

Boletín Derecho y Vida

N. 59

Febrero de 2007

En busca de un derecho en materia de reproducción humana asistida*

ÉDGAR CORTÉS*

1. *Bioética, pluralismo y libertad*

La cuestión de las técnicas de reproducción humana asistida no es una cuestión nueva, pero es sin duda un asunto que adquiere una dimensión especial en las modernas sociedades llamadas pluralistas, a más de ser un asunto que se renueva a diario con cada paso que da la ciencia. El tema se debe abordar desde una perspectiva más amplia como es la de la bioética, es decir la ética relativa al cuerpo: la enfermedad, la salud, la reproducción, el nacimiento, la muerte, etc. Las relaciones entre tecnología y persona dan paso a un gran número de problemas filosóficos, que deben estudiarse en esa óptica, pero sin embargo, el papel del jurista se revela como inevitable, pues las cuestiones prácticas (el momento patológico o de decisión) terminan en sus manos, de ellas debe conocer y a ellas debe darles una respuesta aun en ausencia de normas; la bioética, se podría decir, tiene un laboratorio de experimentación en el campo de lo jurídico. Nacer y morir son hoy dos momentos que no sólo dan paso al comienzo y al fin de la vida, sino situaciones cada vez más dominadas por la ciencia; hoy las personas, en buena medida, son dueñas de decidir lo que antes estaba confiado a la causalidad, de tal forma que las leyes naturales que antes daban respuestas también naturales, deben

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, realizó estudios de perfeccionamiento en derecho romano en la Universidad degli studi la Sapienza de Roma, Magíster en el Sistema jurídico romanista, Derecho de la integración de la Universidad Tor Vergata de Roma, Doctor en Derecho en el área de la responsabilidad de la Scuola di Studi Universitari e di perfezionamento Santi Anna di Pisa, profesor de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

Las ideas expuestas en este escrito fueron tomadas de la bibliografía que se acompaña al final del mismo. Para mayor profundidad y claridad, se remite pues, a tales autores.

ser reemplazadas por reglas jurídicas ante el temor de verse privado de cualquier tipo de regulación.

Pero ¿qué norma se debe dar?, ¿cuál, o mejor, cómo debe ser la respuesta del jurista frente a estos problemas?, ¿hasta dónde puede el derecho intervenir y apoderarse de las decisiones y elecciones de las personas? y principalmente, ¿cómo traducir en normas una *ética común* que abarque y concilie todas las manifestaciones de la sociedad actual, pluralista, con su gran despliegue de creencias religiosas, ideológicas, filosóficas?, ¿cómo hacer convivir las más disímiles posiciones éticas? Frente a una sociedad que promueve la diversidad, el legislador, llamado a intervenir en esas situaciones, de seguro tendrá que ponerse en medio de valores contrapuestos sobre una serie de decisiones existenciales de las personas, de tal suerte que la escogencia que haga siempre correrá el riesgo de parecer parcializada.

En una época de intensa confrontación entre diferentes modelos culturales, de los que se traen sistemas normativos, el legislador debe evitar en lo posible la ideología, para lograr así tener un mayor grado de aceptación social; el camino es el de atender los diferentes modelos o las varias posiciones, para balancear los intereses encontrados y encontrar así principios generales que puedan acoplarse a la sociedad plural, sin que la aplaquen, y a la evolución de la ciencia, sin que la detengan. Sin embargo, la neutralidad no es posible y ni siquiera parece conveniente, tampoco se trata de renunciar a la propia visión del mundo, es en el encuentro de posiciones en donde se enriquece el debate y en donde se debe encontrar el principio general.

Siendo la bioética una materia que se resuelve muchas veces en la alternativa (trágica) entre dos posiciones (aborto, si o no, eutanasia, si o no, inseminación con donante, si o no, hijos a parejas homosexuales si o no, etc.), la libertad aparece como el primer interrogante por resolver: ¿hasta dónde la libertad?, ¿se puede concebir un principio absoluto de autonomía?, ¿puede el Estado presumir la falta de capacidad de los coasociados para escoger la cosa justa? No hay respuestas definitivas, es cierto, pero se pueden establecer algunas pautas: si se trata de escoger entre dos alternativas, mejor que la escogencia sea para objetar una acción, que es posible, y no para contradecir ilegalmente una norma: por ejemplo permitir el aborto, concede la posibilidad a quien es contrario de oponerse a él y no hacerlo, mientras que si se prohíbe, quien se opone a la prohibición tendrá que recurrir a la violación de la ley para lograr lo que se quiere; así, la posibilidad de elegir es la que permite la existencia de la libertad. Las decisiones de procreación no pueden ser sustituidas por una imposición que venga desde arriba; querer establecer quien puede procrear y en cuáles condiciones es un carácter propio de regímenes no democráticos; la ciencia ofrece hoy técnicas bastante difundidas y comprobadas que no parece deseable controlar o reprimir,

pues de hacerse, se insiste, se alientan situaciones que buscarán evadir la prohibición.

En materia de reproducción humana asistida necesario acabar con el desorden reinante, y un dato cierto es que la experiencia de diferentes países ha logrado este propósito con pocas normas que individualizan casos límite, y con reglas detalladas sobre la información a las personas implicadas en este tipo de procesos, a más de una regulación y una vigilancia severas y eficaces a los centros de reproducción asistida.

Casos problemáticos como la maternidad subrogada, la inseminación heteróloga, la implantación del embrión o el uso del gameto después de la muerte de una de las partes, son temas que tienen, a veces más a veces menos, aceptación en los diferentes ordenamientos y, en ese sentido, el estudio del derecho comparado es realmente indicador, como también lo es el estudio atento de la realidad circundante: cuando se pregunta, por ejemplo, si se debe permitir a una mujer que proceda a la reproducción sin el concurso de un pareja y se niega tal posibilidad alegando que no se puede permitir que un niño nazca sin presencia de la figura paterna, se desconoce que este es un problema que ya existe dentro de nuestras sociedades: mujeres solas que son o deciden ser madres sin que haya ninguna forma de *control*.

El prohibicionismo cargado de ideología sólo puede dar paso a arbitrariedades. La reciente ley italiana sobre la materia prohibió el diagnóstico del embrión antes de su implantación; en un caso reciente (Tribunal de Catania, 3 de mayo de 2004), una pareja que acudió a un tratamiento médico, se vio obligada por el juez a la implantación de un embrión del que se presumía, con bastante probabilidad, había adquirido una enfermedad del padre. Prohibir el recurso a técnicas de diagnóstico antes de la implantación, llevó al absurdo de hacer decir al juez que la implantación debía hacerse pero que si después de efectuada y de realizado el diagnóstico resultaba el embrión con la enfermedad congénita, la madre podría proceder al aborto terapéutico consagrado en la ley.

2. Principios de la bioética norteamericana

Ya se dijo que en las sociedades pluralistas modernas, la búsqueda de una moral universal, que pueda dar respuestas unívocas a los problemas que plantea la bioética resulta utópica, pero esa búsqueda ofrece una oportunidad de confrontación de los diferentes sistemas jurídicos, para ver de encontrar un pretendido conjunto de principios de referencia.

Evidentemente el derecho debe saber dar respuestas a los interrogantes que trae consigo el desarrollo tecnológico; en esta óptica son los países con mayor

grado de desarrollo los que han avanzado más en el perfeccionamiento y descubrimiento de técnicas relacionadas con el cuerpo humano, y en esa medida son también esos países los que más han adelantado en el debate filosófico y jurídico (lo que no excluye, por supuesto, la posibilidad de una reflexión propia). Tanto el sistema europeo como el sistema norteamericano han elaborado una serie de principios que, se dice, deben guiar cualquier discusión en la materia, siempre en aras de delimitar las fronteras o de trazar los límites de un territorio tan vasto. Latinoamérica, siempre receptora del derecho europeo en materia de derecho civil, ha visto como, en estos asuntos, la influencia anglosajona ha sido tan importante como la europea (influencia general del constitucionalismo norteamericano). Que exista una ética, y por ende una *bioética latinoamericana* (?), es decir un marco de referencia que dentro de la región permita trabajar con elementos propios, es una cuestión que debe absolver la filosofía, pero el no identificarla hace que el jurista se vea en la necesidad de echar mano de los fundamentos que vienen de afuera; sin dejar de observar que el no encontrar este sujeto cultural propio, hace que la discusión se convierta en un simple enfrentamiento de posiciones políticas.

El derecho norteamericano ha elaborado una serie de principios que tratan de enmarcar la discusión, partiendo del mandato constitucional de la consecución de la felicidad individual, que se traduce en un principio de autonomía que respalda cualquier decisión de la persona, cuando esa decisión ha sido producto del consentimiento informado y libre; es decir que se aceptan las decisiones informadas del paciente aunque no sean las mejores para él, y se condena cualquier hecho que comprometa la autonomía, pues se lo que se considera como paternalismo. En el principio de autonomía se basó, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia (C-239/97) que despenalizó el homicidio por piedad, cuando dijo que *la Constitución se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él le incumben (...), el Estado no puede oponerse al individuo que no quiere seguir viviendo*; a la postre, en la misma sentencia se refuerza la decisión con el llamado al principio de dignidad, ese sí de rasgo constitucional y que quizá hubiera bastado para sustentar el fallo.

El principio de autonomía se refuerza con el principio de la *privacy*, que no es lo mismo que nuestro concepto de intimidad, sino que es un concepto más amplio, pues comprende en general el desarrollo pleno de la personalidad, y con el principio de la permisión (o del permiso), según el cual para resolver cuestiones morales en una sociedad pluralista, la autoridad no puede partir ni de argumentos racionales ni de creencias comunes, sino únicamente del acuerdo común al que lleguen los participantes de una decisión; el permiso constituye el origen de la

autoridad, y así pues, el respeto hacia esa decisión de los participantes es la condición necesaria para la existencia de una comunidad moral.

El derecho norteamericano identifica también el principio de beneficencia. Algunos problemas morales importantes, como ya se ha dicho, pueden resultar insolubles, debido bien a la falta de claridad de los datos de la situación, bien a causa de la oscuridad de los mismos principios morales. En tales casos se debe tratar de que se pierda el menor número posible de bienes y se violen cuantos menos derechos sea posible; las inquietudes y disputas morales deben comprometer la búsqueda de beneficios y por ende, la necesidad de evitar perjuicios. El principio de beneficencia es el deber ético de hacer el bien, pero este principio cede al de autonomía con el que se enfrenta, lo que se ve en el ejemplo sencillo del paciente que rechaza un tratamiento.

En fin, en el derecho anglosajón se habla del principio del *best interest*, como un criterio para resolver los conflictos en que esté involucrado un menor; en el famoso caso de Baby M., la madre sustituta que se negó a entregar el bebé que había gestado, a la madre comitente, fue obligada por el juez a entregar el bebé (aun habiendo declarado nulo el contrato por haber sido a título oneroso), alegando el *best interest*, esto es el interés plausiblemente mejor para el menor, pues la madre sustituta vivía sola, mientras que los comitentes tenían un hogar ya formado. Es muy difícil decir que no se está de acuerdo con el *best interest*, el problema es saber cómo realizarlo sin caer en meras conjeturas.

En un caso similar de la jurisprudencia italiana, el juez declaró la ilicitud del contrato, por contrario al orden público y a las buenas costumbres: el problema se enfrentó en cuanto a la rigidez de los estados civiles que sólo se pueden constituir por mandato de la ley, de tal forma que la madre, como en el derecho colombiano, es la que da a luz. Por la dificultad de superar el punto de la filiación, el tribunal rechazó la pretensión de la pareja de tener o de quedarse con el niño. El juez no habló, sino que dejó hablar al ordenamiento.

3. *Los principios del derecho europeo*

Pero el derecho latinoamericano también se vale, como siempre lo ha hecho, de la influencia del derecho europeo, derecho que por pertenecer a la misma tradición, ofrece, quizá, respuestas más acordes con el dato normativo existente en los países de la región.

El derecho europeo centra hoy el debate en los principios de dignidad de la persona humana, de igualdad, de solidaridad, principios consagrados en la Carta de Derechos de la Unión Europea de 2000 (Carta de Niza) y en la Constitución Europea de 2004.

Lo que pretenden estos principios es hacer frente a ese gran número de intereses encontrados o contrapuestos que buscan aceptación por parte de una sociedad pluralista, y si bien el principio no se convierte en una regla de aplicación práctica para enfrentar la realidad cuando es problemática, sí señala la dirección en la que la situación deberá ser solucionada. De esta forma, las dificultades que se encuentren al resolver problemas relacionados con la bioética tendrían que deshacerse al contacto con los principios; por ejemplo, si se consideran las técnicas de reproducción asistida como una forma de tratar un mal –la infertilidad- el negarle el tratamiento a una mujer sola, sin pareja, sería atentatorio del principio de igualdad; una solución que permitiera mantener en vida artificial a una mujer con el solo propósito de que completara el proceso de gestación, sería una solución que quizá atentaría contra el principio de dignidad; en fin, una solución que impusiera costos o requisitos desmedidos para someterse a un tratamiento de fertilidad, haciendo nugatorio el derecho de la persona de fundar una familia, podría contrariar el principio de solidaridad.

El principio de dignidad pues, representa el núcleo primario y esencial del individuo, núcleo que le permite expresarse y desenvolverse con plenitud dentro de la sociedad; así, de la confrontación con el principio de dignidad derivan su fundamento todos los derechos que se pueden estimar como inviolables, pues la calificación de un interés de la persona como inviolable supone que el interés en cuestión tenga una relevancia capaz de comprometer o involucrar de manera determinante el principio de dignidad.

El principio de igualdad se debe considerar desde el punto de vista de determinar cuáles aspectos de la vida del hombre (con independencia de las utilidades o de los recursos o de las capacidades o de las oportunidades) deben hacerse iguales para todos, por medio de los instrumentos que ofrece la sociedad; así pues, la sociedad deberá remover los obstáculos para tal fin, y entonces permitir que cada cual sea puesto en las condiciones de llevar a cabo sus aspiraciones propias.

El principio de solidaridad se hace valer en relación con un interés lesionado de gran valor para la sociedad y de donde resulta una persona que aparece, en mayor medida, merecedora de protección; así pues, se trata de que el grupo social sea solidario con esa persona cuando el interés afectado tenga un valor fundamental para la sociedad, como sucede con todo lo que concierne a la reproducción humana y a la fundación de un grupo familiar; esto significa asumir como propios los intereses del grupo.

No está por demás decir que hoy, el derecho a la salud también encuentra reconocimiento en la mayoría de documentos europeos sobre derechos humanos, la necesidad de proteger la integridad psicofísica del individuo es, en sí misma, un principio fundamental que no se debe sólo entender como la obligación del Estado

de procurar asistencia al individuo que padece una enfermedad, sino también como la pretensión de cada cual de ver que las condiciones propias de su salud, entendida como la plenitud de las condiciones físicas, psíquicas y sociales, no se vean alteradas. Hoy además se habla de salud reproductiva (Conferencia Internacional de Población y Desarrollo. El Cairo 1994), como un asunto de interés global.

Como sea, se insiste en la dificultad de encontrar principios que abarquen diversas creencias religiosas e ideológicas, la bioética ha enriquecido el debate, pues las cuestiones bioéticas son importantes existencialmente, pero ellas tienden a dividir. Es imposible descubrir esa lengua franca moral.

4. *Un punto de partida*

¿Cómo debe proceder entonces el jurista?, ¿cómo debe proceder el jurista latinoamericano?. No se puede renunciar a la propia tradición so pretexto de la novedad (o peor de la tendencia), el jurista debe saber cuando hacer concesiones y cuando dejar de lado un elemento de su sistema, para aceptar otro que quizá viene de afuera. De ahí la necesidad de profundizar en el estudio y de conocer a fondo el sistema en el que se trabaja.

Pero el derecho ¿qué puede ofrecer?: el derecho ofrece en primer lugar ese derecho *más alto* que hoy constituyen los derechos humanos, que son ya el esfuerzo de encontrar una base común de diferentes éticas; más alto pues están por encima de los derechos reconocidos en las constituciones. ¿Cuáles derechos humanos?, se sabe que no es conveniente hacer un elenco, pero sin duda están el derecho a la vida, a la integridad y a la salud (en los tratamientos de reproducción asistida no debe someterse a nadie a tratos denigrantes o a torturas); el derecho a la libertad, a la autodeterminación (cuántos hijos tener, con qué intervalo); a la no discriminación y al respeto de las diferencias, a la tolerancia; el derecho a fundar una familia (contar con la asistencia médica para prevenir y superar los efectos de la infertilidad); el derecho a la vida privada y familiar (prohibición de adoptar medidas invasivas que pretenden controlar la reproducción médica asistida sobre bases morales).

El derecho ofrece también, un segundo nivel o un segundo elemento: los principios constitucionales como guías que orientan el pluralismo y lo encausan, son los principios ya mencionados, la autonomía, la beneficencia, la dignidad, la igualdad, la solidaridad.

Y hay un tercer escalón que ofrece el derecho que es el de las soluciones prácticas (el bioderecho en sentido estricto), reglas jurídicas o de procedimiento, como el consentimiento informado, o mejor, la toma de decisión informada que no sea una inducción al consentimiento, y que no se convierta en mera práctica

burocrática, para que permita una absoluta libertad y un tiempo suficiente de reflexión; la transparencia, la intimidad y la confidencialidad, expresiones todas del principio de la buena fe; la posibilidad de objeción de conciencia, que, basada en factores religiosos o ideológicos en general, permitan a las personas contrarias a practicar un tratamiento o un procedimiento, no hacerlo (no practicar un aborto, no proceder a una esterilización, no aplicar un tratamiento de fertilización), pues principio de la democracia es el respeto de las minorías, y el individuo es la máxima expresión de las minorías.

De estos tres elementos o niveles que ofrece el derecho, cada sistema debe escoger o deducir los intereses que se deben considerar como tutelables, escogencia que no se revela nunca como definitiva.

Así por ejemplo, si hay embriones formados y luego sobreviene el divorcio de los cónyuges y después la mujer pide la implantación ¿qué pasa?, y qué pasaría si los cónyuges se disputaran la titularidad del embrión.

¿Existe un derecho a ser padres?, ¿se puede escoger cómo ser padres, con qué métodos?, ¿la no patrimonialidad sortea el problema de los contratos en esta materia?, ¿se le debe reconocer al embrión titularidad de intereses?, ¿qué pasa si quien ha dado autorización para la implantación del embrión después revoca el consentimiento?, ¿el marido de una pareja que tiene un hijo por inseminación heteróloga, podría desconocer la paternidad?, ¿la madre sustituta podría tener derecho de visitas?, ¿se debe prohibir el mercado de embriones? (ya está prohibido en una serie larga de documentos internacionales que dicen que el cuerpo humano y sus componentes o derivados no pueden ser objeto de lucro).

No es posible definir o establecer los efectos que tendría, en la sociedad y en la psique de las personas, el reconocimiento de todos estos intereses y otros más que se puedan imaginar. Lo único cierto, y es ya una certeza, es que las personas involucradas en un proceso de reproducción asistida deben ser informadas plenamente y deben poder dirigirse a estructuras sanitarias que den un máximo de garantías; las personas, además, no pueden ser objeto de experimentación, pero deben poder ejercitar plenamente su derecho. La duda queda.

5. La elaboración de un derecho

Entonces, cómo se debe legislar: de tenerse en cuenta todas las razones de los otros, en la sociedad plural, la única salida sería tal vez no legislar, o hacerlo sin encontrar el mínimo consenso; así tal vez la solución sea legislar sólo sobre los puntos esenciales, recurriendo a una normatividad esencial; el legislador debe ser sobrio especialmente en este tipo de leyes con una fuerte carga de compromiso

ideológico. La ley debe afrontar solo cuestiones concretas y no pretender dar respuestas a preocupaciones sociales o morales.

Las sociedades pluralistas actuales, es decir las sociedades caracterizadas por la presencia de una variedad de grupos sociales, portadores de intereses, ideologías y proyectos diferenciados, en ningún caso lo suficientemente fuertes para considerarse como dominantes y por ende incapaces para suministrar las bases materiales de la soberanía estatal, asignan a la constitución la tarea de realizar directamente un proyecto predeterminado de vida en común. La Constitución vista como plataforma que garantiza la legitimidad de cada una de las partes constitutivas de la sociedad, para que ellas inicien la competencia para imprimir al Estado una dirección con un carácter u otro, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional.

La Constitución no es el centro del que todo deriva, sino más bien el centro hacia el cual todo debe converger. La coexistencia de valores y principios sobre la cual necesariamente una constitución hoy debe fundarse para poder volverse integradora sin renunciar al pluralismo, necesita que cada uno de esos valores y esos principios sea asumido en un valor no absoluta, compatible con aquellos con los que debe convivir. La Constitución marca, pues, una pauta, la del encuentro de diferentes valores, esa pauta es la que debe seguir cualquier legislación en materia de bioética.

Bibliografía

- AA. VV., *Seminario de Bioética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2002.
F. D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001.
R. J. COOK, B. M. DICKENS, M. F. FATHALLA, *Salud reproductiva y derechos humanos*, Bogotá, 2003.
H. T. ENGELHARDT, *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, 1995.
E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.
S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.
S. RODOTÀ, *Quale diritto per il nuovo mondo*, en *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, 2003.
G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; trad. al español *El derecho dúctil*, Madrid, 1995.