses y pierde su nota propiamente humana, que se une a la dignidad de la persona humana y el amor conyugal. El Estado, por su parte, no permanece ajeno a este proceso de transformación de la sexualidad humana, y se involucra a través de los “programas de salud reproductiva”, que promueven la anticoncepción en todos los niveles, en una inaceptable injerencia sobre la vida de las personas y la familia. En el origen de estos programas encontramos motivaciones demográficas y de control de la población, que, sin embargo, aparecen hoy disimuladas bajo forma de “derechos de la mujer” o derechos de los más pobres.² También asistimos a campañas por la legalización y aplicación masiva de la esterilización, que en lugar de ser vista como una forma de mutilación y privación de una capacidad, es presentada como el remedio para el “problema” de la fecundidad humana, particularmente en el caso de las personas de menores recursos económicos.

En el inicio de la vida irrumpe la cuestión del aborto, que se pretende presentar como un tema de “decisión personal”. Lo peculiar de

¹ Pedro Morandé, “Vida y persona en la posmodernidad”, en AA. VV., *¿Qué es la vida? La bioética a debate*, Arequipa, Universidad San Pablo, 1999, p. 115.

² Ver nuestro artículo “Análisis Integral de la Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable” en *El Derecho*, t. 201, p. 770 a 788, Buenos Aires, 13 de febrero de 2003.





este tema en el cambio de milenio está dado porque este delito contra la vida es presentado como un “derecho” y como una “práctica médica” más y se quiere poner el aparato estatal al servicio de la realización de este crimen. El aborto, vinculado con la anticoncepción, asume nuevas formas, como pueden ser dispositivos y pastillas que actúan como abortivos en las primeras fases de desarrollo de la persona humana. En todos los casos, estamos ante la muerte provocada de una persona y ello resulta inaceptable porque la vida es el primero de los derechos, sobre el que se asientan todos los demás. Dramáticamente, la legalización de este crimen introduce en la sociedad dinanismos de exclusión y selección de personas y el Estado coloca a los más débiles a merced de los más poderosos.

Otra cuestión bioética de actualidad son los descubrimientos vinculados con la genética. Aquí nos encontramos con nuevas posibilidades de diagnóstico de enfermedades, que abren no pocas esperanzas en la búsqueda de las causas y posibles soluciones para enfermedades graves y hasta hoy incurables. Sin embargo, la acumulación de información sensible sobre las personas crece con mucha mayor rapidez que las posibilidades terapéuticas, de modo que se ciernen oscuras amenazas a la dignidad personal, ya sea por la aparición de nuevas formas de discriminación como así también por la tentación eugenésica.

Los trasplantes de órganos han significado un avance para las posibilidades terapéuticas y se presentan como un valioso servicio a la vida cuando se realizan según parámetros éticamente aceptables.³ Las posibilidades de ablación de órganos provenientes de cadáveres también han puesto en debate la cuestión del fin de la existencia de las personas y la necesidad de evitar cualquier tipo de abuso de poder que pudiera significar la eliminación deliberada de las personas “menos útiles” para la “disposición” de sus órganos.

Un tema sensible para la bioética lo constituye la relación médico-paciente, sobre la cual la transformación tecnológica vinculada con la vida humana ha tenido no pocas consecuencias: crecimiento de los conflictos jurídicos, necesidad de “seguros médicos por mala praxis”, intervenciones inconsultas y sin el debido consentimiento informado,

³ Cfr. Juan Pablo II, *Discurso con ocasión del XVIII Congreso Internacional de la Sociedad de Trasplantes*, martes 29 de agosto de 2000; Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, 86.





invasión a espacios de intimidad, encarnizamiento terapéutico, etc. En verdad, para el médico “el paciente no es solamente un caso clínico –un individuo anónimo sobre el cual aplica el fruto de los propios conocimientos– sino siempre un “hombre enfermo”, hacia el cual adoptar una actitud sincera de simpatía en el sentido etimológico del término”.⁴

Otro campo de la bioética lo constituye la experimentación e investigación sobre seres humanos. En este sentido, se verifican enormes avances, con grandes beneficios para la sociedad, pero también una intensa discusión sobre la finalidad de tal investigación, las condiciones de licitud y sus aplicaciones terapéuticas. En este campo, y proyectando sus efectos sobre otros temas de la bioética, aparece el tema del consentimiento informado y sus condiciones y la necesidad que toda intervención se ordene al bien de la persona.

En el fin de la vida, la bioética enfrenta la cuestión de la eutanasia, que es la eliminación deliberada de quienes sufren enfermedades terminales. Se impulsa su legalización por diversos intereses, tales como el aumento de los costos de salud por el crecimiento de la expectativa de vida, una cultura que rechaza el sufrimiento y el dolor o una visión utilitarista de la persona que la valora sólo por lo que produce o hace. Las tecnologías aplicadas al final de la vida, con todo, conllevan la cuestión de evitar el llamado encarnizamiento terapéutico y las condiciones moralmente aceptables para que una persona pueda renunciar a ciertos tratamientos.

En definitiva, la misma noción de persona humana está en juego en la bioética. En un contexto cultural que ha perdido el horizonte trascendente, el hombre privado del Creador se convierte para sí mismo en un misterio indescifrable. Ganan así terreno visiones antropológicas que equiparan la vida humana con cualquier otra vida y sólo conceden “personalidad jurídica” a los seres humanos que tengan dominio de sí y sean útiles socialmente. Tales reduccionismos desconocen la peculiar y única dignidad del ser humano, única creatura que Dios ha querido por sí misma y que es una unidad de cuerpo y alma.

⁴ Pontificio consejo para la pastoral de los agentes de la salud, *Carta de los Agentes de la Salud*, n. 2.





2. El surgimiento de la bioética

Este “poder” del hombre sobre el misterio de la vida, que se expresa fundamentalmente en la medicina, suscita no pocos interrogantes en orden a determinar si tales adquisiciones sirven al verdadero bien de la persona humana. Son estas cuestiones las que están en el origen de la bioética,⁵ como reflexión sobre la licitud moral de estos adelantos científicos que afectan a la vida humana. En palabras de Juan Pablo II, la bioética es la “reflexión ética sobre la vida” (*Evangelium Vitae*, n. 27).

Aún cuando parece bastante extendido el acuerdo sobre la importancia de la bioética en este tiempo, no hay acuerdo sobre qué bioética debe realizarse. Al contrario, se difunden formas de reflexión bioética que no contribuyen al bien de la persona humana. Es una de las consecuencias de la crisis de la cultura, que padece un relativismo que mina los fundamentos del conocimiento humano, privando al hombre de verdades absolutas desde las que pueda realizar su vida.

Así, algunos aplican a la bioética el llamado “pensamiento débil”, de modo que sustentan una ética que no puede tomar decisiones, que no puede formular juicios de contenido universal y se limita a “regular” procedimientos para una decisión correcta. En otros casos, se recurre a un modelo que Mons. Sgreccia llama sociobiológico.⁶ Es una ética descriptiva, que se limita a un reconocimiento justificativo de los valores existentes en la sociedad. Así, por ejemplo, se ha dicho que los conflictos bioéticos deben resolverse “a partir del real sentir de la comunidad”. Otro modelo es el subjetivista. La moral no se fundamenta en los hechos ni en valores objetivos o trascendentes, sino en la opción autónoma del sujeto y por ello, se exalta el llamado “principio de autonomía”. Tal postura tiene dramáticas consecuencias, como afirma Juan Pablo II: “un concepto de libertad que exalta de modo absoluto al individuo, y no lo dispone a la solidaridad, a la plena acogida y

⁵ “Una primera característica para configurar la bioética la constituye el nacimiento de una preocupación específica debido al poder que el progreso de las nuevas ciencias biomédicas ha puesto en las manos de algunos hombres” (Cfr. Livio, Melina, “Reconocer la vida. Problemas epistemológicos de la Bioética”, en AA. VV., *¿Qué es la vida? La bioética a debate*, Arequipa, Universidad San Pablo, 1999, p. 65).

⁶ Seguimos en este punto a Elio Sgreccia, *Manual de Bioética*, Diana, México, 1996, p. 60 y ss.





al servicio del otro”.⁷ “Si la promoción del propio yo se entiende en términos de autonomía absoluta, se llega inevitablemente a la negación del otro, considerado como enemigo de quien defenderse”.⁸

Lo que hemos llamado “pensamiento débil” nos deja sin respuesta frente a los conflictos bioéticos. Por otra parte, el subjetivismo radical se torna lucha de todos contra todos. Algunos intentan superar esta situación a través del “modelo pragmático-utilitarista”, que toma como principio el calcular las consecuencias de las acciones con base en la relación “costo/beneficio”. En verdad, este modelo equipara factores que no son homogéneos y sigue sin brindar una referencia objetiva.

En estas posturas “desaparece toda referencia a valores comunes y a una verdad absoluta para todos; la vida social se adentra en las arenas movedizas de un relativismo absoluto. Entonces todo es pactable, todo es negociable: incluso el primero de los derechos fundamentales, el de la vida”.⁹

Ahora bien, en esta situación aparece como imprescindible una bioética “personalista”. La persona debe ser el centro de las instituciones sociales. Como afirma el Concilio Vaticano II: “El orden social, pues, y su progresivo desarrollo deben en todo momento subordinarse al bien de la persona, ya que el orden real debe someterse al orden personal y no al contrario”.¹⁰

Para abordar cualquier cuestión bioética, el hombre en su dignidad personal se presenta como necesario punto de referencia. La persona es el criterio moral intangible. Cuando no se parte de una noción de persona humana y de su dignidad y derechos fundamentales, las decisiones “bioéticas” se “construyen” desde una “puja de fuerzas”, donde el más fuerte se impone siempre sobre el más débil.

Ello supone que esta reflexión del hombre no parta de cualquier lugar, sino que se fundamente en la ley natural, que es participación

⁷ Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, 19.

⁸ Juan Pablo II, op. cit., n. 20.

⁹ Juan Pablo II, op. cit., n. 20.

¹⁰ Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, n. 26. Juan Pablo II dirá: “El hombre en la plena verdad de su existencia, de su ser personal y a la vez de su ser comunitario y social ... es el camino primero y fundamental de la Iglesia, camino trazado por Cristo mismo, vía que inmutablemente conduce a través del misterio de la Encarnación y de la Redención” (*Redemptor Hominis*, n. 14).





de la ley eterna. Es la ley natural la que señala la bondad o la maldad de las conductas humanas con fundamento objetivo y se convierte en referencia segura para la vida personal y social.

3. La respuesta desde el derecho

El derecho no permanece al margen de estos nuevos desafíos. En efecto, las cuestiones bioéticas en tanto entran en el ámbito de la virtud de la justicia, pasan a estar dentro de la consideración jurídica, que tendrá como objetivo la determinación de lo justo, con sujeción a las reglas dadas por la ley natural y la ley humana dictada de conformidad a ella.

Si consideramos al derecho en su dimensión “normativa” también descubrimos que su intervención en materia bioética no es puramente “reactiva” sino que le corresponde regular las conductas humanas vinculadas con la vida para que expresen la justicia merecida por la persona humana y se ordenen al bien común. Esta necesidad de intervención jurídica supone la existencia del derecho natural, como expresión de la recta razón que brinda los primeros principios al obrar práctico y el marco en el que luego se despliega el derecho positivo.

Sentada la ley natural como principio general en el abordaje de los temas bioéticos, tenemos que ir hacia una mayor concreción, en un movimiento que busque la “verdad práctica” a la que las conductas han de ajustarse. En este movimiento desde la ley natural hacia la concreción más singular de lo justo, creemos que es muy aplicable en materia bioética la distinción que realiza Santo Tomás entre las normas que se derivan por conclusión necesaria de la ley natural y las que se derivan de la ley natural por determinación (ver *Summa Teologica*, I-II, c. 95 a. 2). Partiendo de esta división, tienen especial relevancia los preceptos morales negativos que obligan en todo tiempo y lugar. Santo Tomás destaca esta relación cuando afirma que “hay normas que se derivan de los principios comunes de la ley natural por vía de conclusión; y así, el precepto ‘no matarás’ puede derivarse a manera de conclusión de aquel otro que manda ‘no hacer mal a nadie’” (I-II, c. 95 a. 2).

Juan Pablo II, al resaltar la universalidad de la ley moral, distingue entre preceptos positivos y preceptos negativos: los “preceptos positivos, que prescriben cumplir algunas acciones y cultivar ciertas actitudes, obligan universalmente; son inmutables; unen en el mis-



mo bien común a todos los hombres de cada época de la historia, creados para “la misma vocación y destino divino”. Estas leyes universales y permanentes corresponden a conocimientos de la razón práctica y se aplican a los actos particulares mediante el juicio de la conciencia. El sujeto que actúa asimila personalmente la verdad contenida en la ley; se apropia y hace suya esta verdad de su ser mediante los actos y las correspondientes virtudes. Los preceptos negativos de la ley natural son universalmente válidos: obligan a todos y cada uno, siempre y en toda circunstancia. En efecto, se trata de prohibiciones que vedan una determinada acción “*semper et pro semper*”, sin excepciones, porque la elección de ese comportamiento en ningún caso es compatible con la bondad de la voluntad de la persona que actúa, con su vocación a la vida con Dios y a la comunión con el prójimo. Está prohibido a cada uno y siempre infringir preceptos que vinculan a todos y cueste lo que cueste, y dañar en otros y, ante todo, en sí mismos, la dignidad personal y común a todos”.¹¹

Pondera también Juan Pablo II la importancia de los preceptos morales negativos en los casos concretos, al comentar las teorías que propugnan una moral utilitarista y que “creen poder justificar, como moralmente buenas, elecciones deliberadas de comportamientos contrarios a los mandamientos de la ley divina y natural. Estas teorías no pueden apelar a la tradición moral católica, pues, si bien es verdad que en esta última se ha desarrollado una casuística atenta a ponderar en algunas situaciones concretas las posibilidades mayores de bien, es igualmente verdad que esto se refería solamente a los casos en los que la ley era incierta y, por consiguiente, no ponía en discusión la validez absoluta de los preceptos morales negativos, que obligan sin excepción”.¹²

Finnis sostiene que las enseñanzas de Santo Tomás sobre la conexión entre ley positiva justa y ley natural que se encuentran en el pasaje citado de la *Summa* constituyen una “contribución excelente al pensamiento jurídico y a la filosofía del derecho”.¹³ Para este autor, “la teoría de la *determinatio* enseña que muchos de los problemas

¹¹ Juan Pablo II, *Veritatis Splendor*, 52.

¹² Juan Pablo II, *Veritatis Splendor*, 76.

¹³ J. Finnis, “A propósito del derecho a la Vida”, en AA.VV., *El Derecho a la Vida*, Navarra, EUNSA, 1998, p. 235.





para la elección y/o decisión legislativa, no están completamente establecidos por los preceptos de la ley natural. En relación con estos problemas, una aplicación consciente de esos preceptos deja aún a la persona que delibera o a la sociedad, con más de una opción razonable. La teoría de la ley positiva como un todo, sin embargo, enseña que muchos problemas, o muchos aspectos de muchos problemas, están verdaderamente establecidos por los requerimientos intrínsecos de la moral (ya sean afirmativos y por tanto sujetos a excepciones o contingencias, o negativos, y por tanto racionalmente capaces de ser inexcusables y absolutos)".¹⁴

A modo de ejemplo, podemos ver que el precepto "no matarás" que se deriva del principio de "no hacer mal a nadie", supone la prohibición, en todos los casos, tanto del aborto como de la eutanasia, como de otras conductas que importan la muerte de seres humanos.

Así, habiendo establecido que la legislación sobre temas bioéticos debe respetar la fuerza vinculante de los preceptos morales negativos, nos queda un número de cuestiones en las que la ley positiva puede actuar "determinando" lo justo en el margen de decisión que deja la ley natural, estableciendo modos de obrar en orden al bien común. Aquí entran en juego otros elementos y consideramos que es importante redescubrir el valor de la ley positiva, ante los intentos de dejar la solución de las cuestiones bioéticas a un derecho entendido como mero componedor de intereses. Por otra parte, esta búsqueda de leyes positivas que concreten mejor los modos de obrar en bioética obedece a la función docente que tiene la ley, como reconoce Juan Pablo II: "si las leyes no son el único instrumento para defender la vida humana, sin embargo desempeñan un papel muy importante y a veces determinante en la promoción de una mentalidad y de unas costumbres".¹⁵ Esta búsqueda de lo justo en lo legislativo no es una mera negociación entre sectores con intereses opuestos.

No podemos negar la crisis de representatividad que existe y que recae sobre todos los que ejercen una responsabilidad pública, ya sea gubernativa, legislativa o judicial. En este sentido, la situación es particularmente grave y no pocas veces la ley positiva se aparta de la

¹⁴ Op. cit., p. 236.

¹⁵ Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, 90.





ley natural. En estos casos, la objeción de conciencia se convierte en legítimo camino para hacer valer el derecho natural.¹⁶

Vale aclarar que no creemos que, en materia bioética, sea conveniente ni posible que todo sea fijado con alcance general por la ley positiva. En este sentido, actúa también la prudencia judicial para determinar lo justo en cada caso concreto, con sujeción a la ley natural y en orden al bien común. En definitiva, está en juego la virtud de la prudencia, que ordena al hombre a encontrar lo justo en el nivel legal, en el judicial y en el de las conductas concretas.¹⁷

Otro elemento interesante en el abordaje jurídico de las cuestiones bioéticas está dado por la interdisciplinariedad. Si la bioética en sí misma es “interdisciplinaria”,¹⁸ cuando trata cuestiones jurídicas encontramos que también son varias las ramas que convergen para resolver los problemas bioéticos. Este enfoque “jurídicamente interdisciplinario” se puede advertir en los distintos proyectos de ley sobre las tecnologías de procreación humana artificial. Sin perjuicio

¹⁶ En el plano de las conductas concretas, actúa la conciencia que emite un juicio práctico, según enseña Juan Pablo II: “mientras la ley natural ilumina sobre todo las exigencias objetivas y universales del bien moral, la conciencia es la aplicación de la ley a cada caso particular, la cual se convierte así para el hombre en un dictamen interior, una llamada a realizar el bien en una situación concreta. La conciencia formula así la obligación moral a la luz de la ley natural: es la obligación de hacer lo que el hombre, mediante el acto de su conciencia, conoce como un bien que le es señalado aquí y ahora. El carácter universal de la ley y de la obligación no es anulado, sino más bien reconocido, cuando la razón determina sus aplicaciones a la actualidad concreta. El juicio de la conciencia muestra en última instancia la conformidad de un comportamiento determinado respecto a la ley; formula la norma próxima de la moralidad de un acto voluntario, actuando la aplicación de la ley objetiva a un caso particular” (Juan Pablo II, *Veritatis Splendor*, 59).

¹⁷ Podemos decir que en la aproximación jurídica a los temas de bioética está en juego la “aporía” entre generalidad y singularidad del derecho, a la que alude Félix Lamas: “en la experiencia común, sin prejuicios, de cualquier hombre, aparece esta doble exigencia que se formula el Derecho: de una parte, se reclama un tratamiento igualitario, general, en función de leyes que rijan para todos; de otra, se exige el reconocimiento de lo singular de cada situación; y ambos reclamos se formulan en nombre del Derecho y la justicia” (Félix A. Lamas, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991, p. 397).

¹⁸ Livio Melina, habla de “multidisciplinariedad”, considerando a la bioética “una disciplina de frontera por su estructura íntima: un puente entre la ciencia y la ética” (loc. cit., p. 67).





de aclarar que para nosotros estas técnicas no pueden ser autorizadas por el legislador, en los proyectos presentados en el Congreso encontramos normas que conciernen al derecho civil, en lo relativo a la misma licitud de las técnicas y al reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona por nacer. También está implicado el derecho de familia en la determinación de la filiación, y el derecho penal, que debe tipificar las nuevas conductas que infringen derechos fundamentales y bienes jurídicos y que deben ser perseguidas punitivamente, estimando en coherencia con las restantes normas sobre el bien “vida humana” las penas correspondientes. También le importa el tema al derecho administrativo, en la regulación de los servicios médicos y en la autorización de acciones que podrán llevar adelante los profesionales de la salud, bajo qué condiciones y con qué equipamientos y habilitaciones y qué conductas están prohibidas desde un plano administrativo. Así podríamos analizar otros temas bioéticos y veríamos cómo resulta difícil un único encuadre en función de las ramas del derecho. De este modo, constatamos cómo la “novedad” de la bioética irrumpe excediendo un único encuadre sistemático en la ciencia jurídica.

A su vez, los temas de bioética pueden ser abordados desde diferentes niveles. En el plano constitucional se verifica un intenso debate sobre la noción de persona, sobre los derechos fundamentales y sobre la jerarquía de esos derechos, fundamentalmente a partir de la incorporación con rango constitucional de algunos Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En el plano legislativo, tanto el Congreso Nacional como las Legislaturas Provinciales tienen a consideración proyectos de ley sobre temas bioéticos. En este punto, se constata alguna confusión de competencias entre la Nación y las Provincias, particularmente en materias sensibles como puede ser la de “aborto” (ley 1044 de la Ciudad de Buenos Aires) o “salud reproductiva”. Las intervenciones de los Poderes Ejecutivos, ya sean nacional o provinciales, también tienen relevancia bioética, especialmente en ciertas materias administrativas a través de decretos o resoluciones ministeriales que, en algunos casos, entran en temas de fondo que son competencia propia del Poder Legislativo. Por su parte, los tribunales crecen en su intervención bioética, fundamentalmente a instancia de los interesados médicos que recurren a la Justicia en busca de certezas que prevengan eventuales juicios de responsabilidad civil. En el nivel hospitalario, aunque sin una clara delimitación de sus atri-



buciones, los Comités de Bioética resuelven muchos conflictos que parecen tener importancia “menor” pero que pueden ser decisivos sobre la vida o la muerte de una persona. En el derecho de integración todavía no hay muchas normas que entren en cuestiones bioéticas, aún cuando es de esperar una tendencia a dar regulaciones uniformes en los países asociados. Finalmente, la doctrina bioética y el estudio del derecho comparado han tenido un sostenido crecimiento en estos últimos años.

Todas estas consideraciones permiten advertir la complejidad de la bioética en su enfoque jurídico y la importancia de una reflexión profunda y a fondo sobre las cuestiones en juego.

4. Algunas cuestiones más urgentes

Con estas consideraciones de fondo sobre la relación entre bioética y derecho, parece oportuno presentar algunas de las cuestiones bioéticas que se presentan como más urgentes para el derecho, aclarando que excede a los alcances del presente trabajo hacer un tratamiento exhaustivo de cada una de las mismas.

a) Persona

La noción jurídica de persona humana está presente en las más diversas cuestiones de la bioética, pues en todas ellas subyace una visión sobre la persona humana. En lo jurídico, se verifica una tensión entre quienes pretenden establecer arbitrarias distinciones entre vida humana, ser humano y persona humana y quienes sostienen que el ser humano desde la concepción hasta la muerte natural debe ser reconocido como persona. El tema aparece explícitamente en los proyectos de ley sobre procreación artificial, dado que el primer involucrado es el embrión humano. En algunos de estos proyectos encontramos intentos de categorización del embrión según ciertas etapas de desarrollo. En realidad, el tema del comienzo de la existencia de la persona está resuelto por las claras normas del Código Civil (arts. 63, 70 y 264) y algunos textos de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 23) y de Tratados Internacionales (especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos). En este sentido, nuestro país puede considerarse como privilegiado en la clara orientación personalista de su derecho positi-





vo, que procura brindar la máxima protección jurídica a los seres humanos, en concordancia con el derecho natural.

Para ejemplificar esta tensión a la que hacíamos referencia, cabe citar lo sucedido en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003) donde la Comisión nº 1 trató el tema del comienzo de la existencia de la persona: mientras la mayoría, que suscribimos, decía que “la existencia de la persona humana comienza con su concepción, entendida como fecundación y a partir de ese momento tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral. El inicio de la vida humana coincide con el comienzo de la persona humana”, el dictamen de minoría considera que “hay que realizar una distinción entre el comienzo de la vida humana y el reconocimiento de la calidad de persona. El inicio de la vida humana no coincide con el comienzo de la persona. Resulta importante conferir protección a la vida humana antes de reconocerle personalidad jurídica”.

Evidentemente que esta cuestión del comienzo de la existencia no se resuelve sin una clara noción de persona. En este sentido, será necesario estudiar qué modificaciones correspondería realizar en el art. 30 del Código Civil para que la noción de persona no quede reducida a la “capacidad” para adquirir derechos y contraer obligaciones sino que se identifique en primer lugar con la de ser humano.

b) Aborto

Como es bien conocido, el Código Penal considera al aborto un delito y sólo contiene en el art. 86 dos situaciones de “no punibilidad”. En este sentido, en los últimos años han crecido considerablemente los proyectos de despenalización presentados en ambas Cámaras del Congreso Nacional, que proponen la despenalización en los casos de “anencefalia” o “inviabilidad de vida extrauterina del feto”, en caso que el embarazo sea producto de una violación, por pedido de la mujer cuando corra riesgo su salud física o psíquica, o directamente por libre determinación de la mujer.

En este contexto, algunos están propugnando la “reglamentación”, ya sea por ley nacional, provincial, por decreto o por resolución ministerial, de los casos de abortos no punibles. Al respecto, sin perjuicio de aclarar que el art. 86 adolece de “inconstitucionalidad sobreviniente” en atención a la incorporación del derecho a la vida desde la concepción en la reforma constitucional del año 1994, debe-





mos cuestionar esta pretensión de transformar en un “derecho” lo que es un delito. En efecto, la no punibilidad no significa que esas conductas sean un “derecho subjetivo”. Estos proyectos intentan generar mecanismos para otorgar auténticas “licencias para matar”, lo que repugna a un Estado de Derecho.

Desde una óptica de defensa de la vida se han presentado en el Congreso Nacional proyectos tendientes a la penalización del llamado “aborto farmacológico” (píldora del día después). Aquí se presentan nuevas cuestiones desde el punto de vista penal, vinculadas con las formas de participación de los distintos sujetos que intervienen en la conducta delictiva. También hay proyectos que propugnan considerar como delito la muerte deliberada de embriones concebidos extracóreamente, con una pena similar a la del aborto.

Las estrategias ordenadas a la despenalización del aborto no se limitan a la vía legislativa, sino que también se intenta este objetivo a través de fallos judiciales. Entre ellos, tuvo mucha repercusión la decisión de fines de junio de 2005 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por la que se autorizó la realización de un aborto, invocando que de esta manera se preservaba la salud de la madre, con fundamento en el mencionado art. 86 del Código Penal.

Pese a no ser uno de los “temas nuevos”, es el aborto uno de los principales desafíos de la bioética pues está en juego el derecho a la vida, sobre el que se cimientan los demás derechos. Su despenalización supone un retroceso en la vida jurídica, que torna a los derechos humanos en meros recursos retóricos desprovistos de fuerza vinculante universal.

c) Procreación artificial

Ya hemos hecho referencia a la situación que se plantea en torno a las técnicas de procreación artificial. Lo más urgente, en este campo, es la desprotección que sufre el niño por nacer que es concebido por técnicas que se realizan fuera de todo marco legal.

En el Congreso Nacional existen más de 42 proyectos presentados a lo largo de los últimos 20 años para regular estas técnicas. En 1997, el Senado de la Nación aprobó un proyecto que legitimaba las técnicas y ponía algunos límites, pero nunca llegó a ser tratado por la Cámara de Diputados de la Nación. En este sentido, creemos que el legislador debe prohibir las técnicas, dictando las normas penales que



protejan al por nacer desde la concepción, dentro o fuera del seno materno. Particularmente graves son las técnicas extracorpóreas, que importan un grave riesgo para el derecho a la vida y muchas veces tienen un carácter abortivo, aún cuando no aparezca explícito. Otro atentado contra la persona por nacer lo constituye la posibilidad de crioconservar embriones. Esta situación significa, además, una alteración en el tiempo de las relaciones de paternidad y maternidad, con graves consecuencias a nivel sucesorio. Además, en las técnicas que recurren a gametos de terceros, se produce un desdoblamiento de la paternidad, que vulnera el derecho a la identidad del niño.

Las técnicas extracorpóreas, en tanto suponen la generación de un alto número de embriones, conllevan serios riesgos de experimentación sobre aquéllas “personas por nacer” que no sean transferidas al seno materno. De esta manera, se generan seres humanos que quedan “disponibles” como “material” de investigación, lo que supone una inaceptable instrumentalización de la persona. Estas y otras objeciones son aplicables a los procedimientos de clonación.

d) Salud reproductiva

De la mano de cuantiosos fondos remitidos por organismos internacionales, se han multiplicado en los últimos años las iniciativas de “salud reproductiva”, “procreación responsable” o “salud sexual”. Se trata de leyes, decretos o resoluciones ministeriales que promueven la entrega masiva de métodos anticonceptivos y acciones de capacitación con una clara ideología anticonceptiva.

En esta materia, a nivel nacional se sancionó en octubre de 2002 la Ley 25.673, que merece muchas críticas,¹⁹ pues se enmarca en esta difusión del control poblacional. Su reglamentación, a través del decreto 1282/03, agudizó los problemas del programa nacional²⁰ y aumentó la desprotección de la familia. En el nivel provincial existen leyes que presentan redacciones muy parecidas, con leves diferencias en los puntos críticos (métodos abortivos, derechos de los padres, obje-

¹⁹ Ver el artículo ya citado “Análisis Integral de la Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable”.

²⁰ Ver nuestro artículo “Patria Potestad y Salud Reproductiva”, en *El Derecho Legislación Argentina*, t. 2003-A, pp. 1285 a 1290, Buenos Aires, 27 de junio de 2003.



ción de conciencia personal e institucional).²¹ Es llamativo, en este sentido, la obsesión por impulsar la anticoncepción en un contexto social de carencias básicas, particularmente en materia de salud. Ello sólo es explicable por las motivaciones demográficas de fondo y los condicionamientos que imponen organismos internacionales de crédito.

Parece interesante reseñar que, curiosamente, el tema no se presenta en sus verdaderos motivos demográficos, sino que aparece como una cuestión de supuestos “derechos reproductivos” de la mujer. Además, un contexto cultural de relativismo e individualismo constituye un terreno propicio para la difusión de estos programas, que tanto afectan a la dignidad de la persona y la familia. En este tema, uno de los más difíciles de tratar, se verifica un profundo oscurecimiento de la conciencia y enormes dificultades para proponer caminos de respeto a la verdad profundo sobre el matrimonio y la familia.

En el contexto de estos programas de salud reproductiva, algunos propugnan la legalización de la esterilización. Así ocurre, por ejemplo, en Neuquén, donde la ley 2.431 del 2 de julio de 2003, incluyó la esterilización o contracepción quirúrgica entre las prestaciones de salud reproductiva. En este caso, se violentan las claras normas del código penal sobre lesiones (art. 91). Además, la experiencia internacional demuestra dolorosas experiencias de esterilizaciones masivas y forzosas, que incluso han sido denunciadas por instituciones feministas (caso Perú).

e) Eutanasia

En cuanto a la eutanasia, existen algunos proyectos de despenalización presentados en Congreso Nacional. En especial, el debate se ha centrado en iniciativas de “muerte digna” que pretenden regular la situación de los enfermos terminales. En estos casos, aún cuando hay legítimos intentos de evitar el “encarnizamiento terapéutico”, los proyectos responden a intereses económicos preocupados por “bajar” los altos costos sanitarios que significa atender estas situaciones extremas. En este tema, la campaña en favor de la despenalización vino

²¹ Puede verse una compilación de estas normas en el siguiente sitio de internet: http://www.movimientofundar.org/servicios_sevi_salud_reproductiva.htm





acompañada de fuertes presiones desde los medios masivos de comunicación social, a partir de resonantes casos como el de Terri Schiavo.

f) Otras cuestiones

En el primer apartado de este trabajo hemos hecho referencia a otras importantes cuestiones bioéticas. Todas ellas pueden ser abordadas desde una perspectiva jurídica. Sintéticamente, podemos mencionar las nuevas causales de discriminación por razones genéticas, que conllevan la necesidad de congeniar las posibilidades terapéuticas, la capacidad de diagnóstico, la seguridad y el derecho a la no discriminación. También la experimentación en personas humanas debe ser considerada por el derecho, de modo que se realice según criterios éticos que respondan al bien de la persona y que sean conformes a la ley natural.

5. Conclusión

Creemos que este recorrido por las “cosas nuevas” de la bioética en su enfoque jurídico permite advertir la complejidad del tema y la importancia de una consideración desde la ley natural, para que las adquisiciones tecnológicas que se vinculan con la vida humana encuentren un cauce seguro en el respeto al bien y derechos de la persona humana.

Está en juego la persona y la sociedad. En medio de visiones que conciben a la persona “como individualidad absoluta, edificada por sí misma y sobre sí misma, como si sus características propias no dependieran más que de sí misma” o “como mera célula de un organismo dispuesto a reconocerle, a lo sumo, un papel funcional dentro de un sistema”,²² hace falta volver a proponer, especialmente en el campo jurídico, la verdad sobre la persona humana. Verdad que nos habla de su unidad de alma y cuerpo, abierta a la trascendencia, única e irrepetible, con una dignidad que exige no ser instrumentalizada.²³

Sólo de esta manera, la convivencia humana se fundamenta en principios sólidos e inmovibles, que permiten un pleno desarrollo de las potencias de la persona para el bien común.

²² Cfr. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, n. 125.

²³ Cfr. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, n. 127, 130, 131, 133.





LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PRIVADO: UN APOORTE DESDE EL REALISMO JURÍDICO

GABRIEL LIMODIO

*El principio que me ha guiado en mi compromiso
es que la persona humana es el fundamento y el fin
de la vida social, a la que el derecho civil debe servir.*

JUAN PABLO II

Discurso durante el acto académico de concesión
del título de Doctor “Honoris Causa” en Derecho.
Universidad de La Sapienza 17/05/03.

I. Preliminar

En la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, durante el período que abarcó los años 2001/2004 se trabajaron temas vinculados a la enseñanza del Derecho Privado.

Esto último se hizo fundamentalmente en el ámbito de las Jornadas de conmemoración del bicentenario del Código Napoleón, donde se debatieron cuestiones vinculados a la formación del *Code* como asimismo la formulación de los códigos americanos.

En el ámbito de las tres Jornadas Anuales que se propusieron para estudiar *El Código Napoleón Raíces y Prospectiva*, se trabajó intensamente en una propuesta destinada a formar un criterio para la enseñanza.

Lo que se buscó definitivamente fue trazar un diagnóstico sobre la diversas modalidades de proponer la formulación del derecho pri-



vado, su enseñanza, y de alguna forma saber dentro de que proyecto se encamina una adecuada presentación del derecho para que lo comprendan los alumnos.

Se propuso una instancia de diálogo donde los resultados fueron menos predecibles, la prospectiva de la codificación en el derecho privado. El tema no ha sido menor en cuanto a que se invitó a reflexionar sobre el ordenamiento jurídico, y las respuestas se orientaron a la forma de pensar y de enseñar para lograr que efectivamente nuestro ordenamiento privado guarde coherencia con aquellos principios que le dan sentido y que tienen que ver con la noción de justicia conmutativa y con criterios de objetividad que es posible discernir en el entramado de las concretas relaciones jurídicas en las que se hallan inmersas las personas en la vida social.

Si se trata de proponer una respuesta, aunque la misma resulte provisoria al problema de la enseñanza del derecho privado, nunca es desdeñable partir de los datos de la realidad. Quizá uno de los mayores problemas en los temas vinculados a la enseñanza es que no siempre se acepta el dictado de la realidad de las cosas, por lo cual se proponen soluciones que distan mucho de realizar razonables aportes para resolver las cuestiones.

Una adecuada respuesta al problema de la enseñanza no puede sino partir de un adecuado análisis de la realidad. Asimismo debe ponderarse el marco cultural desde el cual cabe hacer el análisis.¹ Así

¹ Como puede advertirse desde el inicio se hará referencia a los tres tomos de esta obra colectiva que quedan mencionados con la siguiente nomenclatura AA.VV. *La Codificación Raíces y Prospectivas. El Código Napoleón*, t. I, Educa, Buenos Aires, 2003. AA.VV., *La Codificación Raíces y Prospectivas. La Codificación en América*, t. II, Educa, Buenos Aires, 2004. AA.VV., *La Codificación Raíces y Prospectivas*, t. III, Educa, Buenos Aires, 2005. Por otra parte, en varios lugares de este trabajo se vuelve sobre uno de los temas que se presentaron para la confección del tercer tomo de la serie referida que será citado como “La enseñanza del derecho privado en la tensión modernidad ilustrada-posmodernidad”.

Asimismo para el tema cosmovisional puede consultarse Eduardo Quintana, *Visión de la cultura y de la historia*, Cooperadora F.D.S.C., Buenos Aires, 1975. AA.VV. *Un diagnóstico para la nueva evangelización –Los orígenes de la Postmodernidad Fundar*, Buenos Aires, 1995. Kenneth Clark, *Civilización*, Alianza Editorial Madrid 1979. Finalmente en lo que hace al problema del realismo puede verse Etienne Gilson, *El realismo metódico*, Rialp, Madrid, 1974. Pieper Josef, *El descubrimiento de la realidad*, Rialp, Madrid, 1974.





es necesario partir de una noción general del momento histórico en el cual se forjan los modelos de estudio que todavía padecemos, y por otra parte el momento cultural dentro del cual estamos obligados a diseñar un nuevo modelo. De allí que sea necesaria una breve referencia a la modernidad, a la modernidad ilustrada y a la posmodernidad. En este aspecto, si bien el tema del trabajo gira en torno a una respuesta a la enseñanza desde el realismo jurídico, se entiende necesario volver a plantear el problema de la tensión modernidad ilustrada-posmodernidad, como se ha hecho en otro trabajo.²

Esto es así porque al ser el derecho un saber práctico –prudencial y eminentemente relacional se necesita ubicarlo en un contexto cultural. Estas ideas son las de universalidad y orden que razonablemente se refieren a una actitud que debe trascender a las mismas.

Así el concepto de cultura abarca una dimensión humanística y socio-histórica. Con la palabra genérica cultura se indica todo aquello con lo que la persona desarrolla sus innumerables cualidades espirituales y corporales.³

No pueden dejar de citarse aquí dos trabajos que arrojan luz sobre esta cuestión por lo menos a partir del marco conceptual como son la obra de Karol Wojtyla en *Memoria e identidad*, Planeta, 2005, y la de Joseph Ratzinger, *Iglesia y Modernidad*, Paulinas, 1991, traducción del original *Wendenzeit für Europa?*.

En este mismo sentido cobra vigencia la formulación que ha hecho el Cardenal Ratzinger en su conferencia sobre “Fundamentos espirituales de Europa”, acerca de la herencia cultural que forma a Europa y presenta su tema diciendo “Europa no es un continente netamente determinado en términos geográficos sino más bien es un concepto cultural e histórico” (conf. Joseph Ratzinger, *Fundamentos espirituales de Europa*, puede consultarse en la página Zenit ZSI04052201).

Dentro de esta mismo plexo de lecturas puede consultarse Pedro Morande, “Balance de un siglo y perspectivas para una nueva fase histórica”, en Revista *Humanitas*, n° 24, pp. 597 y sgts., Santiago de Chile, 2001.

Giandomenico Mucci, “La postmodernidad buena” en Revista *Humanitas*, n° 9, pp. 14-23, Santiago de Chile, 1998.

Pedro Morande Court, “Claves para una comprensión cristiana de la crisis de la Modernidad”, en revista *Vertebración*, n° 40, p. 29, Puebla, México 1997.

Fabio Duque Jaramillo, *Cristianismo y Mundo Contemporáneo*, idem anterior p. 10 Puebla México 1997.

² “La enseñanza...”, citado en AAVV, “La Codificación...”, t. III.

³ Conf. Concilio Vaticano II, Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* n. 53, AAS 58 (1966) 1075.





De esta manera se considera que si de alguna manera no se pueden explicar ese desarrollo de potencialidades dentro de un marco cosmovisional será muy difícil entender porque se ha enseñado el derecho dentro de determinados parámetros.

La cultura significa, en un medio social determinado, el modo de expresión y de realización de la persona. Así, si por trabajo que es acción transformadora de la naturaleza, el hombre se perfecciona y expresa su personalidad, es necesario que este trabajo represente tanto por su esfuerzo como por sus resultados, una imagen que permita al trabajador reconocerse a sí mismo.⁴

Puede entonces concluirse desde esta perspectiva que la cultura es el factor que marca a un pueblo, al permitirle expresarse y fortalecer su conciencia colectiva.⁵ Por otra parte en esta línea de pensamiento debe recordarse que es prácticamente imposible ofrecer una respuesta al problema de la enseñanza sino se la inserta dentro de un ámbito espacial y existencial.

Se debe una vez más fijar un punto de referencia para plantear la cuestión que se quiere resolver, y esto es así porque el fin del siglo XX ha permitido observar el derrumbe de las denominadas ideologías antropocéntricas, lo cual por una parte obliga a referirse a cual ha sido el origen de las mismas, y por otra parte cuando se busca la respuesta deberá formularse desde un humanismo que signifique una superación de las mismas.⁶

Difícilmente exista otro momento en el cual se advierte la clara convicción de la dificultad por la cual atraviesa la cultura de la humanidad producto de la fragmentación a que se ha visto sometida por el fracaso del proyecto ilustrado.

Es claro que en el siglo XX se verificó la derrota del positivismo jurídico, que fue el que inspiró el modelo a partir del cual se ha enseñado el derecho privado basado en la Escuela de la Exégesis, por lo cual la cuestión cobra una vigencia aún mayor si se trata de la formulación del derecho y la enseñanza del mismo. En este sentido la derrota del positivismo merece ser analizado desde la pers-

⁴ Paul Poupard, *Iglesia y Culturas*, EDICEP, Valencia, 1985, traducción del libro *Chiesa e cultura vita e pensiero* versión por Manuel Ureña Pastor.

⁵ Paul Poupard, *idem* anterior, p. 17.

⁶ Alejandro Llano, "Actualidad del humanismo clásico", en *Humanitas*, Chile, 2001, n° 21, pp. 21 y sgts.





pectiva que el mismo fue el modelo que para el derecho diseñó la Ilustración.

Lo dicho obliga a realizar una referencia a lo que significó la modernidad como proyecto y sobre todo la diferencia que debe hacerse respecto del proyecto de la ilustración que es el que con toda propiedad sustenta la manera de estudiar a la que aquí se hace mención.

Cabe entonces referirse primeramente al modelo en el cual se desarrolla la denominada “cultura del código”, por lo cual es ineludible hacer una análisis de la tensión modernidad-posmodernidad para partir de un marco conceptual.

Esto es así si se toma en cuenta que el proyecto de la modernidad ilustrada debe ser analizado como el momento en el cual apareció la figura de la codificación.⁷

II. El modelo que se abandona

La tensión modernidad posmodernidad

Como se ha dicho más arriba es necesario presentar ciertos sistemas de pensamiento para explicar determinadas consecuencias en materia de formación y deshechar modelos que sólo presentan una sociedad acéntrica en la cual sólo cabría resignarse al hecho de que no existe más centro, como de alguna manera sostiene cierta parte de la posmodernidad. Como se verá al final de este trabajo lo más razonable será adherir a una visión que pretende recuperar la idea de unidad y de jerarquización, pero eso deberá hacerse descubriendo primero donde radica el origen del modelo que pretende formular una utopía abstracta fundada en el dominio de la razón radicalmente emancipadora, y esto ha sido lo que llamamos la modernidad ilustrada.⁸

Resulta menester aclarar que no se insistirá en la distinción entre modernidad y modernidad ilustrada, ya que es un tema que

⁷ Eduardo Ventura, Prólogo a la obra *Codificación Raíces...* ya citada, en su t. I. En el mismo sentido y en mismo tomo los trabajos de Leocata y de Quintana, titulados, respectivamente, “Las Ideas Filosóficas de la Ilustración”, “El Código Civil Francés”, “La Ilustración y el Positivismo Jurídico”, p. 115 y sgts.

⁸ Robert Spaemann, *Crítica de las utopías políticas*, EUNSA, Pamplona, 1980. Pedro Morande Court, “La unidad de la persona en un mundo secularizado”, *Humanitas*, n° 33, 2004, p. 10 y sgts.

