

Medicina y Ética



Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica

VOLUMEN XXIII NÚMERO IV 2012 /4 OCTUBRE-DICIEMBRE ISSN 0188-5022

Enfermedad, deseo de muerte y depresión:
la necesidad de valoración clínica y de reflexión ética
sobre el límite entre derecho de elegir y derecho al
tratamiento

Giuseppe Bersani

La enseñanza de "Bioética y Derechos Humanos"
en los cursos universitarios de las profesiones médicas

Marina Casini

Tres Tribunales italianos, la Corte Europea de los
Derechos de los Hombres y el derecho del concebido
a la individualidad de las figuras paternas

Marina Casini

Correlación de principios bioéticos y la Declaración
Universal de los Derechos Humanos

Ma. de la Luz Casas Martínez

¿Cómo concibe la Real Asociación Médica Holandesa el
rol del médico en la interrupción de la vida por petición?

Willem J. Eijk

Información y comunicación en caso de enfermedades
con pronóstico serio o grave: consideraciones éticas y
médico-legales

Paola Delbon, Adelaide Conti, Massimo Galdolini

Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud
Facultad de Bioética
Universidad Anáhuac, México Norte

Istituto di Bioetica
Facoltà De Medicina e Chirurgia "Agostino Gemelli"
Università Cattolica del Sacro Cuore Roma

Facultad de
Bioética

Red de Universidades
Anáhuac

MEDICINA Y ÉTICA

UNIVERSIDAD ANÁHUAC

Rector

P. Jesús Quirce Andrés, L.C.

Vicerrectora Académica

Mtra. Sonia Barnetche Frías

Director de la Facultad de Bioética

P. Antonio Cabrera, L.C.

Directora de Comunicación Institucional

Dra. Mariela Ezpeleta Maicas

Coordinadora de Publicaciones Académicas

Mtra. Alma E. Cázares Ruiz

4

VOLUMEN XXIII NÚMERO 4 OCTUBRE-DICIEMBRE DEL 2012

MEDICINA Y ÉTICA

Revista internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica

Italia

Director Responsable: Angelo Fiori

Director: Elio Sgreccia

Comité científico: Lorenzo Ornaghi, Luigi Alici, Leonardo Antico, Sergio Belardinelli, Adriano Bompiani, Carlo Caffarra, Ignacio Carrasco de Paula, Carlo Casini, Numa Cellini, Roberto Colombo, Francesco D'Agostino, Giuseppe Dalla Torre, Maria Luisa Di Pietro, Luciano Eusebi, Maurizio P. Faggioni, Luke A.J. Gormally, John Haas, Gonzalo Herranz, Michele Lenoci, Gonzalo Miranda, Hugo O.M. Obiglio, Laura Palazzani, Edmund D. Pellegrino, Adriano Pessina, Antonio G. Spagnolo, Dionigi Tettamanzi, Patricio Ventura-Juncá, Juan de Dios Vial Correa, Enrique Villanueva Cañadas, Dietrich Von Engelhardt, Helen Watt.

México

Director:

Dr. Óscar J. Martínez González

Coordinadora Editorial:

Dra. Martha Tarasco Michel MD, PhD

Traducción y Corrección

de Estilo:

Lic. Jesús Quiarte

Composición tipográfica:

Paideia Empresarial

Comité Editorial:

Dr. Evandro Agazzi PhD; Dr. Ramiro Alonso Pando;

Dra. Myriam Altamirano Bustamante MD, PhD; Dr. Antonio Cabrera PhD;

Dr. Francisco Javier Marcó Bach PhD; Dra. Lourdes Velázquez González PhD;

Dr. Samuel Weingerz Mehl.

D.R. Investigaciones y Estudios Superiores, S.C.
Editor responsable: Dr. Óscar J. Martínez González
Impreso en Litho Press de México
Av. Sur 20, núm. 233
Col. Agrícola Oriental, 08500 México, D.F.

Dirección y Administración:
Facultad de Bioética de la Universidad Anáhuac
Av. Universidad Anáhuac 46, Col. Lomas Anáhuac
Huixquilucan, Edo. de México. C.P. 52786
Tels. 5328-8074, 5627-0210 (Ext. 7146)
Email: bioetica@anahuac.mx

Dirección y Redacción en Roma, Italia:
Istituto di Bioetica, Facoltà di Medicina e Chirurgia "Agostino Gemelli"
Università Cattolica del Sacro Cuore
Largo Francesco Vito 1, Roma C.P. 00168
Tel +39.06.30154960. Fax: +39.06.3051149
Email: medicinaemorale@rm.unicatt.it

Distribución:
Investigaciones y Estudios Superiores, S.C.
Facultad de Bioética de la Universidad Anáhuac

México: 200 pesos; América Latina: \$80 U.S. Dls;
Otros países: \$80 U.S. Dls.

Medicina y Ética.
Número de Registro de Marca 427526
Certificado de Licitud de Título 6655
Certificado de Licitud de Contenido 6923
Certificado de Reserva de Derechos al uso exclusivo 1009-93; control 22235
Impreso en México. *Printed in Mexico.*
ISSN 0188-5022

[039 0793] Porte pagado.
 Publicación periódica.
 Registro 0390793.
 Características 210451118.
 Autorizado por SEPOMEX.

La Revista *Medicina y Ética* aparece citada regularmente en los siguientes índices:
The Philosopher's index, *Latindex* y *Redalyc*.
The Journal of *Medicina y Ética* is indexed in: *The Philosopher's index*, *Latindex* and
Redalyc.

ÍNDICE

Editorial	425
Enfermedad, deseo de muerte y depresión: la necesidad de valoración clínica y de reflexión ética sobre el límite entre derecho de elegir y derecho al tratamiento <i>Giuseppe Bersani</i>	431
La enseñanza de “Bioética y Derechos Humanos” en los cursos universitarios de las profesiones médicas <i>Marina Casini</i>	447
Tres Tribunales italianos, la Corte Europea de los Derechos de los Hombres y el derecho del concebido a la individualidad de las figuras paternas <i>Marina Casini</i>	467
Correlación de principios bioéticos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos <i>Dra. Ma. de la Luz Casas M.</i>	501
¿Cómo concibe la Real Asociación Médica Holandesa el rol del médico en la interrupción de la vida por petición? <i>Willem J. Eijk</i>	513
Información y comunicación en caso de enfermedades con pronóstico serio o grave: consideraciones éticas y médico-legales.....	533
<i>Paola Delbon, Adelaide Conti, Massimo Galdolfini</i>	
Reseñas bibliográficas	
<i>José Enrique Gómez Álvarez</i>	549
<i>José Enrique Gómez Álvarez</i>	555

EDITORIAL

Este último número de la Revista Medicina y Ética está prácticamente dedicado a artículos jurídicos y de derechos humanos. La causa de tal interés es que hay una injerencia de los tratados internacionales en la legislación de todos los países. Y particularmente algunos de ellos están a nivel de la propia Constitución

Sin embargo, suelen apelarse a ellos para sustentar muchas acciones que en realidad son violatorias de tales Derechos. A juicio de la autora de esta Editorial, esto se debe a que se toman sin una base antropológica previa, y así su referencia es a voluntad. Por ello es importante recordar algunos conceptos al respecto.

En la ciencia jurídica se distingue entre el derecho en sentido objetivo y el derecho en sentido subjetivo. El primero designa el conjunto de normas por las que se rige una sociedad, mientras que el segundo se refiere a la facultad o facultades que corresponden a las personas para poder realizar determinadas acciones.

Dentro de los derechos subjetivos se distinguen los derechos naturales y los adquiridos. Podemos definir los derechos naturales, también llamados “derechos humanos”, como *“las facultades propias del hombre en relación consigo mismo y con otros entes, exigidas por su dignidad natural en orden a su realización como persona y que, por lo tanto, deben ser reconocidas y garantizadas por la sociedad para su libre ejercicio”*.¹

Dentro del actual proceso histórico declaratorio iniciado en 1948 se suelen clasificar los derechos humanos en tres clases, correspondientes a las sucesivas etapas en que se han ido declarando: a) los derechos civiles y políticos; b) los derechos económicos, sociales y culturales y c) los derechos populares y medioambientales.

Desde la perspectiva de la bioética han adquirido importancia los “bio derechos humanos” que son los referidos inmediatamente

al ámbito de la vida humana, entendida ésta como vida individual y familiar en relación con la procreación, la salud, la sexualidad, la enfermedad y la muerte, y en una visión más amplia en referencia a la vida medioambiental.

Esta insistencia en los derechos humanos, si bien es legítima, debe ser completada y equilibrada con las correspondientes declaraciones de deberes humanos. Tal como indicábamos, los derechos humanos tienen la característica de su exigibilidad para que puedan ser efectivizados de manera plena. La exigibilidad mínima de no obstaculización equivale al deber de otras personas y de la sociedad de no obstaculizar. Cuando se trata de derechos con una mayor exigibilidad, éstos incluyen el deber de la sociedad política, de la civil y de otras personas de colaboración activa para que sean efectivos. Por lo tanto es necesario que la declaración de los derechos humanos vaya acompañada de la correspondiente declaración de los deberes humanos, hacia sí mismo, hacia los demás seres humanos y hacia el medio ambiente.²

Los deberes fundamentales, al igual que los derechos fundamentales, brotan de la naturaleza humana, pero deben ser explicitados. Antiguamente se establecían preferentemente en declaraciones éticas de preceptos y prohibiciones. La más conocida universalmente, el decálogo, señala obligaciones hacia Dios y hacia los hombres, estas últimas, a excepción de honrar padre y madre, expuestas en forma de prohibiciones.

El equipo Editorial de Medicina y Ética aprovecha este espacio para desear a Usted una Feliz Navidad y un Año 2013 lleno de bendiciones.

Dra. Martha Tarasco Michel MD PhD
Coordinadora Editorial

¹ Cf. M. D. Vila-Coro, Introducción a la bio-jurídica: Madrid: Universidad Complutense, 1995: 123-143.

² Manzanera M., Derechos Humanos: Fundamentación y Debate. Bolivia. Comunicación personal 2010.

Criterios para los colaboradores de “Medicina y Ética”

1. La revista de *Medicina y Ética* es una revista especializada en el campo de la bioética que está enfocada a la difusión académica entre los profesionales afines a las temáticas y discusiones actuales en este campo. En consecuencia, *Medicina y Ética* no acepta artículos de difusión, ni material que puede ser considerado propagandístico de alguna corriente. La Revista no está circunscrita a una visión única de la Bioética, siempre que los artículos cumplan con rigor la metodología propia en la exposición de las ideas.
2. De acuerdo con lo anterior, las opiniones y posiciones son de responsabilidad exclusiva del autor, y no reflejan necesariamente la posición de la Facultad de Bioética. El Consejo editorial no presupone, en ningún caso, que la institución de origen o de quien da actualmente empleo al autor, suscribe las posiciones de éste, vertidas en el artículo correspondiente.
3. El material deberá ser inédito, no obstante, se aceptan ponencias o comunicaciones, siempre y cuando se señale claramente el lugar y fecha donde se expuso por primera vez la investigación.
4. Se consideran tres tipos de publicaciones: artículos, notas y reseñas. Los artículos deben tener una extensión mínima de 15 cuartillas y máxima de 30. Estos deben ser sobre temas monográficos. Las notas deben ser mayores de 7 páginas y menores de 15. Las notas tienen un carácter de discusión propia del campo científico; la discusión puede ser sobre otros artículos anteriores de la Revista, siempre y cuando cumplan con la calidad académica señalada y no como una mera expresión de una réplica por el afán polémico, sino a la altura del artículo que es motivo del comentario. Las reseñas deben tener una extensión mínima de una cuartilla y máxima de cinco. Las reseñas pueden ser tanto críticas como meramente expositivas.

5. Los artículos serán dictaminados por al menos dos académicos de competencia relevante en un plazo máximo de tres meses. Los nombres, tanto de dictaminadores como del autor, permanecerán en el anonimato. En el caso de respuesta negativa, el autor recibirá un dictamen con las opiniones de los dictaminadores. El autor podrá realizar las correcciones que considere pertinentes y volverla a presentar, sin que *Medicina y Ética* se obligue a publicar el material. En cualquier caso, no se regresan originales. Los autores que hayan sido elegidos recibirán tres ejemplares de cortesía del número en que fueron publicados.
6. Los artículos publicables deberán escribirse de preferencia en español, aunque se aceptan en idioma inglés, de manera clara y concisa. El texto debe ir en letra Arial (12 pts.) a espacio y medio, en papel tamaño carta. El material puede ser entregado en formato electrónico para PC, vía correo electrónico o disquete (Word para windows, o formato RTF).
7. Los artículos y notas deberán contener el título del trabajo, el (los) nombres(s) del (de los) autor (es), el nombre de la Institución a la que pertenezcan. El artículo debe estar acompañado de un resumen (abstract) no mayor de 15 líneas (aproximadamente 150 palabras) en español y en inglés. También deben contener 3 palabras clave no contenidas en el título.
8. Las referencias de libros deberán realizarse de la siguiente forma: APELLIDO DEL AUTOR, nombre del autor. *Título del libro*. Traductor, Editorial, Lugar de edición, año de publicación, página (edición original). Por ejemplo:

SINGER, Peter. *Una vida ética. Escritos*. Trad.: Pablo de Lora Del Toro, Ed. Taurus, Madrid, 2002, p. 57 (inglés: Writings of an ethical life, 2000).

9. En el caso de las revistas el modo será el siguiente: APELLIDO DEL AUTOR, Nombre del autor. "título del artículo", *Título de la revista*, volumen, número, (mes, año), página. Por ejemplo:

ROMANO, Lucio. "Educación de la sexualidad y los adolescentes. Encuesta cognoscitiva y antropologías de referencia", *Medicina y Ética*, XIII, 1, (enero-marzo, 2002), p. 85.

10. Los artículos deberán ser enviados exclusivamente a la siguiente dirección:

**Facultad de Bioética
Universidad Anáhuac
Dra. Martha Tarasco Michel, Coordinadora Editorial
Apartado Postal 10 844
C.P. 11000, México, D.F.
Email: mtarasco@anahuac.mx**

11. No nos hacemos responsables del material entregado o enviado a otra dirección distinta de la anterior. Para considerarlo recibido, quien envía deberá contar con un recibo físico con sello, o bien con la respuesta electrónica de la dirección de correo electrónico señalada en el punto anterior.

Enfermedad, deseo de muerte y depresión

La necesidad de valoración clínica y de reflexión ética
sobre el límite entre derecho de elegir
y derecho al tratamiento

*Giuseppe Bersani**

Resumen

Este trabajo parte de la reflexión sobre los comentarios que en los medios han acompañado hace aproximadamente un año al suicidio de un conocido director italiano, muy anciano, hospitalizado por una patología neoplástica. Una actitud común, juzgada en este artículo como conformista y superficial, ha propuesto una valoración altamente positiva del gesto, presentado esencialmente como un acto de valor consecuente con una reflexión lúcida y coherente de su propia condición existencial. Pero en realidad es una consideración muy simple, la de la hipótesis que a la base de la decisión del suicidio pudiese existir una real y clínicamente significativa condición depresiva, no ha sido valorada en su peso potencial. Emerge por tanto la necesidad de algunas breves reflexiones sobre la relación entre enfermedad física y depresión, que tengan en cuenta de cuánto la vivencia general de la enfermedad, el sufrimiento físico, la experiencia del dolor y de la invalidez, la dificultad o la pérdida de perspectivas futuras; puedan desempeñar con elevada frecuencia el rol de factores capaces de activar una "enfermedad psicológica depresiva", por otra parte todavía compatible con una visión lúcida del propio estado y con una conservada capacidad de valoración y decisión.

* Profesor Agregado en Psiquiatría, Departamento de Ciencias y Biotecnología Médico-Quirúrgicas, "Sapienza" Universidad de Roma (E-mail: giuseppe.bersani@uniroma.it).

Título original: *Malattia, Desiderio di morte e depressione: la necessità di valutazione clinica e di riflessione etica sul confine tra diritto di scelta e diritto alla cura.* Publicado en la Revista Medicina e Morale 2011/ 6, páginas 1011-1024.

Pero los mismos factores, también eventualmente en asociación con otros preexistentes o concomitantes, pueden conducir al desarrollo de reales y graves episodios depresivos, incluso clínicamente no distinguibles de aquellos que caracterizan la enfermedad depresiva de origen primario, o sea no consecuente con la enfermedad somática.

De la "idea de la muerte", en el primer caso esperada y también vivida en sentido al menos en parte liberador, pero no deseada y no buscada, se pasa al "deseo de morir", potencial grave síntoma depresivo, a su vez conexo en modo directo con el riesgo de conductas suicidas. El límite entre las dos condiciones es obviamente incierto y vago, justificado también por el modo disimulado y gradual con el cual se instaure la verdadera condición depresiva, que hace frecuentemente inesperado el eventual suicidio. Con la debida atención a no psiquiatrizar conductas o situaciones no necesariamente de por sí patológicas, la repercusión ética y deontológica de esta dicotomía es directa. Al derecho de elección del enfermo somático, el cual se ha de tener en cuenta obviamente en los límites del contexto ético general y de las normas legales, debe ser antepuesto el derecho a la atención médica del sujeto enfermo, cuyo sufrimiento mental limite o excluya su capacidad misma de valoración y decisión consciente

El reconocimiento de la eventual real condición depresiva y su tratamiento, entendido en el sentido más estricto del término, del farmacológico al de sustento psicológico o psicosocial, llegan a constituir necesidades éticas cuya minusvaloración implica el riesgo de hacer perder, a un sujeto ya enfermo, la posibilidad de una ayuda decisiva en el afrontar o incluso superar momentos en los cuales al sufrimiento físico y existencial se sobreponen condiciones de real sufrimiento mental, en modo tal que llegan a comprometer en grado incluso extremo las capacidades de libre y consciente elección, cuya recuperación debe constituir un objetivo primario de toda intervención terapéutica.

Summary

Illness, death wish and depression: the need for clinical assessment and ethical reflexion on right to choice and right to treatment. The work takes its cue from the reflection on the comments

that have accompanied in the media about one year ago the suicide of a famous Italian director, a very old man, hospitalized for a malignant disease. A common attitude, here judged conformist and superficial, as proposed a highly positive evaluation of the gesture, presented essentially as an act of courage resulting in a lucid and coherent reflection on his own existential condition. But in reality a very simple view, the hypothesis that the basis of the decision of suicide could be a real and clinically significant depressive condition, as not been evaluated in all its potential weight. There is thus a need for some brief reflections on the relationship between physical illness and depression, which take account of how the general experience of the disease, the physical suffering, the experience of pain and disability, the difficulty or loss of future prospects may play the role of factors that with a high frequency can trigger in patients a "physiological depression disease", however, still compatible with a clear vision of their own condition and with a preserved capacity for evaluation a decision.

But the same factors, also possibly in combination with other preexisting or concurrent, may lead to the development of real and severe depressive episodes, although not clinically distinguishable from those that characterize primary depressive illness, i.e. not resulting from physical disease.

From the "idea of death" in the first case pending and also lived at least in part in liberating sense, but not desired and sought after, you go the "death wish", potential serious symptom of depression, in turn, directly linked with the risk of suicidal behavior. The boundary between the two conditions is obviously uncertain and vague, even justified by the subtle and gradual way in which the true condition of depression establishes, making often unexpected the eventual suicide. With proper care not to judge as "psychiatric" conduct or situation not necessarily pathological in itself, the ethical as well as deontological impact of this dichotomy is directed. The somatic patient's right to choose, to be considered within the context of the general ethical and legal regulations, must be placed after the right to the care deserved by an ill person, whose mental suffering can limit or exclude the same capacity of conscious evaluation and decision.

The recognition of any real-depressive condition and its treatment, in the broadest sense of the word, from the pharmacological therapy to the psychological and psychosocial support, consti-

tute the ethical requirements which reduce the risk of making an already suffering person devoid of the possibility of a decisive help in dealing with or even go through moments in which the physical and existential suffering overlap conditions of real mental disease, such to potentially compromise the ability of free and informed choice, whose recovery must be the primary objective of any therapeutic intervention.

Palabras clave: enfermedad somática, depresión, derecho de elección, derecho al tratamiento.

Key words: somatic illness, depression, right to choice, right to treatment.

Un caso emblemático

Hace aproximadamente un año, un conocidísimo director cinematográfico, uno de los iconos del cine italiano de los últimos cincuenta años, se ha suicidado arrojándose de la ventana de la habitación del hospital romano donde hacía poco había sido internado por un carcinoma en la próstata. Tenía 95 años y de la historia de su intensa y batalladora vida estaban completamente ausentes indicaciones y fenómenos de alteraciones psíquicas y, en particular, de depresión.

Inmediatamente, un coro de voces de representantes de la "cultura", del cine, de la prensa, de las instituciones, frecuentemente autoproclamados, pero no autorizados intérpretes e inspiradores de la moral común; ha unánimemente expresado, junto al sincero pesar, un juicio unívoco, si bien modulado en opiniones y sensibilidades individuales. El juicio sobre la "coherencia" y la "comprensibilidad" del gesto ha llenado en modo uniforme comentarios, recuerdos, informales elogios fúnebres de los "personajes" de vez en cuando llamados a expresar su propio pensamiento sobre lo sucedido. En el campo de la arena política, inmediata ha sido también la reclamación al tema dramático y controvertido de la eutanasia y,

en general, del derecho de elegir la propia muerte y de la posibilidad o no de la reglamentación jurídica de ésta.

"Grande hasta el final..., ha querido decidir qué cosa era mejor..., sin importarle el moralismo...", "Hoy ha elegido él", "uno que quería gestionar su vida hasta el fondo, un gesto de lucidez juvenil", "una última fuerte manifestación de su personalidad, un extremo arrebatado de voluntad que es necesario respetar", "Ha elegido morir. En modo jactancioso, como era él", "La decisión... extraordinaria, heroica, magnífica... Ha decidido que su vida terminaba, que no quería vivir otros tres años como un vegetal, quisiera tener su valor", "Ha vivido y no se ha dejado vivir... No se ha dejado morir... ha decidido irse". Se podría continuar largamente con las expresiones, oportunamente anónimas, de un monolítico y acrítico conformismo ético que han representado la reacción inmediata y coral a la noticia de que un hombre muy anciano, gravemente enfermo, que vivía solo, se había suicidado poco después de un enésimo internamiento en el hospital.

Casi nadie ha atribuido algún peso consistente a su consciencia de no tener esperanza de curación ni, evidentemente, una larga perspectiva de vida, a su aparecer "cansado de vivir", a lo insufrible de su enfermedad, a su soledad, al recuerdo antiguo del suicidio de su padre. Nadie ha formulado la hipótesis, sólo la hipótesis, de que junto a otras la "coherencia" y la "lucidez" del gesto, pudiese haber representado también la expresión extrema, ponderada o repentina, de un sufrimiento psíquico en aquel momento extralimitante en el real sufrimiento mental. Nadie ha formulado la hipótesis que estuviese "deprimido". Nadie ha evaluado la posibilidad de encontrarse ante el suicidio de una persona afectada por una perturbación depresiva aguda y grave, de la cual es bien conocido cómo el suicidio represente muy frecuentemente la consecuencia dramática e inesperada. No lo han hipotetizado los hombres de la cultura, de la política y de la prensa, no lo han hipotetizado, por desgracia, o quizá no han tenido modo de hacerlo con similar resonancia pública, los psiquiatras, teóricamente mejor dotados de los primeros, de

los instrumentos culturales y científicos para comprender aspectos extremos del comportamiento humano.

Si bien la sospecha de una condición psicopatológica aguda de tipo depresivo no puede ser apartada *a priori* sólo porque no esté en línea con la vulgata ética autoreferencial de los representantes del ambiente cultural, al cual el protagonista de esta historia pertenecía. Y no se trata en verdad de un desgarrado y anacrónico intento de psiquiatrizar condiciones y decisiones tan intrínsecamente conexas a la complejidad de la vida, de la cultura y de la libertad humanas.

Psicopatología y libertad de elección

Se trata de no renunciar a una reflexión, más allá de la particular, trágica historia individual que ha constituido el punto de partida; sobre una relación, aquella entre la vivencia de la enfermedad somática y el deseo de morir que, en los casos en que se realiza, no debería nunca dejar inexplorada la potencialidad de que entre los dos se interponga la manifestación patológica de la depresión, no en términos de condición afectiva de por sí intrínsecamente conectada con la experiencia misma de la vida en todas sus articulaciones y experiencias, sino en términos de la real expresión de psicopatología, de condición mental patológica, aunque fuese desencadenada por el sufrimiento somático, capaz de alterar las capacidades de un individuo de sentir, valorar y decidir en la plenitud de sus propias capacidades.

No se trata de un sofisma de indiferente repercusión a nivel ético. Es claramente evidente que más allá de toda diversidad de convicción o valoración de la sacralidad o no sacralidad de la vida humana, sobre la disponibilidad o indisponibilidad de ésta; argumentos presentes hoy en modo tan extendido en el debate ético, político y religioso, un dato debería aparecer incontestable. La decisión de una persona mentalmente sana puede apelar e inspirarse en los

principios de la libertad individual y debería ser siempre por esto, también cuando moralmente no compartida o legalmente no permitida, merecedora de absoluto respeto. Pero la decisión de una persona en condiciones de sufrimiento mental en modo de constituir una real y grave perturbación psicopatológica, como puede ser la depresiva, aún si no sea precedente o actualmente reconocida, debería ser considerada a la luz del grado en el cual esto interfiere con la capacidad misma de valorar y decidir, en la cual esto limita o deforma la naturaleza y la finalidad de las decisiones. Se está delante de un *Tertium non datur* (tercero excluido): el sujeto sano tiene derecho a la libertad de su decisión, el sujeto enfermo tiene derecho a ser reconocido y atendido, a fin que pueda recuperar aquella capacidad de libre elección que la perturbación mental siempre, inevitablemente restringe, coarta o excluye. La frecuente dificultad del reconocimiento clínico de la existencia misma de una perturbación, la evolución disimulada o inesperada de su desarrollo, deberían representar elementos de estímulo, no de renuncia, en la búsqueda de un real conocimiento de todos los factores a la base de decisiones existenciales fundamentales o, como en el caso del suicidio, irreversiblemente dramáticas.

De aquí nacen la idea y la finalidad de una reflexión que tenga como objetivo no tanto la búsqueda de respuestas definitivas, sino al contrario el suscitar preguntas, la propuesta de puntos para consideraciones que, también en la necesaria y deseada diversidad de los puntos de vista culturales, filosóficos, clínicos, éticos o religiosos, constituyan un factor de estímulo a la profundización de la relación que interviene entre decisiones de libertad individual, visiones éticas y potencial influencia de la psicopatología. Con el objetivo de estimular un debate sin encerramientos y sin prejuicios, con la esperanza de contribuir a reducir la posibilidad de encontrarnos de nuevo delante, en el futuro, a la superficialidad y al llano conformismo que han acompañado en los comentarios, al evento trágico del suicidio del anciano director.

Enfermedad somática y depresión

Es ya conocido en modo inequívoco cómo la enfermedad somática, en todas sus infinitas potencialidades de presentación, comporta en modo directo algunas repercusiones a cargo de la esfera emotiva y afectiva del sujeto enfermo, cuya naturaleza se sobrepone e influencia, en modo positivo o negativo, sobre el decurso y el resultado de la misma patología física. La cronicidad de la enfermedad y, más aún, su pronóstico infausto, cuando son conocidas por el paciente, incrementan en gran medida la connotación negativa de tales repercusiones, como también su amplitud y su intensidad.

Es así el caso de una enfermedad somática grave y crónica aquel en el cual mayormente se ponen en evidencia las dinámicas emotivas naturalmente asociadas a todas las situaciones de sufrimiento físico.

La condición existencial del individuo grave y crónicamente enfermo está caracterizada por una serie de condiciones que interactúan sinérgicamente en el activar algunos mecanismos psíquicos, o algunas modalidades de respuesta psicobiológica, que repiten, incluso en contextos que no se sobreponen automáticamente, algunas dinámicas propias de específicos procesos psicopatológicos.

La vivencia afectiva de la persona enferma es definida en primer lugar por el sufrimiento actual. El dolor físico en todas sus potenciales manifestaciones, como también por ejemplo las dificultades respiratorias, las perturbaciones viscerales, la inmovilización, etc. representan el primer factor de sufrimiento psíquico, además de somático, en medida variable asociada a todo cuadro clínico. A la experiencia directa del sufrimiento somático se flanquea en la casi totalidad de los casos la experiencia de la invalidez, de la pérdida de la independencia y de la autonomía, de la capacidad de moverse y actuar como en el período precedente a la enfermedad. Más aún, la persona consciente de la cronicidad, o del lo incurable de su propia enfermedad experimenta de modo forzado, junto a la proyección futura del estado de sufrimiento y de invalidez, la interrupción de

la proyectualidad, la experiencia de la imposibilidad racional de formular programas, de proyectarse en una visión futura, para sí y para los componentes de su propio sistema de relaciones afectivas, análogo al del pasado, libre de condicionamientos de la enfermedad, vistos en cambio como cada vez mayor e inexorablemente limitativos de toda esperanza de recuperación de las precedentes modalidades de vida. Una condición de intenso estrés emotivo, sobrepuesto a aquel derivado de las comprometidas alteraciones somáticas, acompaña entonces en modo prologado la vivencia afectiva de todo enfermo crónico.

En términos estrictamente psicológicos, es por tanto la experiencia de la "pérdida" la que inevitablemente se asocia a la experiencia de la enfermedad somática: la pérdida de la salud, de la validez física y social, del rol, del futuro, pérdida tanto más profunda y sufrida en relación a la gravedad y a la no curabilidad de la enfermedad física.

Experiencia de pérdida y estrés prolongado constituyen, en la situación actual de los conocimientos, los dos factores capaces de desempeñar, incluso en su interacción, un rol patogénico principal en el proceso de desarrollo de la depresión. Es su acción conjunta que induce verosímilmente, en la gran mayoría de los enfermos somáticos crónicos aquel ordenamiento depresivo del humor que caracteriza en modo "natural" y comprensible, pero también en modo psicobiológicamente fundado, la vivencia afectiva que acompaña en el tiempo la evolución de la enfermedad.

Una "depresión fisiológica" que se traduce en las múltiples formas del sufrimiento psicológico del enfermo: el "cansancio" por la propia condición y por el propio sufrimiento, la "desmoralización" por el prolongarse del sufrimiento y por el no realizarse de posibles mejoramientos, la "desilusión" en relación de expectativas cifradas en tratamientos médicos y todo elemento de potencial significado terapéutico, la preocupación y el dolor por la constatación de las consecuencias de su enfermedad en familiares, condiciones económicas, etc. La "idea de la muerte", todavía no como deseo

sino como posible resultado liberador del estado de largo e ineliminable sufrimiento, se presenta frecuentemente, en modo fugaz, todavía no compartido, pero insistente en los pensamientos de la persona enferma.

En términos psicopatológicos, se nota por tanto una peculiar situación. El enfermo somático vive en la realidad experiencias de pérdida, y por éstas se deprime; análogas a aquellas que en el paciente primariamente deprimido, en ausencia de enfermedad física, son vividas en una experiencia alterada de realidad secundaria a la condición patológica del humor.

Variabilidad de la respuesta afectiva

Pero la evolución psicológica sucesiva a la fase del "cansancio", de la desmoralización, no es unívoca. En una parte de los sujetos enfermos esta condición de "depresión fisiológica por enfermedad" se mantiene estable y acompañada en modo constante el curso del proceso morboso. Es el caso de las personas en las cuales prevalece la vivencia depresiva, frecuentemente oscilante en su propia intensidad, en la cual la idea de la muerte es percibida en su angustia más profunda, frecuentemente asociada a mecanismos psicológicos defensivos de negación, como en el caso común del no reconocimiento, aún ante las evidencias objetivas del curso clínico, de la incurabilidad de la enfermedad. O el caso de las personas en las cuales en cambio la idea de la muerte como evento liberador del sufrimiento físico o psíquico adquiere un peso mayor, aunque siempre en el ámbito de la vivencia afectiva marcada por el sentimiento de la inevitabilidad y, frecuentemente, de la desesperación. Se trata de situaciones en las cuales la ocurrencia de reales episodios depresivos es absolutamente frecuente, también si su origen es claramente identificable en la vivencia de la enfermedad somática e incluso si por esto la frecuencia de su reconocimiento clínico es absolutamente inferior a la de su presentación. Por otro lado, no

puede ser ciertamente considerado casual el vasto empleo de fármacos antidepresivos en enfermos somáticos graves, incluso terminales, que aún en la indicación oficial de la contribución al control del dolor y del sueño, explican en realidad su efecto terapéutico principal en el alivio de la vivencia de angustia y de desesperación de los enfermos.

Por otro lado, se asiste muy frecuentemente en una parte consistente de personas enfermas, a reacciones psicológicas de signo opuesto. Respuestas de mayor apego a la vida, en vez del deseo de muerte, son comunes en sujetos en los cuales la adaptación a la condición de enfermedad aparece más directamente influenciada por el deseo de supervivencia o de aprecio por las posibles formas residuales de experiencia vital aún conexas al avanzar de la enfermedad. No son sólo procesos psíquicos de negación los que alimentan esta modalidad de respuesta. La prevalencia del instinto de supervivencia se manifiesta según modalidades diversas e individuales, conjuntadas por el rechazo de una visión exclusivamente desesperante y angustiosa de la idea de la muerte. A la instauración de este proceso psicológico concurren frecuentemente también factores de tipo ideal, la adhesión a puntos de vista filosóficos o, más comúnmente, religiosos, la visión sagrada de la vida, su concepción como de un bien indisponible, de su valor en cuanto tal, etc. Es evidente, por ejemplo, cómo la adhesión a una fe religiosa pueda contribuir en la persona enferma a dar un sentido a la experiencia del sufrimiento y un significado a la perspectiva de su prolongarse y de la muerte. Pero concurren también procesos psíquicos simples, a veces elementales, de aferramiento a la experiencia vital en cuanto tal, de capacidad de mantener en cuanto sea posible un empeño afectivo en figuras y experiencias de la vida pasada y presente.

Aún en la inmensa variedad de las situaciones particulares y de los factores de vez en cuando implicados en su origen, es evidente que un rol central discriminante en el orientar la respuesta afectiva

a la enfermedad, hacia una u otra de las dos principales direcciones, es desarrollado por la orientación que el tono del humor asume en el curso de la experiencia de la enfermedad, hacia la depresión en el primer caso, hacia la superación de ésta en el segundo. Pero es también claro que la complejidad de los factores en juego no hace verosímil, si no en un mínimo porcentaje de los casos, la univocidad de la respuesta afectiva y qué aspectos de mezcla y conflictualidad caracterizan en el tiempo la gran mayoría de los casos clínicos individuales. La evolución de la "depresión fisiológica de enfermedad" hacia el consolidarse en formas depresivas más estructuradas o, de modo opuesto, hacia su superación mediante procesos de reforzamiento psicológico e ideal de procesos mentales ligados al instinto de supervivencia, encuentra frecuentemente momentos de incertidumbre; fases de negación de la enfermedad y de la aparente y temporal reacción eufórica pueden observarse también en el ámbito de cuadros psicológicos caracterizados por la prevalente orientación depresiva y fases de desánimo y conflicto pueden observarse al prevalecer de sentimientos de angustia en sujetos con una válida capacidad de adhesión a principios ideales en grado de soportar la aceptación no depresiva de la condición de la enfermedad.

El deseo de morir del paciente somático con depresión

El "deseo de morir" puede naturalmente estar presente en esta alternancia de estados afectivos, puede asomarse, y más frecuentemente retirarse, de la consciencia del enfermo que, si bien en modos diversos, vive su experiencia de confrontación con el sufrimiento y con el acercarse del fin de la vida.

Es evidente que no están hoy disponibles los instrumentos científicos para discriminar entre una condición depresiva intrínsecamente unida a la enfermedad física y una condición depresiva que,

detonada por la enfermedad, sufra luego su desarrollo en alguna medida autónoma y permita a la reacción depresiva a la enfermedad, alcanzar un nivel de gravedad tal para inducir otros evidentes signos clínicos, psicopatológicos y comportamentales, como, entre otros, el deseo invasivo y estable de la muerte y la petición, el intento o la puesta en acto del suicidio.

Pero es también evidente que la investigación sobre la existencia o no del sobreponerse de un real episodio depresivo a la condición afectiva inducida por la enfermedad somática, no puede ser evadida en cada valoración atenta y completa de todo cuadro clínico particular. Es absolutamente correcto hipotetizar que el salto de nivel entre la respuesta fisiológica depresiva de la enfermedad, con su inestable y no actuado "pensamiento de muerte"; y la grave condición depresiva potencialmente asociada a la enfermedad misma, con la constancia y permeabilidad del deseo de morir y con la posibilidad del pasar al acto del gesto suicida, pueda en realidad ser mediado precisamente por la inserción en la condición afectiva de base de un episodio depresivo dotado de sus autónomas potencialidades de evolución y de consecuencias comportamentales. No se trata naturalmente de atribuir un valor necesariamente psiquiátrico a situaciones depresivas en las cuales es bien reconocible en la enfermedad somática el primer anillo del proceso patogénico. Sino que se trata de no renunciar a *priori* a la hipótesis de la presencia de condiciones psicopatológicas de origen multifactorial, donde al más evidente de los factores en causa, la grave e incurable enfermedad somática, puede unirse, inducido también por esto, a un factor psicopatológico más autónomo y específico, aquel del grave episodio depresivo, en grado de incrementar el sufrimiento, también depresivo, de la enfermedad física y de potenciar el riesgo de consiguientes actos comportamentales.

Factores individuales de algún modo reconocibles, como familiaridad, experiencias precoces o repetidas de pérdida, características temperamentales, precedentes episodios depresivos y otros, en su interacción actual con los factores depresógenos asociados a la en-

fermedad, como la experiencia compleja de pérdida, el estrés prolongado, el sufrimiento físico; pueden concurrir al surgimiento clínicamente desconocido para la coexistente reacción "comprensible" a la enfermedad física, de reales episodios depresivos, al menos en parte sobreponibles en su cuadro psicopatológico y comportamental, a aquellos insurgentes en ausencia de patología somática.

Reflexiones éticas y deontológicas

Se delinea en base a esto una bien definida situación crítica sobre el plano ético, para las implicaciones deontológicas, y, por extensión, médico-legales, para las potenciales repercusiones en términos de responsabilidad, por lo demás sólo sintéticamente mencionadas en este trabajo.

Se trata evidentemente del problema del tratamiento de la condición depresiva del sujeto afectado por enfermedad somática crónica y grave, e incluso, más todavía, del problema del reconocimiento de su misma naturaleza patológica al menos en parte autónoma respecto a la simple reacción depresiva a la enfermedad. Más específicamente, se trata del valor patológico o no a ser atribuido al deseo de morir de estos pacientes.

Es ciertamente hoy indefinido, y probablemente indefinible, el límite que separa la "depresión fisiológica por enfermedad" de una grave condición depresiva sobrepuesta a la enfermedad misma. Pero el intentar posicionar un límite de separación entre los dos comporta una consecuencia ética y operativa fundamental, es decir, la valoración del concepto de la curabilidad, o mejor dicho de la posibilidad, oportunidad o necesidad de curar la componente depresiva asociada a la enfermedad somática

Pertenece al campo de las opiniones la oportunidad de curar o no, con específicos tratamientos antidepresivos, prevalentemente farmacológicos, la simple respuesta depresiva a la enfermedad; pero resulta común en la práctica la asociación de fármacos antidepresivos

a los tratamientos de las patologías físicas, incluso si frecuentemente son oficialmente prescritos para el control del dolor, para el sostenimiento del sueño y del apetito, para el alivio de los episodios de angustia, etc. Por otro lado, ninguna objeción ética puede ser dirigida hacia un tratamiento que, aún si está dirigido a una manifestación "secundaria", es decir la reacción depresiva, de una enfermedad "primaria", o sea la somática, pueda obtener un alivio de un elemento central del cuadro de general sufrimiento del paciente, es decir, de la angustia depresiva ligada a la consciencia de su propio estado y al sufrimiento físico correspondiente a la enfermedad.

Pero el tratamiento se vuelve imperativo ante el reconocimiento de un grave estado depresivo, o sea de un episodio depresivo mayor, instaurándose sobre la precedente condición depresiva reactiva, cuyas consecuencias clínicas y comportamentales pueden representar un elemento incluso dramático de complicación de la situación clínica de base.

Y en este contexto se pone con evidencia también el problema del tratamiento del "deseo de morir" del paciente afectado por una enfermedad somática grave e incurable. El "pensamiento de muerte" que inconstantemente acompaña al sentimiento de desmoralización y al sufrimiento físico prolongado, puede ser juzgado en el ámbito de la respuesta psicológica a la enfermedad y ser objeto de tratamiento antidepresivo cuando esa misma reacción es juzgada necesitada del tratamiento. Sobre ello se pueden actuar también otras intervenciones, de naturaleza no farmacológica o específicamente de soporte psicológico, que pueden desempeñar una acción de real eficacia. Pero el "deseo de morir" del enfermo somático en el cual un episodio depresivo mayor, incluso breve, inesperado, sin precedentes clínicos, que ha representado un elemento de real agravamiento del estado psíquico y de real incremento del riesgo de conductas suicidas, no puede no ser objeto de atención clínica selectiva y de adecuado tratamiento antidepresivo. Y no por otra cosa sino porque es expresado por una persona que, en cuanto gravemente deprimida, ha ciertamente, al menos en parte, perdido la

capacidad de un juicio libre y coherente sobre su propia situación y sobre la pertinencia de sus propias decisiones.

Así que el último problema ético se dirige ahora al tema delicadísimo de la libertad de elección del enfermo. En extrema síntesis, más allá de obvias consideraciones de carácter moral, de bien fundadas objeciones sobre la sacralidad e indisponibilidad de la vida, etc., el derecho de decidir del sujeto mentalmente sano, aunque físicamente sufriente, también su "deseo de morir", deberían ser siempre tomados en atenta consideración, aunque en los límites necesarios del contexto ético general y de las normas legislativas, incluso para proponer estrategias de apoyo psicológico o de redireccionamiento de la búsqueda de una solución o de una atribución de significado a su sufrimiento.

Pero el derecho de elegir del enfermo que, aunque sea consecuentemente a la enfermedad somática y a causa del proceso depresivo por ella producido, ha perdido la capacidad de decidir y actuar libre y consciente, debe ser juzgado subordinado a otro derecho suyo, el de ser atendido, para recuperar una condición mental capaz de restituirle el derecho a la libertad de elección, que la patología psíquica, incluso la gravemente depresiva, sistemáticamente coarta o excluye.

El no poner la debida atención o el no reconocer una semejante situación, o el no atribuir a tal distinción un rol central en la decisión de la actitud en relación de la persona enferma y de sus potenciales conductas, comporta el riesgo de consecuencias cuyas implicaciones éticas, incluso en la diversidad de las opiniones, resultan bien evidente en su potencial gravedad.

La enseñanza de “Bioética y Derechos Humanos” en los cursos universitarios de las profesiones médicas*

*Marina Casini**

Resumen

Esta contribución considera las razones por las cuales la enseñanza de "Bioética y Derechos humanos" se coloca justamente en los cursos universitarios de las profesiones sanitarias. Junto a las tres perspectivas (integración, unificación, clarificación) que acomunan la bioética y los derechos del hombre en el campo de la medicina, están las conocidas vicisitudes históricas de la segunda postguerra, que muestran cómo bioética, derechos humanos y medicina están en estrecha unión.

Además, el artículo pone en evidencia cómo, en el curso de los años, el diálogo entre bioética y derechos humanos se ha vuelto siempre más intenso, implicando siempre más la medicina y los operadores sanitarios. De aquí la necesidad de afrontar la nueva "emergencia antropológica" y de ofrecer a los estudiantes la posibilidad de madurar su propia capacidad de confrontación crítica, coherencia argumentativa, interés por la investigación y la profundización.

* Investigadora en Bioética, Instituto de Bioética, Facultad de Medicina y Cirugía "A. Gemelli". Universidad Católica del Sacro Cuore, Roma (E-mail: marina.casini@rm.unicatt.it).

Título original: *L'insegnamento di "Bioetica e Diritti umani" nei corsi di laurea delle professioni sanitarie*. Artículo publicado en la Revista Medicina e Morale, 2011/6 páginas 993-1009.

Summary

Teaching "Bioethics and Human Rights" within degree courses for health care professions

This article shows the reason why teaching "Bioethics and Human Rights" fits well within degree courses for health Care professions. Bioethics and human rights have in common three perspectives (integration, unification, clarification) in the medical arena. The years after the Second World War showed how bioethics, human rights and medicine are closely related. Besides, the Author highlights how, as years went by, the relationship between human rights and bioethics grew closer and closer and increasingly involved medicine and health care practitioners. Therefore, it is necessary to face a new "anthropological emergency" and to give students the opportunity to develop their critical thinking and logical argumentation abilities as well as their interest in academia research.

Palabras clave: derechos humanos, dignidad humana, profesiones sanitarias, objeción de conciencia

Key words: human rights, human dignity, health care professions, conscientious objection

Las tres perspectivas del binomio Bioética-Derechos humanos en el ámbito científico y sanitario

Existen tres perspectivas fundamentales que hacen significativa la enseñanza de "Bioética y Derechos humanos" en los cursos universitarios de las profesiones médicas.¹ Se trata de la perspectiva de integración (o de totalidad), de la perspectiva de unificación y de la perspectiva de clarificación.

La primera concierne al conocimiento de la realidad que se pone en la atención tanto del científico, como de quien ejerce una profesión sanitaria. La bioética impulsa a mirar la realidad considerada sobrepasando los aspectos cuantitativos para tener en cuenta

los cualitativos (dimensión ontológica y axiológica) de la misma realidad.² Y bien, la reflexión sobre los derechos humanos, en particular sobre su fundamento, se funde con la bioética porque llega a reforzar la exigencia del conocimiento sustancial y de los valores de la realidad, que sin esta integración cognoscitiva sería reducida al solo dato empírico y por tanto parcial. La profundidad y la amplitud de la mirada que el connubio bioética-derechos humanos arroja, abarca no sólo el momento científico y de búsqueda de base, sino también el momento diagnóstico, terapéutico, rehabilitador y de asistencia al enfermo.

La segunda perspectiva atañe más directamente a la cuestión antropológica. La bioética –en un cuadro de fragmentación del saber médico– pide actuar una especie de *reductio ad unum* (homologación), podremos decir *ad hominem* (al hombre), con el signo de la visión global del paciente y de su historia personal, presentándose como punto de encuentro de los diversos territorios de la medicina y de las varias especialidades. Del mismo modo los derechos del hombre, si bien diversificados y múltiples –además de ampliamente afirmados también en campo médico sanitario–,³ exigen un único punto de encuentro, un único elemento fundante: el hombre, precisamente. La reflexión antropológica tiene en estrecho diálogo la bioética y los derechos del hombre: la una sin los otros (y viceversa) resultaría incompleta.

Por último, la perspectiva de clarificación. Estamos en el ámbito de los conceptos y de los consiguientes comportamientos. La bioética desde su surgimiento ha dejado el conocido interrogante: "¿Todo lo que se puede hacer, se debe hacer?".⁴ Este interrogante –referente a la relación entre el proceso científico y progreso humano, entre lo técnicamente factible y lo éticamente lícito– es siempre actual. Esto impulsa a la bioética hacia la búsqueda de una claridad conceptual y operativa, referente a las valoraciones y a los comportamientos a los cuales es lícito o no atenerse o discordar. Por otra parte, la pregunta de fondo que se impone en la esfera jurídica es muy similar: "¿Todo aquello que se puede hacer y/o que se hace, res-

ponde a la exigencia de la justicia?" Lo cual es como decir: "¿responde a la exigencia de la tutela de los derechos humanos?".⁵ Las preguntas se plantean exactamente sobre el terreno de la medicina. Ahora bien, es notable que precisamente los derechos del hombre constituyen una de las más preciosas contribuciones a las formulaciones de los principios y de los criterios de conducta en ámbito bioético.⁶ Por tanto, la respuesta que damos en la vertiente de los derechos del hombre tiene repercusiones inevitables en el campo de la bioética.

Perfiles históricos y desarrollo de la relación entre profesiones sanitarias, bioética y derechos humanos

Estamos por tanto frente a una triple perspectiva y a una triple unión, aquella entre bioética, derechos humanos y profesiones sanitarias. Ha existido un momento en la historia en la cual el trino, bioética, derechos humanos y medicina, se ha manifestado con todo el alcance de sus exigencias culturales y prácticas.⁷ La conocida referencia es a los procesos del célebre tribunal penal internacional de Núremberg⁸ y a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (10 de diciembre de 1948).⁹ Se trata, como los estudiosos de bioética bien saben, de una de las "raíces" históricas de la bioética y precisamente de aquella referente al filón "laico", jurídico-normativo, impuesto más de veinte años antes de la introducción del término bioética por obra de Potter en los Estados Unidos. En este momento histórico, caracterizado por la investigación de la fundamentación ética de los derechos humanos, se hace referencia al nacimiento de la Bioética *ante litteram* (previamente)¹⁰ y a la Declaración Universal se puede remontar el origen del Bioderecho.¹¹

Veamos por qué. La moderna idea de los derechos humanos, inaugurada el 10 de diciembre de 1948, en estrecha sucesión a los "Procesos de Núremberg", es la respuesta a una profunda crisis antropológica que había determinado una consiguiente doble cri-

sis: crisis de la medicina y crisis del derecho.¹² Las atrocidades que eran practicadas en los campos de exterminio eran en gran parte sostenidas y practicadas por operadores de la salud y, de algún modo, eran utilizadas expresiones de tipo sanitario y objetivos sanitario-terapéuticos para "justificar" aquellas conductas de violencia. La ciencia se había alejado de su función de servicio a la vida, mudándose en fuerza destructiva de la vida humana.¹³ Al mismo tiempo, la confianza incontrastada en el derecho positivo (*ius positum*, derecho puesto), como único derecho justo, había alcanzado el extremo fracaso: la sistemática eliminación de vidas humanas era parte integrante del ordenamiento jurídico, es decir aprobada y sostenida por la sociedad organizada a través de sus normas.¹⁴

La crisis antropológica, es eficazmente descrita por Giuseppe Capograssi en la obra *El derecho después de la catástrofe* (1950):¹⁵ "una falsa pero central idea de la humanidad y de la vida. La humanidad no tiene valor en sí (...) lo que vale es el fin, la finalidad que los grupos dominantes quieren realizar y hacia el cual quieren dirigir al individuo (...) Lo tremendo de la crisis es que esta falsa idea ha proscrito del ánimo de nuestros contemporáneos la idea del hombre. Ha abolido en muchas consciencias la idea del hombre. Es decir, para hablar con más claridad, ha quitado del ánimo de muchos de nuestros contemporáneos la persuasión de que todos los hombres son hombres. El hombre no tiene valor en sí, sino solamente por aquel valor que el grupo dominante impone como imperativo y regulativo de una sociedad dada; y en cuanto participa de este valor (...) Quien no participa es otra cosa, no tiene valor de hombre, no vale como hombre (...) Ahora todo esto (...) es posible en cuanto se encuentran hombres que conciben, proyectan, ponen por obra estas cosas. Y no se trata de pocos hombres, sino de masas de dirigentes y ejecutores".

Por esto "Reanimada su atención del ensañarse de la historia sobre el individuo, la humanidad en su parte más viva ha intuitido la verdadera fuente de todos los peligros precisamente en aquella idea

mortal del individuo como fuerza vacía y disponible (...) y por tanto casi en contraposición (...) ha proclamado que a la base de todo el mundo humano de la historia está precisamente, más allá de toda determinación, el hombre como tal con la exigencia fundamental de ser aquello que es; y a la base de la reconstrucción ha puesto al hombre como valor originario y final con sus derechos fundamentales".

El fulcro de la moderna idea de los derechos humanos –que nace como respuesta a la triple crisis– reside en el reconocimiento de la dignidad de todo ser humano. Sin embargo, no se entiende de inmediato, de la lectura de la Declaración Universal y de las sucesivas declaraciones y convenciones, cuál es el origen y el contenido de la dignidad humana. Los elementos que se deben recabar sobre la dignidad humana son los siguientes:

1. expresa la idea del valor finalista del hombre, es decir el hombre como fin en sí y no puede estar a servicio de ningún fin externo; es un sujeto y no un objeto;

2. es "inherente" al ser humano, es decir intrínseca; es el carácter indeleble de la existencia y no un elemento accesorio o accidental;

3. es la razón de la igualdad. La igualdad implica la excelencia suprema de la dignidad que indica también una diversidad del ser humano respecto a todo el resto de la naturaleza; esa parece romper la continuidad de los vivientes,

4. se reconoce con la mirada de la mente; escapa a los sentidos y a las sugerencias que ellos provocan y puede ser captada con la capacidad de "ver más allá de lo visible", es decir con la inteligencia (*intus-legere; intra-legere*), con la razón.¹⁶

Si la dignidad es inherente e igual, ella expresa por tanto una realidad a un tiempo extraordinariamente grande y misteriosa: grande, porque es advertida como necesaria para asegurar legitimidad a los Estados y postulada como palanca capaz de liberar de los abusos y de las vejaciones a las actividades humanas entre las cuales está también la actividad sanitaria; misteriosa, porque es invis-

ble a los ojos, no aferrable por los sentidos, no cuantificable, no experimentable ni tangible, y sin embargo capaz de afirmar el primado del ser sobre el tener, sobre el aparecer, sobre el hacer (producir).¹⁷

Por esto la moderna teoría de los derechos humanos "se funda sobre la consideración del hecho que el hombre, diversamente de los animales y de las cosas, no puede ser sometido al dominio de nadie".¹⁸ En el fondo, el principio de indisponibilidad de la vida humana encuentra en este momento su más alta afirmación y se pone como responsabilidad moral que cada uno asume en relación con el otro.¹⁹

He aquí el "derecho después de la catástrofe": es el derecho que para garantizar la justicia no se confía sólo a la validez procesal de la norma escrita (justicia formal: "la ley es igual para todos"), pero se confía al *ethos* de la dignidad intrínseca de "todo ser perteneciente a la familia humana" como principio elemental de justicia sustancial: "todos son iguales frente a la ley".²⁰

He aquí también la medicina y el rol de los operadores sanitarios "después de la catástrofe": es la medicina que quiere ser "amiga" del hombre, profundamente humana, y por tanto ausente de toda instrumentalización que ponga al individuo o a los individuos humanos en el plano de las cosas. El reconocimiento de la dignidad humana como "dotación" y no como "prestación"²¹ restituye a la medicina y a las profesiones sanitarias la verdad de su ser y actuar y se vuelve una tarea moral particularmente urgente en las profesiones médicas.

De aquí la aprobación progresivamente actualizada de los Códigos de Deontología médica emanados de organismos internacionales como la Asociación Médica Mundial y el Consejo de las Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas.²²

De aquí también la consideración del paciente como sujeto activo de la propia vicisitud diagnóstico-terapéutica-rehabilitadora, de la cual el principio de alianza terapéutica entendido como relación solidaria que brota del reconocimiento de la común pertenencia a la misma humanidad. "Relación" es decir: autonomía en diálogo, autonomía abierta y colaborativa, autonomía interagente, auto-

mía insertada en un encuentro humana y profesionalmente significativo y no en una negociación, contractual.²³

De aquí, en fin, la elaboración de los derechos del enfermo que, incluidos en el más vasto panorama de los derechos del hombre, constituye una de las más altas expresiones de la moderna idea de los derechos humanos, signo de una sensibilidad creciente en relación con la persona cuya existencia está afligida por la enfermedad y/o la invalidez.²⁴ En esta perspectiva, el tema de la salud relacionado a los derechos del hombre está bien presente en algunos documentos internacionales de carácter general, en algunos documentos específicos y en muchas Constituciones.²⁵ Al respecto, no se puede no mencionar la reciente Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad adoptada por la ONU el 13 de diciembre de 2006,²⁶ abierta a la ratificación y a la adhesión de los Estados a partir del 30 de marzo de 2007, en vigor del 3 de mayo de 2008, y ratificada por Italia con la Ley del 3 de marzo de 2009 n. 188.²⁷

De aquí una atención creciente a los temas de la bioética que ponen en diálogo cada vez más denso los derechos humanos y la medicina, no sólo a nivel deontológico, sino también a nivel jurídico. Al respecto es obligatorio recordar tanto la Declaración universal sobre los derechos humanos y *la bioética*,²⁸ como la Convención sobre la tutela de los derechos del hombre y la biomedicina (Oviedo 1997)²⁹ y los respectivos protocolos adicionales (de 1998, 2002, 2005, 2008).³⁰ Si quisiésemos proceder en el listado de los documentos y de los respectivos temas tratados (de los trasplantes a la clonación; de la experimentación a la fecundación artificial; del aborto a la eutanasia; de las células estaminales a las nanotecnologías; de la objeción de conciencia al consentimiento informado; de la ingeniería genética a la calidad de la asistencia sanitaria etc.) podríamos continuar largamente.³¹ El intensificarse de la reflexión jurídica, de la legislación, de la jurisprudencia y de las normas de diversa naturaleza que intervienen en tema de bioética (a nivel de ordenamientos nacionales, a nivel comunitario y a nivel internacional) y que comprenden la praxis científica y médico-sanitaria, ha dado lugar

a una notable mole de documentos, acompañados casi siempre de largos debates y discusiones. Es tan evidente el recíproco interactuar entre bioética y derechos humanos que se habla, de hecho de "derechos de cuarta generación": son los derechos ligados a la bioética y por tanto también al ejercicio de las profesiones sanitarias.³²

La peculiaridad de las profesiones sanitarias

No obstante, si el discurso didáctico se detuviese en este punto, no daría plenamente razón de la importancia de la enseñanza de "Bioética y Derechos Humanos" en los Cursos Universitarios de las profesiones sanitarias. Se limitaría a una indagación histórica y de reconocimiento, más o menos interesante, pero incapaz de incidir concretamente en la formación de los estudiantes y en el ejercicio de las profesiones sanitarias en su concreto desplegarse.

A ninguno de hecho escapa, la peculiaridad de las profesiones sanitarias. Un estado de debilidad y sufrimiento, más o menos grave, confía las personas que son afectadas a los cuidados de los operadores sanitarios. Y entonces la dignidad del enfermo y la "toma a cargo" de su vida se vuelven una tarea moral también y sobre todo para los otros, para los familiares y para los operadores sanitarios.³³ Existen, sin embargo, como sabemos, situaciones caracterizadas por una fragilidad tal y por un pronóstico tan oscuro, que la dignidad humana, de por sí reluctante a lógicas de cálculo o de gradualidad, pierde en la percepción subjetiva gran parte de su nitidez. En consecuencia, el reconocimiento de la "igual dignidad" para alguno puede suscitar no pocas incertezas y perplejidades: como en la fase inicial de la vida humana, en los casos de enfermedad terminal y de disturbios mentales graves, en la perspectiva de una existencia marcada por la discapacidad.³⁴

No obstante, la moderna idea de los derechos humanos sugiere que la dignidad del hombre está siempre igualmente presente. No está *in crescendo* ni *in diminuendo* ya sea que se trate de quien todavía

no ha nacido, de quien está afectado por una enfermedad en evolución crónica, de quien ha llegado al "Estadio terminal", de quien está despojado de las facultades mentales o golpeado por una grave discapacidad.

La necesidad de afrontar la nueva cuestión antropológica que implica el binomio bioética-derechos humanos

Dicho esto, sin embargo, no podemos esconder la nueva "emergencia antropológica" que implica precisamente los derechos humanos en el campo de la bioética y, en consecuencia, la medicina y la praxis médica que a ellos hacen referencia.³⁵

De hecho, si por un lado se insiste sobre la importancia de los derechos humanos y se multiplican los esfuerzos para clasificarlos, catalogarlos, ampliarlos, estructurarlos; por otro lado se asiste a continuas traiciones a los ideales indicados. El aspecto más dramático no se refiere tanto –si bien se trate de violaciones gravísimas– a las violaciones *de facto* (de hecho), cuanto a las violaciones *de iure* (de derecho) que –precisamente por ser **de iure** no son consideradas violaciones, sino "progresos" y "conquistas". La referencia es a todos aquellos intentos por introducir entre los derechos humanos fundamentales, supuestas instancias que ofenden profundamente la raíz misma de la moderna idea de los derechos humanos, porque teorizan como justa, en nombre de la libertad individual autoreferencial, la discriminación entre diversas categorías de seres humanos.

Tales instancias surgen precisamente sobre el terreno de las fronteras de la ciencia y de la medicina (a las cuales se pide "asistencia") y son presentadas como "nuevos derechos civiles" (de los cuales se pide el reconocimiento público). Tales pretendidos "derechos" se colocan sobre la cabeza de individuos particulares que tienen la fuerza de hacerlos valer y son "justificados" en base a la tu-

tela de la salud y en base al derecho de autodeterminación en modo tal de imponerse sobre todo y sobre todos ("derecho de aborto" –quirúrgico, químico, farmacológico– "derecho a la paternidad", "derecho al hijo sano", mediante la selección efectuada con el diagnóstico genético preimplante de los hijos recién concebidos, "derechos sexuales y reproductivos", "derecho al uso de células estaminales embrionales", "derecho a la clonación terapéutica", "derecho a morir" al cual corresponde el deber del médico de causar la muerte), o bien se vuelven derechos referidos a entidades impersonales ("derechos de la ciencia"; "derechos del ambiente") o a seres pertenecientes al mundo animal ("derechos de los animales").

Las orientaciones funcionalistas y pragmático utilitaristas, pero libertarias y socio-biologicistas, en bioética³⁶ hacen inseguro el contenido de la dignidad,³⁷ destruyen la unión entre dignidad e igualdad, no valoran el sentido de la "inherencia" de la dignidad al ser humano como tal terminando así por despedazar el fundamento de la relación de atención médica y para desviar la medicina hacia derivaciones individualistas y contractualistas.³⁸ La cuestión es por tanto antropológica, profundamente humanística:³⁹ el concepto de dignidad humana queda como una idea formal y vacía, lista para los más variados y contradictorios usos, hasta que no se dispone de un cuadro antropológico de base a la luz del cual es definido tanto el valor de los bienes como el sentido que puede tener su privación".⁴⁰ Si no sabemos quién es el hombre, todos los derechos humanos pierden significado, permanecen sobre un plano de pura declamación retórica, más aún, pueden incluso volverse un instrumento de opresión efectuado con la asistencia médica en relación de los más débiles, marginados, indefensos.⁴¹

Se puede decir que en el campo de la bioética y de los derechos humanos está en curso una especie de "experimento" sobre el concepto de hombre, porque la humanidad que se encuentra en este campo es aquella estructuralmente más frágil y socialmente en riesgo de la más áspera marginación: la que despoja de la igual dignidad hasta la expulsión de la sociedad misma.

La importancia de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario

Una de las más inquietantes consecuencias se refiere a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, o mejor dicho la dificultad y las incomprensiones con las cuales demasiado frecuentemente están obligados a convivir los operadores sanitarios objetores.⁴²

En la época moderna el derecho atribuye gran relieve a la conciencia individual. No faltan pronunciamientos, cartas, documentos, reconocimientos, constituciones. El Consejo de Europa, el 7 de octubre de 2010, ha emanado una resolución que reconoce ampliamente el derecho de los operadores sanitarios de elevar objeciones de conciencia.⁴³

Y bien, frecuentemente, los operadores sanitarios llegan a encontrarse en situaciones concretas en las cuales sectores de la opinión pública, dirigentes de las instituciones de las cuales dependen, autoridades que pueden interpretar las leyes e imponer su aplicación, juzgan inaceptable jurídicamente o por lo menos irrelevante, su inquietud de conciencia respecto a la intervención profesional que les es requerida. Esto es debido al hecho de que con frecuencia las reglas establecidas al respecto no son de indiscutible claridad y a veces son propuestas interpretaciones contradictorias. Esto sucede particularmente cuando precisamente en el campo sanitario chocan ideologías sostenidas con una particular carga emotiva, se advierten los ecos de no adormecidos conflictos políticos, se pretende incluso la verificación de concepciones opuestas del Estado y del derecho. En tal caso la polémica busca explicar las normas vigentes a las propias tesis y puede agregar presiones a presiones, incertidumbre a incertidumbre. Cada uno puede constatar cuánto esta situación sea real, cuando se habla del derecho a la vida del concebido, por ejemplo, o de quien se encuentra en la condición clínica definida "estado vegetativo". No sorprende, de hecho, la así llamada "cuestión antropológica" (¿quién es el hombre? ¿En qué consiste su dignidad? ¿Quién es el otro para mí?) que está hoy a la

base de los conceptos de laicidad, igualdad, libertad, derecho; es decir de las columnas que sustentan la moderna sociedad civil, pero también a la base de las profesiones sanitarias.⁴⁴ En muchas decisiones concretas del médico, más genéricamente, del operador sanitario, está implicada la "cuestión antropológica" con todas las asperezas y complejidades de una confrontación vastísima también cuando se esconde en la necesidad de adoptar una decisión particular, en un momento concreto y en un lugar determinado.

Es urgente, por tanto, que entre las temáticas dispuestas en la enseñanza de la bioética y los derechos humanos esté también la de la objeción de conciencia de la cual es importante entender su fundamento, la razón, el significado, el alcance.⁴⁵ No se trata, de hecho, de "abstención de", sino sobre todo de "promoción de": de una auténtica cultura de los derechos del hombre, a partir del derecho a la vida, que es el alma de la medicina.

Conclusiones

La formación universitaria en bioética, especialmente en el ámbito sanitario, por tanto, no puede estar separada de la reflexión sobre los derechos humanos: 1. en orden y según los perfiles históricos y la génesis de la moderna idea de los derechos del hombre que tiene mucho que ver con la dimensión médico-sanitaria; 2. en orden a los perfiles culturales que muestran la "bifurcación" frente a la cual los derechos humanos se encuentran en la post-modernidad (el personalismo está llamado a confrontarse en última instancia con el individualismo), ofreciendo a los estudiantes, partiendo del dato factual y normativo, la posibilidad de madurar su propia capacidad de confrontación crítica, sosteniéndolos en el desarrollo del rigor argumentativo, animándoles en la búsqueda de la coherencia del razonamiento y en el deseo de la profundización; 3. en orden al conocimiento –al menos general– de los documentos jurídicos internacionales y de las legislaciones nacionales y de la jurisprudencia,

no tanto por una forma de conocimiento nacionalista, sino también y sobre todo para desarrollar aquella habilidad de lectura de los textos que tienen recurrencias en la profesión sanitaria; 4. en orden a la propuesta antropológica tan exigente como fascinante, no irracional, sino hiper-racional, de pasar –con referencia al ser humano– del fenómeno (el "hombre-materia" captado por la mirada de los sentidos) al fundamento (el "hombre-misterio" captado por la mirada de la mente).

Ha sido repetido, contra la visión reductiva del puro pragmatismo científico, que la esencia y el fruto de la bioética –y consiguientemente del bioderecho cuyo fulcro es la referencia a los derechos humanos– es precisamente esto: promover y garantizar en las experiencias científicas el respeto y la tutela de la vida humana y de su dignidad, en todas sus etapas esenciales. Es sin embargo muy importante subrayar que no es esta una opción científica o filosófica de carácter religioso, basta sobre la sola moral cristiana. No se trata –como algunos intelectuales laicistas sostienen– de una "bioética católica" contrapuesta a una "bioética laica".⁴⁶ Se trata en cambio de una exigencia de carácter universal y al mismo tiempo científica, ética y jurídica, porque está basada en la búsqueda de una realidad ontológica común y unificante y por tanto igual para todos. Sólo así los inalienables derechos humanos pueden poner justos límites y al mismo tiempo abrir amplias perspectivas al loable desarrollo de la genética, de la biotecnología, de la medicina.⁴⁷ Se trata de empeñarse lealmente por conocer y defender, en los diversos niveles de la convivencia humana, la "estructura moral de la libertad", en nuestro caso la "estructura moral de la libertad científica y de las profesiones sanitarias", mediante la búsqueda de la "verdad sobre el hombre", el único ser viviente cuya dignidad de persona, desde el momento de la concepción, comporta la exigencia moral *erga omnes* (para todos) de ser tratado como sujeto titular de derechos inalienables e indisponibles, y no solamente como simple objeto de investigación científica y/o de praxis médico-sanitaria.

En este sentido la unión entre personalismo ontológicamente fundado, derechos humanos y bioética, puede ser verdaderamente capaz de fundamentar y consolidar una medicina en medida verdaderamente humana.

El deseo es que estas consideraciones, basadas en el estudio, pero sobre todo sobre la experiencia de la enseñanza y sobre el frecuente contacto con quien actúa en el campo de la salud, dé razones de la enseñanza de "Bioética y Derechos humanos" en los Cursos Universitarios para profesionales de la salud.

Referencias bibliográficas

¹ Por cuanto se refiere a la enseñanza de los derechos humanos: ANTONIOTTI F. L'insegnamento dei diritti umani nelle facoltà di medicina (Relación de las XIII Jornadas internacionales mediterráneas de medicina legal, Hammamet, Túnez, 12-15 de mayo de 1999). *Zacchia* 1999; 4: 327-334.

² SGRECCIA E, *Manuale di Bioetica. Volume I. Fondamenti ed etica biomedica. Cuarta edición revisada y ampliada*, Milán: Vita e Pensiero; 2007: 47-55.

³ Las publicaciones al respecto son numerosísimas y variadamente articuladas. Sólo a modo de ejemplo: ZATTONI K. *Tutti i diritti del malato*. Forlì: Foschi; 2008.

⁴ Jonas H. *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*. Turín: Einaudi; 1997.

⁵ D'AGOSTINO F. *Diritto e giustizia. Per una introduzione allo studio del diritto*. Cinisello Balsamo (Milán): San Paolo; 2000; ID. *Parole di giustizia*. Turín: Giappichelli; 2006; ID. *Giustizia. Elementi per una teoria*. Cinisello Balsamo (Milán): San Paolo; 2010; ID. *Filosofia del diritto*. Turín: Giappichelli; 1996; PALAZZANI L. *Una introduzione filosofica al diritto*. Roma: Aracne; 2011; ID. *Introduzione alla biogiuridica*. Turín: Giappichelli; 2002; COTTA S. *Il diritto come sistema di valori*. Cinisello Balsamo (Milán): San Paolo; 2004.

⁶ SGRECCIA E, CASINI M. *Diritti umani e bioetica*. *Medicina e Morale* 1999; 1: 17-47.

⁷ SGRECCIA E, *I diritti dell'uomo e la medicina*. *Medicina e Morale* 1989; 1: 5-9.

⁸ TARANTINO A, ROCCO R, SCORRANO R (curador). *Il proceso di Norimberga. Scritti inediti e rari*. Milán: Giuffrè; 1999; CATTARUZZA M, DEAK I. *Il proceso di Norimberga*. UTET: Turín; 2006; Gilbert GM. *Nelle tenebre di Norimberga. Parla lo psicologo del proceso*. Turín: SEI; 2005; DE FONTETTE F. *Il proceso di Norimberga*. Roma: Editori Riuniti; 1997; GOLDENSOHN L. *I taccuini di Norimberga*. Milán: Il Saggiatore; 2005; PETER N, ZIZOLFI S. *Rorschach a Norimberga. I gerarchi nazisti a proceso fra memoria e riflessione psicoanalítica*. Milán: Franco Angeli; 2006.

⁹ CARDIA C. *Genesi dei diritti umani*. Turín: Giappichelli; 2005; FACCHI A. *Breve storia dei diritti umani*. Bologna: Il Mulino; 2007; FLORES M. *Storia dei diritti umani*. Bologna: Il Mulino; 2008; GLENDON AM. *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*. Macerata: Liberi libri 2009.

¹⁰ SGRECCIA E. *Manuale di bioetica. Volume I. Fondamenti ed etica biomédica...*, pp. 18-19; ID. *Bioetica e diritti dell'uomo* en ID. *Scritti in onore di G. Gerin*. Padova: Cedam; 1996: 427-433.

¹¹ CASINI M. *I diritti dell'uomo, la bioetica e l'embrione umano*. *Medicina e Morale* 2003; 1: 67-110.

¹² CASINI C. *Processo di Norimberga e crisi del giuspositivismo* en TRANTINO A. ROCCO R (curador). *Il Processo di Norimberga a 50 anni della sua celebrazione*. Milán: Giuffrè; 2001: 125-146.

¹³ Véase al respecto: OTTAVINI R, VANNI D, VANNI P. *Trenta lezioni di storia della medicina. Capítulo XXVI: I medici maledetti: i campi si sterminio*. Milán: Franco Angeli; 2008; LIFTON RJ. *The Nazi Doctors. A Study in the Psychology of Evil*. Londra-New York: Macmillan (Papermac); 1987 (Trad. it. *I medici nazisti*. Milán: Rizzoli; 1988); RICCIARDI VON PLATEN A. *Il nazismo e l'eutanasia dei malati di mente*. Florencia: Le Lettere; 2000; SCHMIDT U. *Medicina e Nazismo. Sistema Salute* 2001; 2: 9-18.

¹⁴ CAPOGRASSI G. *Il problema fondamentale* en *Opere di Giuseppe Capograssi*. Milán: Giuffrè; Volume V; 1959: 29-34; DE OÑATE L. *La certeza del diritto*. Milán: Giuffrè; 1942; CARNELUTTI F. *La certeza del diritto*. *Rivista di Diritto Processuale Civile* 1943; XX: 81-91; CALAMANDREI P. *La certeza del diritto e le responsabilità della dottrina*. *Rivista di Diritto Commerciale* 1942; I: 341ss.; CASINI C. *Relazione di sintesi* en SGRECCIA E, CALABRÒ GP (curador). *I diritti della persona nella prospettiva bioetica e giuridica*. Lungro di Cosenza: Costantino Marco; 2002: 87-95.

¹⁵ CAPOGRASSI G. *Il diritto dopo la catastrofe* en *Opere di Giuseppe Capograssi...* pp. 154-156, p. 162.

¹⁶ CASINI C. *La dignità umana: dalla banalizzazione al recupero dei suoi valori* en DONATI P (curador). *La cultura della vita*. Milán: Franco Angeli 1989: 234-249; CASINI C. *El derecho a la vida como fundamento de los derechos humanos* en 16 OBIGLIO OHM (curador). *Jornada por la vida. Actas del simposio internacional celebrado en Buenos Aires el 2 y 3 de septiembre de 1998*. Ediciones de la Universidad Católica Argentina; 1999: 171-195.

¹⁷ Casini M. *Diritti umani e bioetica: la questione del soggetto*. *Spunti in tema di dignità umana e laicità*. *La Salute* 2006; 3: 8-12 (también en COLUCCIA F (curador). *L'uomo nella vita, salute e salvezza*. Turín: Edizioni Camilliane; 2008: 45-53).

¹⁸ GIOVANNI PAOLO II. *Lettera Enciclica Evangelium Vitae*. (25.03.1995), n. 19.

¹⁹ EUSEBI L. *Dignità umana e indisponibilità della vita. Sui rischi dell'asserito "diritto" di morire*. *Medicina e Morale* 2009; 3: 389-411.

²⁰ Casini C. *Appello al diritto*. Siena: Cantagalli; 2003.

²¹ HOFMANN H. *La promessa della dignità umana*. *Revista internazionale di filosofia del diritto*. 1999; 76: 625 ss.

²² Las Federaciones de los Órdenes de los Médicos y la Asociación Médica Mundial han desarrollado una normativa de carácter deontológico que se alimenta precisamente de la reflexión sobre los derechos humanos. Cfr. el Codice de Norimberga (1946), el Codice di Etica Medica (1948), la Dichiarazione di Ginevra (1948), el International Code of Medical Ethics (1949), la Dichiarazione di Helsinki (adoptada en 1964 y revisada en diversos momentos hasta el 2000).

²³ CARRASCO DE PAULA I, COMORETTO N. Per una medicina centrata sul paziente: riflessioni sulla fondazione etica del rapporto medico-paziente. *Medicina e Morale* 2005; 3: 557-566; COLMEGNA V, GUIDA MG, FERRARI A Y AL (curador). *Etica della cura. Riflessioni e testimonianze su nuove prospettive di relazione*. Milán: Il Saggiatore; 2010; BINETTI P. Il consenso informato. *Relazione di cura tra umanizzazione della medicina e nuove tecnologie*. Roma: Magi; 2010; SESTA L. *Ars curandi. Prospettive di filosofia della medicina*. Roma: Aracne 2011.

²⁴ Eusebi L. Diritti inviolabili e tutela dei più deboli. *L'etica della cura in medicina* en COLMEGA V, GUIDA MG, FERRARI A Y AL (curador) *Etica della cura...* pp. 135-155; SGRECCIA E. *Fondazione etica dei diritti del malato*. *Medicina e Morale* 1987; 4: 567-575; MARIOTTI P, MASARAKI G, RIZZI R. *I diritti dei malati*. Milán: Giuffrè 1993; LEENEN HJ, GEVERS JKM, PINET G. *The Rights of patients in Europe*. Deventer: Kluwer, 1993; WIJK WJ. *The Universal Declaration of Human Rights in medical-ethical perspective*. *Medicina e Morale* 1999; 1: 49-59; PIGA RIVIERO A, ALFONSO GALÁN T. *Panoramica internazionale sui diritti del paziente* en MASSUÈ JP, GERIN G (curador). *Diritti umani e bioetica*. Roma: Sapere 2000 edizioni multimediali: 103-112.

²⁵ Para una reseña relativa al panorama europeo: *Patients'Rights in the European Union* (acceso del 16.01.2012 en: http://www.eu-patient.eu/Documents/Proyectos/Valueplus/Patients_Rights.pdf) y *Patient Rights in the EU. A General Overview of the national patient rights legislation in Europe* (acceso del 16.01.2012) en: <http://eupatientrights.eu/>).

²⁶ United Nation. *Convention on the Rights of Person with Disabilities and Optional Protocol* (acceso del 17.01.2012 en: <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>). El texto en la traducción italiana realizada por Maria Rita Saulle es localizable en: http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/gionata_disabilita/convenzione_disabili_ONU.pdf).

²⁷ Ley del 3 de marzo de 2009, n. 18. *Ratifica ed esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità con Protocolo opcional, fatta a New York il 13 diciembre 2006 e istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità*. *Gazzetta Ufficiale* n. 61 del 14 de marzo de 2009 (acceso del 17.01.2012 en: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090181.htm>).

²⁸ Unesco. *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights* (acceso del 16.01.2012 en: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

²⁹ CONSIGLIO D'EUROPA. *Convenzione sui diritti del uomo riguardo alle applicazioni della biología e della medicina*. *Medicina e Morale* 1997; 1: 128-149;

SGRECCIA E. La Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina. *Medicina e Morale* 1997; 1:9-13; BOMPIANI A. Una valutazione della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina del Consiglio d'Europa. *Medicina e Morale* 1997; 1: 37-55; ID. Le Dichiarazioni anticipate di trattamento del Comitato nazionale per la Bioetica e la Convenzione di Oviedo. *Medicina e Morale* 2004; 6: 1115-1131; ANDORNO R. La tutela della dignità umana: fondamento e scopo della Convenzione di Oviedo in FURLAN E (curador). *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire della Convenzione di Oviedo*. Milán: Franco Angeli; 2009: 77-94; ID. Hacia un Derecho internacional de la bioética: el ejemplo de la Convención europea de derechos humanos y biomedicina. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 2001; 3 (acceso del 16.01.2012 en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num3/notas/hacia-derecho-internacional-bioetica-ejemplo-convencion-europea-derechos-humanos-biomedicina>); ID. The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law. *Journal of International Biotechnology Law* 2005; 2: 133-143; ID. La Convention d'Oviedo: vers un droit commun européen de la bioéthique en AZOUX-BACRIE L (ed.). *Bioéthique, bioéthiques*. Brussels: Bruylant; 2003: 59-93.

³⁰ Council of Europe. Additional Protocol To The Convention For The Protection Of Human Rights An Dignity Of The Human Being With Regard To The Application Of Biology And Medicine, On The Prohibition Of Cloning Human Beings (acceso del 16.01.2012 en: <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/168.htm>); Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin (acceso del 16.01.2012 en: <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/186.htm>); Additional Protocol to The convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research (acceso del 16-01.2012 en: <http://conventions.coe.int/treaty/in/treaties/html/195.htm>); Additional Protocol to the convention on Human Rights and biomedicine concerning Genetic Testing for Health Purposes del 27 novembre 2008 (acceso del 16.01.2012 en: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Word/203.doc>).

³¹ Referencias en: CASINI M, TRAI SCI E, PERSANO F. La bioetica nella prospettiva del biodiritto e della biopolitica. *Medicina e Morale* 2010; 6: 1019-1037.

³² CASINI C, CASINI M. Diritti umani e bioetica. Roma; 2007: 219-229.

³³ LUÑO AR. La dignità umana al centro della medicina: la visione cattolica. *Medic* 2005; 13: 64-67 (también en: http://www.eticaepolitica.net/bioetica/arl_dignita.pdf).

³⁴ LUÑO AR. La dignità umana al centro della medicina...

³⁵ Esta "nueva emergencia" implica el tema de la dignidad humana del cual, entre otros, se ha ocupado el estudioso Roberto Andorno: Andorno R. Dignité humaine, droits de l'homme et bioéthique: quel rapport? *Journal international de bioéthique* 2010; 4: 51-58; ID. La signification du concept de dignité humaine dans la bioéthique internationale en BAUM-BACH C, KUNZMANN P. (eds.). *Würde-dignité-godnosc-dignity: Die Menschenwürde im internationalen Vergleich*. Munich, Herbert Utz Verlag; 2010: 209-222; ID. La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique? (acceso del 16.01.2012 en: <http://www.contrepointphilosophique.ch/Ethique/Pages/RobertoAndorno/DigniteHumaine.pdf>); Id. Four paradoxes of hu-

man dignity (acceso del 16.01.2012 2 en http://www.zora.uzh.ch/50570//Andorno_Menschenw%C3%BCrde_2011.pdf): ID. Dignidad humana en CASABONA CR (ed.). Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Vol 1, Granada, Editorial Comares; 2011: 658-663; ID. La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique? *Revue Général de Droit Médical* 2005; 16: 95-102; ID. La bioéthique et la dignité de la personne. París: Presses Universitaires de France, collection "Médecine et société"; 1997 (en lengua española: Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Tecnos; 1998); ID. The paradoxical notion of human dignity. *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 2001; 2: 151-168; ID. Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics. *Journal of Medicine and Philosophy* 2009; 34 (issue 3): 223-240.

³⁶ Para un examen provisto de una amplia bibliografía se vea: SGRECCIA E. *Manuale di bioetica...*, pp. 55-91.

³⁷ SCHMITH H. Whose dignity? Resolving ambiguities in the scope of "human dignity" in the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. *J Med Ethics*. 2007; 33(10): 578-584.

³⁸ SANNA I. *Dignità umana e dibattito bioético*. Roma: Edizioni Studium; 2009.

³⁹ SPAEMAN R. *Tre lezioni sulla dignità della vita umana*. Turín: Lindau; 2011.

⁴⁰ LUÑO AR. *La dignità umana al centro della medicina...*

⁴¹ SPAEMAN R. *Persone*. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno". Bari: Laterza 2007; CASINI C. Il fondamento dei diritti umani en LIPPOLIS L (curador). *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo verso il 2000*. Nápoles; Esi; 2001: 75-92.

⁴² Para profundizar se reenvía a: Di Pietro ML, Casini C, Casini M y Al. *Obiezione di coscienza in sanità*. Nuove problematiche per l'etica e per il diritto. Cantagalli: Siena; 2005; DI PIETRO ML, CASINI C, CASINI M. *Obiezione di coscienza in sanità*. *Vademecum*. Cantagalli: Siena; 2009.

⁴³ Council of Europe-Parliamentary Assembly. *Resolution 1763 (2010) The Right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care*. (07.10.2010) (acceso del 16.01.2012 en: http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/tat10/ERES1763.htm#P16_111).

⁴⁴ D'AGOSTINO F. *La dignità umana, tema bioetica en CATTORINI P, D'ORAZIO E, POCAR V (curador)*. *Bioetiche in dialogo*. La dignità della vita umana, l'autonomia degli individui. Milán: Zadig; 1999: 103; ADORNO R. *Dignity of the person in the light of international biomedical law*. *Medicina e Morale* 2005; 1: 165-178.

⁴⁵ MEANEY J.È un bene per i pazienti l'obiezione di coscienza del Medico? *Medicina e Morale* 2011; 5: 930-933; EUSEBI L. *Obiezione di coscienza del professionista sanitario en RODOTÀ S, ZATTI P (curador)*. *Trattato di biodiritto*. Vol. III, I diritti in medicina. (coordinado por BELVEDERE A, LENTI L, PALERMO E y Al.) Milán: Giuffrè; 2011: 173-187; SPAGNOLO AG, CASINI M, PERSANO F y Al. *Obiezione di coscienza in sanità*. *Medicina e Morale* 2010; 6: 877-890; GAMBINO G, SPAGNOLO AG. *Ethical and juridical foundations of conscientious objection for health care workers*. *Medical ethics & bioeth*. 2002; 9 (1-2): 3-5.

⁴⁶ SGRECCIA E. *Manuale di bioetica...*, pp. 78-80.

⁴⁷ LUÑO AR. *La dignità umana al centro della medicina...*

Tres Tribunales italianos, la Corte Europea de los Derechos de los Hombres y el derecho del concebido a la individualidad de las figuras paternas

En espera de la decisión de la Corte Constitucional sobre la prohibición de la fecundación heteróloga

*Marina Casini**

Resumen

El artículo examina críticamente el contenido de tres recientes ordenanzas judiciales (Tribunales de Florencia, Catania y Milán) que piden a la Corte Constitucional anular la prohibición de fecundación artificial heteróloga sancionada por la ley italiana sobre la "procreación médicamente asistida" (L.40 de 2004). También es examinada, si bien marginalmente, la discutible decisión de la Corte europea de los derechos del hombre sobre el caso S.H. vs Austria de abril de 2010 que ha influido en las decisiones de los jueces italianos.

Luego de las intervenciones dirigidas a introducir el diagnóstico genético preimplante, es ahora la oportunidad de las intervenciones destinadas a introducir la división concordada y planeada de la paternidad. Los derechos del concebido se encuentran así, de frente a una nueva difícil prueba.

* Investigadora en Bioética, de la Facultad de Medicina y Cirugía "A. Gemelli", Universidad Católica del Sacro Cuore, Roma (E-mail: marina.casini@unicatt.it). Título original: "Tre Tribunali italiani, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto del concepito all'unitarietà delle figure genitoriali. In attesa della decisione della Corte Costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa" Artículo publicado en la revista Medicina e Morale 2011/1, páginas 13-41.

Summary

Three Italian Courts, the European Court of Human Rights and the child's right to parents unity.

The article critically examines the content of three legal decisions (Courts of Florence, Catania and Milan) which ask the Constitutional Court to invalidate the prohibition of heterologous artificial fertilization in the Italian Law on medically assisted procreation (Law n. 40 from 2004). The controversial ruling of the European Court of Human Rights in the case of S.H. vs. Austria decided April 1, 2010 is also examined in passing as it influenced the decisions of the Italian judges. After interventions with the intention of introducing pre-implantation genetic diagnosis, now the attempt is to introduce a planned and agreed upon dissociation of parenthood. The rights of the conceived child are thus facing a new, difficult trial.

Palabras clave: bioderecho, procreación artificial, fecundación heteróloga, familia.

Key words: biolaw, medically assisted procreation, heterologous assisted fertilization, family.

Ulteriores intervenciones judiciales para demoler los derechos del concebido

Las intervenciones judiciales para demoler la normatividad sobre la así llamada procreación médicamente asistida¹ prosiguen obstinadamente, no obstante la brillante conclusión de la prueba del referéndum.²

Un primer grupo de intervenciones ha tenido por objeto el tema del diagnóstico genético preimplante.³ En algunos casos, el juez ha elevado la cuestión de constitucionalidad de las disposiciones respectivas y han seguido tres decisiones de la Corte Constitucional: Ordenanza n. 369 de 2006;⁴ Sentencia n. 151 de 2009;⁵ Ordenanza n. 97 de 2010.⁶

La primera decisión –en respuesta al Tribunal de Cagliari (16 de julio de 2005)⁷– ha declarado la manifiesta inadmisibilidad de la cuestión de legitimidad constitucional. La segunda decisión, elevada por el TAR Lazio⁸ y por el Tribunal de Florencia,⁹ ha demolido gravemente la Ley 40/04, declarando tanto la ilegitimidad del art. 14/2, limitadamente a las palabras "a un único y contemporáneo implante, si bien no superior a tres"; así como la ilegitimidad del art. 14/3, "en la parte en la cual no prevé que la transferencia de los embriones, a realizar apenas sea posible (...) deba ser efectuado sin perjuicio de la salud de la mujer". En seguida a esta decisión, el Tribunal de Bologna (29 de junio de 2009)¹⁰ y el Tribunal de Salerno (9 de enero de 2010)¹¹ han autorizado el diagnóstico genético preimplante.¹²

La Corte, luego, con la tercera decisión, considerando manifiestamente inadmisibles las cuestiones elevadas por el Tribunal de Milán,¹³ ha dejado inalterada la disciplina resultante de la decisión 151/2009.

Las ordenanzas del Tribunal de Florencia, Catania y Milán –emitidas respectivamente el 1º de septiembre de 2010,¹⁴ el 21 de octubre de 2010¹⁵ y el 28 de diciembre de 2010– e insertan en la segunda línea demoleadora de la Ley 40/2004, teniendo esas por objeto la prohibición del "recurso a técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo" (art. 4/3) reenviado –junto a otras normas ligadas a él–¹⁶ a la Corte Constitucional para la revisión de constitucionalidad.

Ha de notarse que ya en el 2009 había sido pedido al Tribunal de Milán ordenar al médico la ejecución de las técnicas de tipo heterólogo y de elevar cuestiones de legitimidad constitucional por violación de los art. 2, 3 y 32 constitucional, en la parte en la cual no se preveía una excepción a la prohibición del art. 4, coma 3, cuando los problemas de esterilidad/infertilidad no fuesen superables con las técnicas de PMA homóloga.

El juez monocrático (decisión de 7 de abril de 2000), había rechazado el recurso considerando inverificable la decisión del Legis-

lador en virtud de la esfera de discrecionalidad que le compete y no reconociendo, por tanto, alguna violación del criterio de razonabilidad. Sobre todo, era evidenciado cómo la finalidad de la Ley 40/2004 no fuese la de "garantizar a toda costa la paternidad, sino favorecerla en el ámbito de límites precisos", dirigidos a la salvaguarda de los sujetos implicados incluido el concebido, y de asegurar "los principios éticos y sociales considerados esenciales por el legislador". En particular, el juez milanés subrayaba cómo la preocupación del Legislador fuese aquella de garantizar al hijo concebido con las técnicas de PMA un modelo de paternidad socialmente consolidado, a tal objetivo era considerado satisfecho con la sola paternidad que fuese a un tiempo biológica, afectiva y legal, considerada la única capaz de garantizar el derecho del ser por nacer a un equilibrio psico-físico y a la propia identidad biológica, además del crecimiento en un contexto familiar "considerado mayormente confiable e idóneo a su desarrollo". De aquí el acceso a las tecnologías de reproducción humana a sólo las parejas con problemas de esterilidad/infertilidad solucionables con el recurso a los gametos de la pareja misma, "inhibiéndola a las parejas que, por problemas personales de uno de los dos, no pueden procrear un ser por nacer hijo biológico de ambos". Sucesivamente, el juez colegial (decisión del 23 de noviembre de 2009) facultado por el reclamo, confirmaba íntegramente tal decisión considerada fundada en argumentaciones exhaustivas.

Los argumentos en sustento de la petición de juicio constitucional

Las tres ordenanzas –florentina, catanense y milanesa– no se pueden sobreponer completamente. Ellas presentan de hecho algunas diferencias: sobre el plano de los hechos y de las peticiones de quienes hacen recurso, del punto de vista del procedimiento, en el dispositivo, en la mayor o menor amplitud de las motivaciones. No

obstante, el "núcleo" de las ordenanzas es el mismo, se pide al Juez de las leyes anular la prohibición de fecundación heteróloga, considerado injustificado, irracional y discriminante. Eso, de hecho, –sostienen los Tribunales– impidiendo el acceso a las técnicas mediante el auxilio de "material genético" provisto por terceros donadores y/o donadoras: marginaría "paradójicamente justo a las parejas que presentan un cuadro clínico más grave" (Tribunal de Catania); violaría el principio de igualdad, "porque al idéntico límite (infertilidad y esterilidad de pareja) debería corresponder la común posibilidad de acceder a la mejor técnica médico científica para superar el problema" (Tribunal de Milán), no pudiendo el Legislador "tratar diversamente determinados sujetos respecto a otros que se encuentren en la misma situación, y menos que la disparidad de tratamiento no sea justificada en modo racional" (Tribunal de Catania); comprometería "el derecho de identidad y de autodeterminación de la pareja" (Tribunal de Catania); impediría la realización del "derecho fundamental a la plena realización de la vida privada familiar y el derecho de autodeterminación en orden a la misma" (Tribunal de Milán), porque "aquel de la creación de una familia constituye un derecho fundamental (...) por tanto la solución de los problemas reproductivos mediante la procreación médicamente asistida es una situación inmediatamente reconducible al cauce de tal derecho fundamental y del derecho a la maternidad/paternidad" (Tribunal de Catania); comportaría una ulterior discriminación entre parejas estériles según el rédito, en cuanto las parejas "que por sus condiciones económicas modestas, pueden dirigirse sólo a operadores sanitarios que actúan en nuestro territorio nacional, no podrían (...) recurrir a todos los tipos de prácticas médicas dirigidas a superar los problemas de procreación (...) al contrario la parejas más pudientes podrían recurrir a todas las técnicas de fecundación dirigiéndose a médicos que trabajan en el extranjero (...) afrontan tanto la incomodidad psicológica y emotiva (...) así como el riesgo de ser contagiados de enfermedades transmitidas por el donador o la donadora por carecer de controles y de informacio-

nes" (Tribunal de Catania); comprometería la integridad psico-física de las parejas infértiles/estériles, que podrían estar "obligadas (...) a someterse a prácticas médicas menos indicadas, de resultados más inciertos y quizá peligrosos para la salud", limitando así también "la libertad y el deber del médico de sugerir y practicar la terapia en el caso concreto más eficaz tanto en relación a los resultados por alcanzar como en relación a la salud (...) y no puede haber duda que las técnicas de PMA hayan de clasificarse como remedios terapéuticos tanto a los bienes que resultan implicados (...) como porque implican un tratamiento a ejecutarse bajo directo control médico (...) dirigido a superar una causa patológica que impide la procreación, además que a contrarrestar el sufrimiento ligado a la dificultad de realizarse plenamente convirtiéndose en padres" (Tribunal de Catania).

Y, además, repetida la observación que "el ordenamiento italiano, así como los otros ordenamientos europeos, conocen y regulan institutos que admiten la fractura entre paternidad genética y paternidad legítima, como la adopción; el Estado reconoce, por tanto, relaciones parentales fundadas sobre la unión afectiva y sobre la asunción de responsabilidad, prescindiendo y superando la necesidad de una filiación biológica paternal. En tal ámbito el mismo ordenamiento vigente, atribuye carácter fracasado al derecho del menor adoptado a reconstruir y conocer su propia ascendencia genética" (Tribunal de Milán); "en otras palabras, existiendo otras hipótesis (...) de parentelas atípicas no es posible sostener que el fin de prevenir su surgimiento pueda aumentar como justificación de la prohibición de fecundación heteróloga" (Tribunal de Catania).

En fin, la prohibición de la fecundación heteróloga, según el conjunto de las tres ordenanzas, estaría en contraste tanto con los artículos 2, 3, 29, 31 y 32 de la Constitución que serían "interpretados teniendo en cuenta la evolución del ordenamiento, así como las transformaciones de la sociedad y de las costumbres a través de las cuales la misma se expresa" (Tribunal de Milán), así como el art. 117, coma 1, constitucional ("La potestad legislativa y ejercida

por el Estado y por las Regiones en el respeto de la Constitución, así como de los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales) "en relación a la combinada disposición de los artículos 8 y 14 CEDU como es interpretado por la sentencia de la Corte EDU del 1º de abril de 2010 emitida en el caso S.H. y otros contra Austria".

La común referencia argumentativa: la decisión de la Corte Europea de los derechos del hombre. El "caso S.H. y otros vs Austria" (1º de abril de 2010)

El elemento común del cual tanto los que hacen recurso como los jueces, obtienen fuerza para sus solicitudes y valoraciones es, de hecho, la decisión de la Corte Europea de los derechos del hombre emitida el 1º de abril de 2010 a propósito del caso S.H. vs Austria.¹⁷ Tal pronunciamiento, claramente carente de relevantes críticas, no estaba definido al momento de la emanación de las ordenanzas y no lo está ni siquiera al momento en el cual es desarrollada la presente contribución.¹⁸ El Estado Austriaco ha, de hecho, impugnado la decisión ante la Grande Chambre, órgano de apelación de la Corte Europea. La discutibilidad de la decisión del 1º de abril de 2010 abraza diversos perfiles, tanto que algunos parlamentarios europeos han presentado, sede de apelación, una memoria replicando en modo claro, articulado y bien motivado a los argumentos adoptados en primera instancia y sosteniendo, a la luz de los derechos humanos, las razones de la prohibición de fecundación heteróloga.¹⁹

La importancia atribuida a la decisión europea por los jueces italianos, también a la luz de las relaciones entre el sistema internacional y el sistema nacional al día siguiente del Tratado de Lisboa²⁰ (cuestión a la cual está dedicada casi completamente la decisión florentina), requiere que se detenga cuanto se requiera para valorar el contenido de las tres ordenanzas que a ella se refieren acriticamente.

El objeto de la decisión de la ley austriaca sobre la PMA (ley federal de introducción de normas sobre la reproducción asistida –ley sobre la reproducción asistida– así como de reforma del códi-

go civil, de la ley sobre el matrimonio y de la norma de jurisdicción) en vigor del 1º de julio de 1992²¹ tanto en la parte en la cual prohíbe la fecundación artificial heteróloga (*in vivo* e *in vitro*) por parte femenina, así como en la parte masculina. Según la normativa austriaca, para la pareja (casada o conviviente) es admitida solamente la fecundación artificial homóloga con la única excepción de la fecundación intracorporea (inseminación) para la cual está previsto el recurso al líquido seminal de un tercero donador.²²

La Corte europea ha examinado dos casos relativos a dos parejas de esposos. Un caso se refería a una pareja que para tener un hijo con las técnicas de PMA heteróloga, habría debido recurrir a la fecundación *in vitro* de un óvulo de la mujer con el esperma de un tercero donador; el otro, en cambio, una pareja que para tener un hijo con las técnicas de PMA heteróloga, habría debido recurrir a la donación de óvulos. En ambos casos la ley austriaca ponía una prohibición. Así quienes hacían recurso, luego de haber agotado las vías judiciales nacionales, se dirigían a la Corte internacional, lamentando lo ilógico de la prohibición que impide la fecundación heteróloga masculina *in vitro*, admitida *in vivo*, y lo ilógico de la prohibición de donación de óvulos, siendo admitida la donación de esperma. La Corte europea ha condenado, en primer grado, a Australia por violación del art. 14 (Prohibición de discriminación) en la combinación dispuesta con el art. 8 (Derecho al respeto de la vida privada y familiar) de la Convención europea para la salvaguarda de los derechos y de las libertades fundamentales (CEDU).²³

Los jueces de Strasburgo alcanzan las arriba mencionadas conclusiones considerando que el amplio margen de discrecionalidad reservado a los Estados en el disciplinar las técnicas de PMA debe ser subordinado a la coherencia de la normativa (*"The Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be a wide one... The State's wide margin in principle extends both to its decision to intervene in the area and, once having intervened, to the detailed rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests... However, the differences in the approaches adopted by*

the Contracting States do not, as such, make any solution reached by a legislature acceptable. It does not absolve the Court from carefully examining the arguments discussed in the legislative process and from examining whether the arguments advanced by the Government for justifying the difference of treatment in issue are relevant and sufficient"). Tal coherencia no sería reconocida en la ley austriaca, dado que la diversa disciplina de la fecundación heteróloga –según se trate de donación de óvulos o de esperma y, en este último caso, según suceda in vitro o in vivo– se traduciría en una disparidad de tratamiento entre parejas estériles/infértiles (*"Thus, the Court has to examine whether the difference in treatment between the third and fourth applicants and a couple which, for fulfilling its wish for a child may make use of artificial procreation techniques without resorting to ova donation, has an objective and reasonable justification, that is, if it does pursue a legitimate aim or if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized... In conclusion the Court finds that the Government has not submitted as reasonable and objective justification for the difference in treatment between the third and fourth applicants, who are prevented by the prohibition of ova donation for artificial procreation... The Court therefore finds that the difference in treatment between the first and second applicants who, for fulfilling their wish for a child could only resort to sperm donation for in vitro fertilization and a couple which lawfully may make use of sperm donation for in vivo fertilization, had no objective and reasonable justification and was disproportionate").*

Los posibles riesgos que la extensión de la fecundación heteróloga puede comportar (el riesgo de mercantilización de los gametos femeninos, el eugenésico y aquel de la salud de las mujeres donadoras), subrayados en la defensa de Austria, son –según la Corte– controlables y previsibles. Cuando entonces, la formación de "relaciones de parentela atípicas", la Corte Europea observa que ellas "no constituyen nada nuevo y ya existen, a partir de la institución de la adopción" y por tanto no se puede sostener –continúa la Corte– que para impedir su surgimiento se deba marginar la fecundación artificial heteróloga. Análogamente, son considerados pri-

vados de razón y objetividad el interés del hijo en conocer sus propios orígenes y el peligro que la madre gestante/afectiva/legal rechace al hijo afectado por enfermedades genéticas provenientes de la madre genética. Se trata, por tanto, de problemáticas –observa la Corte Europea– ya presentes en las situaciones de adopción y de parentelas familiares atípicas.

Bien visto el razonamiento de la Corte, aquí extremadamente sintetizado, presenta algunos puntos débiles de no poca relevancia para el examen de los cuales se reenvía a la lectura de la ya recordada memoria redactada por el grupo de parlamentarios europeos. En esta sede nos limitamos a algunas breves consideraciones. En primer lugar llama la atención la total ausencia de una reflexión sobre el estatuto jurídico del embrión humano, omisión del todo irracional e ilógica considerando que las técnicas de PMA miran exactamente a generar embriones humanos. Habría sido lógico proponerse al menos la pregunta sobre la identidad del concebido para valorar los efectos de la fecundación artificial heteróloga en relación a él.

Sorprende luego que la Corte Europea –que si bien muestra haberse documentado en cuanto a las normas y a las indicaciones europeas en tema de PMA–²⁴ haya completamente olvidado recordar la Resolución del Parlamento Europeo de 1989 dedicada a los problemas éticos y jurídicos de la fecundación artificial humana *en vivo* e *in vitro*.²⁵ Las resoluciones (como las recomendaciones y las declaraciones), aún no teniendo por su naturaleza carácter jurídicamente vinculante, tienen sin embargo una notable relevancia cultural y de orientación que no puede ser ignorada. Ahora bien, en el punto n. 10 de la Resolución arriba citada se afirma que no es "deseable" la fecundación heteróloga tanto *in vivo* como *in vitro* y que "eso vale para la donación de semen y de óvulos". La misma Resolución indica entre los criterios a respetar en el disciplinar la PMA los derechos del concebido reconocidos sustancialmente por el derecho a la vida, a la identidad psicológica y existencial (puesta en riesgo por la PMA heteróloga) y a la identidad genética.

La Corte, además, no considera la sustancial diferencia entre procreación "por vía natural" y procreación "por vía tecnológica". Si la primera es un hecho absolutamente privado que ha de colocarse, por obvios motivos, fuera de un control externo y está desligada de una indispensable programación concordada con otras personas; la segunda implica inevitablemente una planificación concordada y programada en colaboración con terceros y, en el momento en el cual interviene una disciplina legislativa, la procreación artificial exige la responsabilidad no sólo de quien desea un hijo, sino de la sociedad en su conjunto.

Esta desigualdad pone en evidencia la diferencia entre parentelas atípicas y adopción, por un lado, y fecundación heteróloga, por otro. En el caso de las parentelas "atípicas" la sociedad toma parte, preparando intervenciones de sostenimiento por exigencias solidarias; en el caso de la adopción, la sociedad toma parte de nuevo de una situación: la del abandono material o moral en la cual un bebé –ya existente– viene a encontrarse e interviene para remediar este abandono y garantizarle el derecho a una familia. En el caso de la PMA heteróloga, en cambio, constitutivo de la generación de un hijo, sin tener en cuenta aquello que para él podrá significar aquella fragmentación paternal concordada y programada para su generación.

El respeto de los "derechos ajenos" como límite a la tutela de la vida privada y familiar (art. 8 CEDU) y el principio de no discriminación respecto a los hijos concebidos con las tecnologías reproductivas (art. 14 CEDU)

La cuestión de la naturaleza y de los derechos del concebido, la diferencia entre procreación natural y artificial, entre lazos familiares atípicos y adopción por un lado y fecundación heteróloga por otro; no están privados de relieve en la interpretación del art. 13 y del art. 8 CEDU. De hecho, afirmar el principio de no discriminación, significa sobre todo reconocer la igual dignidad de todo ser humano (incluido el concebido) con los consiguientes derechos primordiales que de ello se derivan (comprendido el derecho del hijo generado con las técnicas de PMA a desempeñar su propia

identidad psicológica con referencia a la indivisibilidad de las figuras paternas). En cambio, en la decisión europea el principio de no discriminación es afirmado con referencia a las instancias individuales (aspiración a la paternidad), sin tener en cuenta las diversas situaciones de partida y sin tener en cuenta las implicaciones que pueden derivarse para el hijo intencionalmente privado –en el momento mismo en el cual es puesto en el ser– de la indivisibilidad de las figuras paternas. Es diversa, de hecho, la situación dependiendo de que "la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o de la infertilidad humana" sea encontrada respetando o pisoteando los derechos de quien está llamado a la existencia.

Una más profunda interacción del art. 8 CEDU a propósito de la PMA habría debido poner en evidencia dos aspectos. El primero: si la procreación mediante el encuentro sexual, ha de relegarse, como es obvio, exclusivamente en el ámbito de la esfera privada y familiar, no puede decirse lo mismo de la procreación mediante tecnologías reproductivas. Esta última está, de hecho, colocada en la dimensión colectiva e implica una consiguiente responsabilidad pública, especialmente ahí donde interviene una disciplina legislativa. El segundo: el art. 8 prevé límites al "derecho al respeto de su vida privada y familiar" y uno de ellos –el que se refiere a los "derechos ajenos"– es tal como para justificar la prohibición de fecundación heteróloga. La norma, en efecto, justifica la injerencia de una autoridad pública en el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar cuando tal injerencia "sea prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, es necesaria para la seguridad nacional, para el bienestar económico del país, para la defensa del orden y para la prevención de los delitos, para la protección de la salud o de la moral, o para la protección de los derechos y de las libertades ajenas". Por tanto la prohibición de fecundación heteróloga es exactamente debida al respeto de los "derechos ajenos", o bien del derecho del concebido a tener un sólo padre y una sólo madre al mismo tiempo bajo los perfiles genético, afectivo y legal.

A la luz de estas consideraciones, la Corte europea habría podido más coherentemente invertir sus propias valoraciones y declarar el contraste de la fecundación artificial heteróloga con gametos masculinos *in vivo* tanto con el art. 14 como con el art. 8 CEDU: violación del principio de no discriminación entre hijos concebidos con las técnicas de PMA, porque algunos serían intencionalmente generados sin tener en cuenta su derecho a tener un padre y una madre en sentido total y unitario; violación al art. 8 CEDU bajo el perfil de la ausencia del reconocimiento del respeto de los "derechos ajenos". O bien, precisamente el respeto del derecho del hijo concebido con las técnicas de PMA a tener un padre y una madre en sentido total, como deseado por la solución europea de 1989, habría debido ser considerado como elemento justificativo de la prohibición de fecundación heteróloga.

El principio inspirador de la Ley 40/2004 y la coherente prohibición de PMA heteróloga

Las tres ordenanzas comentadas, no sólo acogen pasivamente la decisión europea –preocupadas casi exclusivamente por garantizar y motivar el ingreso al orden jurídico italiano de los argumentos en ella establecidos a favor de la fecundación heteróloga–, sin embargo no reconocen ni siquiera la coherente y lineal unión entre la prohibición de fecundación heteróloga contenida en la ley italiana (art. 4, coma 3) y el empeño de la ley para "asegurar los derechos de todos los sujetos implicados, incluido el concebido" (art. 1); no valoran que el objetivo de "favorecer la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o de la infertilidad humana" no es absoluto, sino debe ser perseguido en el respeto de los "derechos de todos los sujetos implicados, comprendido el concebido": también el respeto de los derechos del concebido está incluido en el objetivo general de la ley.

Por tanto, también un régimen de adecuación a los principios de

la CEDU al interior de los ordenamientos nacionales, así como son interpretados por la Corte Europea, no es imaginable una adecuación a la normas internacionales privada de una investigación hermenéutica que sepa tener en cuenta la peculiaridad de las normativas nacionales. No es, por tanto, ausente de significado desde el punto de vista normativo e interpretativo el hecho de que la ley italiana quiera asegurar los derechos de todos los sujetos implicados incluido el concebido, mientras en la normativa austriaca falta un compromiso similar.

Es verdad que la ordenanza de Catania y la de Milán, en el ilustrar las finalidades perseguidas por el Legislador con la Ley 40, refieren el contenido del art. 1 y por tanto reclaman también los derechos del concebido, pero tal reclamo no es considerado significativo en relación a la prohibición de la donación de gametos extraños a la pareja. En otros términos: la prohibición de fecundación heteróloga no es considerada coherente declinación de los derechos del concebido, sino es considerada injustificada limitación al "derecho a la paternidad".

En realidad, el punto de partida de la disciplina formulada en la Ley 40/2004 no es de hecho aquel de querer satisfacer los pretendidos "derechos" que los adultos alegan en el ámbito de la generación humana, sino el reconocimiento de los "derechos del concebido".

La calificación del "concebido" como "sujeto" titular de derechos es un dato normativo fundamental y decisivo que no puede ser ignorado ni desatendido; es el presupuesto jurídico decisivo para justificar las consiguientes coherentes decisiones actuadas por los sucesivos artículos, incluidos los artículos 4, coma 3 (...). Estas consideraciones hacen a la unión entre los derechos del concebido y la prohibición de fecundación heteróloga, tanto más grave cuanto más se considere que la cuestión de los derechos de los hijos concebidos con las técnicas de PMA sea prioritaria tanto respecto a la cuestión de la fecundación heteróloga, como en la estructura comprensiva de toda la ley.

Por lo demás, toda la estructura de la ley, que interviene en una

materia particularmente compleja, supone la conciliación de intereses y valores diversos, cuya valoración se incluye –como ha afirmado la Corte Europea en el "caso S.H. y otros vs Austria"– en un margen amplio de discrecionalidad del legislador. Al "amplio margen de discrecionalidad" del Legislador nacional, la jurisprudencia europea ha dado siempre importancia. Basta citar otra controversia ligada a la procreación artificial, el "caso Evans vs United Kingdom". Al decidir en este caso, la Corte Europea de los derechos del hombre, en la sentencia de 7 de marzo de 2006,²⁶ había afirmado que "los Estados tienen un margen de discrecionalidad al establecer el momento en el cual nace el derecho a la vida". La afirmación es en sí claramente muy discutible, pero si existe un margen de discrecionalidad confiado al Legislador inclusive en el "establecer el momento en el cual nace el derecho a la vida" y si el Legislador italiano ha querido –en el ámbito de su "discrecionalidad"– asegurar que la disciplina de la PMA tuviese en cuenta también los derechos del concebido, entonces no se puede prescindir de este criterio para evaluar las disposiciones que derivan coherentemente del art. 1 de la Ley 40/2004 y que describen conciliación de los intereses de los aspirantes a padres y de los hijos.

La norma del art. 1 de la Ley 40/2004, en cuanto declara querer armonizar el interés de superar las condiciones de infertilidad/esterilidad de los aspirantes a padres, con el interés del concebido, declarado sujeto de derecho, constituye la arquitrabe de toda la normativa.

La Ley 40/2004, ha tenido en cuenta una primera respuesta general por parte del ordenamiento jurídico: "La humanidad tiene el deber de dar a los bebés lo mejor de sí misma", está escrito en la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la ONU el 20 de noviembre de 1989²⁷ y hecha ejecutiva en Italia con la Ley del 27 de mayo de 1991, n. 176.²⁸ En la misma Convención, en el art. 3, se lee: "en todas las acciones referentes a los niños, si son encaminadas por instituciones de asistencia social, públicas o privadas, tribunales, autoridades administrativas o cuerpos legislativos, la mayor

conveniencia para el niño debe ser objeto de primaria consideración".²⁹ Afirmaciones casi idénticas se encuentran en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (Strasburgo, 12 de diciembre de 2007):³⁰ "En todos los actos relativos a los niños sean realizados por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño debe ser considerado preeminente".

Por tanto, la posición de aquel que es generado no sólo no puede ser desatendida, sino debe ser considerada en modo prioritario. Es motivo de reflexión recordar que el deber de elegir teniendo prevalente atención al menor, como queda establecido en la Convención sobre los derechos del niño arriba mencionada, abarca también al no nacido todavía. A esta conclusión ha llegado la Corte Constitucional en la Sentencia n. 35 del 10 de febrero de 1997,³¹ en cuya motivación se lee que el art. 1 de la Ley n. 194 de 1978 sobre la interrupción voluntaria del embarazo contiene no sólo "la base del empeño de las estructuras públicas que sostienen la valoración de los presupuestos para una lícita interrupción del embarazo, sino es reafirmado el derecho del concebido a la vida", el cual "ha conseguido en el curso de los años un cada vez mayor reconocimiento también sobre el plano internacional y mundial", "como resulta –continúa la sentencia– de la Declaración sobre los derechos del niño (...) en cuyo preámbulo está escrito que el niño a causa de su falta de madurez física e intelectual, necesita de una particular protección y de cuidados particulares, incluida ahí una protección legal apropiada tanto antes como después del nacimiento". La misma sentencia prosigue refiriendo significativamente tanto el art. 1 de la Convención del 20 de noviembre de 1989 que considera niño "todo ser humano con una edad inferior a dieciocho años, salvo si haya alcanzado antes la madurez, en virtud de la legislación aplicable", así como la sucesiva coma 1 del ya recordado art. 3 acerca de la prioritaria conveniencia del niño. Es por tanto evidente, en la perspectiva del juez constitucional, la aplicación de la regla del art. 3 de la Convención también al no nacido, calificado como niño.³²

Cuáles sean, luego, los posibles derechos "embrionales" (no en el sentido de derechos menos consistentes que otros, sino en el sentido de derechos reconocidos al concebido) está bien formulado por la recordada resolución del Parlamento Europeo sobre los problemas éticos y jurídicos de la procreación artificial humana (16 de marzo de 1989) que los elenca como "derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y existencial, en el derecho a la familia, en el derecho al cuidado de los padres y a crecer en un ambiente familiar idóneo y en el derecho a la propia identidad genética" (letra D).³³

Una de las declaraciones de los derechos del concebido de la cual habla el art. 1, es por tanto la prohibición de PMA de tipo heterólogo (art. 4, coma 3) que resulta coherente y para nada desproporcionada. Es por tanto razonable y respetuoso de aquel "canon de coherencia del ordenamiento jurídico" al cual apelan las ordenanzas comentadas, las cuales invocan la coherencia solamente sobre el plano de la satisfacción de las instancias de aquellos que quieren resolver los problemas procreativos y olvidan que la coherencia legislativa está ya puesta respecto de los sujetos más débiles de la controversia: los hijos concebidos con la PMA.

La *ratio* (razón formal) del art. 4, coma 3, es, de hecho, el bien del hijo. El legislador ha considerado que lo "mejor" para el nuevo ser llamado a la existencia sea tener un padre y una madre que sean tales en el sentido más total: genético, afectivo, legal. Tal decisión está sustancialmente motivada por la tentativa de garantizar el derecho a la identidad personal y familiar del bebé llamado a la vida por las técnicas de PMA.³⁴ En este sentido es interpretado también el art. 9 (prohibición del desconocimiento de la paternidad y del anonimato de la madre) cuyas comas 1 y 3 han sido impugnadas por el Tribunal de Catania y de Milán.³⁵

El argumento de las "parentelas atípicas" y de la adopción a la luz de la diferencia entre procreación natural y procreación artificial. La preferencia por la indivisibilidad de las figuras paternas en la Constitución italiana

A favor del uso de los gametos extraños a la pareja, los tres tribunales proponen la constatación de un sistema "que conoce otros institutos jurídicos que prevén la posibilidad de una discrepancia entre paternidad genética y paternidad legal, en las cuales la adopción y, con la plena paridad del hijo adoptado a los hijos nacidos de la pareja, prevalece una idea de las relaciones de filiación que pone como fundamento de las relaciones jurídicas familiares las relaciones afectivas (la comunidad de afectos) y el asumir responsabilidades (poniendo sólo en el esfuerzo y no como necesidad la relación biológica, que es incluso rescindible respecto a los padres de origen del adoptado)" (Tribunal de Catania). En fin existen "parentelas atípicas" e hijos "naturalmente heterólogos", fruto de una libertad sexual y generativa que el Estado no limita, existen padres legales que no son padres biológicos y, por tanto, no se ve por qué tal libertad y una tal discrepancia debería ser comprendida cuando se trata de superar una patología.

Tales sugestivas consideraciones prescinden, sin embargo, de la peculiar diferencia entre la fecundación que sucede en seguida de un encuentro sexual y aquella que deriva del recurso a las tecnologías reproductivas. Como hemos ya observado, la primera deriva de un gesto que por su naturaleza es absolutamente privado y, en cuanto tal, no puede ser sometido a controles externos; la segunda, viceversa, no atañe a "la esfera más íntima de la persona", sino implica una programación y un actuación que exigen la participación de otros, incluso de la sociedad civil, la cual —precisamente en razón de su intervención— puede y debe darse reglas controlables. La idea de una procreación consciente y responsable se vuelve, por tanto, un deber obligante en el caso de la PMA. El primer criterio que implica la consciencia y la responsabilidad es el bien del hijo y cuando la razón y la colectividad se empeñan en generar un hombre, deben elaborar un proyecto que sea el mejor posible, no adecuarse a situaciones que se verifican, sino que no constituyen según la expresión de la Declaración y de la Convención de los Derechos del Niño (respectivamente 1959 y 1989) lo "mejor" para el niño.³⁶ Lo "mejor"

razonablemente proyectable para un hijo, y poder llamar "padre" y "madre" a un hombre y una mujer que son verdaderamente tales bajo todo punto de vista: genético, afectivo, legal.

"Lo mejor", desde el punto de vista de un pronóstico a hacer en el momento en el cual inicia una nueva vida, no puede ser valorado solamente en términos jurídicos, como considera el Tribunal de Milán, Esto, de hecho, afirma: "ni la concepción de un hijo mediante el auxilio puede decirse lesivo del derecho del concebido al reconocimiento formal y sustancial de un propio *status filiationis* (estatuto de hijo)(...) El insuprimible derecho del hijo a tener un nombre y una familia, y una sola, y a construirse una completa identidad relacional a través del gozo de los indispensables cuidados paternos, resulta adecuadamente tutelado también en caso de fecundación heteróloga, respondiendo a tal fin la exclusiva asunción de toda inherente obligación por parte de los padres biológicos y no genéticos". En realidad, la disciplina jurídica en materia anagnáfica, la reglamentación del estatus familiar y de los deberes de los padres legales, no elimina los riesgos posibles para el hijo. En otros términos, no es el simple hecho que se lo declare prole legítima de la pareja casada, o natural reconocida de la pareja conviviente, que tutela plenamente la identidad del hijo. La imposibilidad del desconocimiento impide sustraerse de la obligación jurídica y económica del mantenimiento, pero no impide el riesgo de un daño (psicológico, educativo, afectivo) si, de hecho, la "verdad genética" emerge como elemento de conflicto y de "distancia"; cosa posible en ocasión de crisis familiares y de momentos difíciles muy diversos cuanto imprevisibles, con la ulterior consecuencia de una más fácil fractura entre aquellos que la ley declara padres.

Es verdad que la institución de la adopción muestra la separabilidad de la paternidad genética de aquella de los afectos. Sin embargo, la moderna adopción de menores no pretende *in primis* (en primera instancia) dar una respuesta a un deseo de paternidad (como sucede con la PMA), cuanto más bien a la necesidad de los bebés, que se encuentran en un estado de abandono material o moral, de vivir en

una familia donde esté presente la doble figura paterna y materna.³⁷ De aquí la conocida fórmula según la cual la adopción de menores no es el instrumento para dar un hijo a quien no tiene, sino, al contrario, el medio para dar unos padres a quien está privado de ellos.³⁸

Indudablemente la institución de la adopción que valora la paternidad de los afectos es una institución óptima, pero permanece como un "remedio" respecto de un "mal": el abandono de un menor por parte de sus padres biológicos. Para el bebé sería mejor no ser abandonado. Por tanto no se puede determinar un mal (el abandono) para poder ponerle remedio (la adopción). Para el sistema introducido por la Ley n. 184 de 1983 sobre la adopción y el confiar menores, confirmado por la Ley n. 149 del 28 de marzo de 2001:³⁹ "el menor tiene derecho de crecer y ser educado en el ámbito de su propia familia" (art. 1, coma 1, L. 184/1983 y L. 149/2001), mientras sólo "cuando la familia no es capaz de proveer al crecimiento y a la educación del menor, se aplican los institutos a los cuales se refiere la presente ley" (art. 1, coma 4, L. 184/1983 y L. 149/2001).

El principio que fundamenta la adopción es por tanto opuesto a aquel sobre el cual se basa la PMA heteróloga. Quien "dona" sus propios gametos, se encuentra en posición muy similar a aquella de poner todas las condiciones para "abandonar" un hijo. Él genera genéticamente un hijo, pero lo "abandona" inmediatamente: de él no quiere saber nada y en relación con él declina toda responsabilidad. La PMA heteróloga, por tanto no encuentra sustento en la institución de la adopción. Al contrario: la lógica de la adopción exige que se mire como contraproducente a la PMA heteróloga.

La preferencia por la inseparabilidad de las figuras paternas, al menos en el momento en el cual se constituye la relación de filiación, está presente también en la Carta constitucional. Si bien la asamblea constituyente no conociese las técnicas de PMA, hechas posibles y difundidas sólo muchos años después en 1948, sin embargo la prohibición de la coma 3 del art. 4 parece coherente con el art. 30 constitucional que sanciona como "deber y derecho de los padres mantener, educar, instruir a los hijos". El constituyente

pensaba en los hijos biológicos, tan es así que prosigue afirmando que "en los casos de incapacidad de los padres, la ley provee a que sean cumplidos sus deberes". El modo subsidiario de intervenir responde a las exigencias de la solidaridad confiando a otros (los padres adoptivos) aquel derecho-deber de mantener al hijo, que en primer lugar corresponde a los padres biológicos. En base a esta reflexión, la PMA heteróloga aparece como una fractura respecto a la clara indicación constitucional que "en la valoración comparativa de los diversos intereses", "sitúa en una posición nítidamente superior las exigencias de los menores" (Corte Constitucional 166/1998).⁴⁰ No sólo eso, sino que aparece como una fractura también teniendo en cuenta el art. 24 de la ya muy citada Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. En la versión más reciente (12 de diciembre de 2007)⁴¹ de la Carta, tornada parte integrante del Tratado de Lisboa, ha sido añadida una tercera coma que afirma: "El menor tiene el derecho a sostener regularmente relaciones personales y contactos directos con los dos padres, salvo cuando eso sea contrario a su interés".

Como confirmación de la coherencia del ordenamiento jurídico italiano respecto a la prohibición de fecundación heteróloga, se recuerda la Ley n. 91 del 1º de abril de 1991 que prohíbe, en conformidad con todas las leyes sobre los trasplantes de órganos y tejidos,⁴² el trasplante de encéfalo y de gónadas (ovarios y testículos).⁴³ Incluso por cuanto atañe a los derechos del hijo, el eventual trasplante de los órganos que producen los gametos determinaría menos riesgo, porque eliminaría todas las pérdidas embrionales que pueden derivar de la artificialidad de la procreación *in vitro*. Es claro que el límite está previsto porque los ovarios y los testículos, así como el encéfalo, distinguen la identidad de la persona, en el caso analizado de los hijos.

La razón de la prohibición de PMA heteróloga, en definitiva, depende en sustancia de la exigencia de garantizar, en el máximo grado de lo previsible y de la posibilidad, el bienestar del nuevo ser humano llamado a la existencia por la ciencia y la técnica.

Una lectura de los artículos 2, 3, 29, 31 y 32 de la Constitución que tenga en cuenta los "derechos de todos los sujetos implicados, incluido el concebido".

Las consideraciones hasta aquí conducidas ofrecen una posible diversa interpretación de las normas constitucionales consideradas violadas por la prohibición de PMA heteróloga. Efectivamente, si no existen derechos del concebido que hayan de tenerse en cuenta; si verdaderamente para el hijo concebido "artificialmente" es irrelevante su origen homólogo o heterólogo –origen del cual no podrá deshacerse si llegase "de grande" a no gustarle– que lo acompañará toda la vida; si la colectividad no tiene la responsabilidad de ofrecer aquello que muy probablemente es lo "mejor" para un hijo concebido con su colaboración, entonces es fácil comprender cómo la aspiración a la paternidad pueda ponerse como "valor absorbente" y "englobante". Tan absorbente y englobante como para "imponer" una interpretación absolutamente instrumental de los derechos del hombre (art. 2 const.), del principio de igualdad (art. 3 const.), de la tutela de la familia (art. 29 const.), del derecho a la salud (art. 32, coma 1 const.). Pero si no es así, porque hay otro sujeto implicado en la situación, en tal modo implicado como para poner en movimiento las técnicas de PMA intencionalmente para "obtenerlo", entonces la aspiración a la paternidad no puede transformarse en "derechos" que pretenden absorber, englobar y anular cuanto obstaculiza su realización, en tal modo de trastornar las citadas normas de la Constitución desprendiéndolas de su fundamento personalista, de su historia, de su auténtico significado.

Por ejemplo, el Tribunal de Milán, para admitir la PMA heteróloga, evocando la sentencia constitucional 294 de 2002, afirma: "La Constitución no justifica una concesión de la familia (legítima) enemiga de las personas y de sus derechos. De lo que puede hacerse derivar una indicación jurisprudencial emanada de la misma Corte en orden a la predicción de una máxima expansión de la tutela de la plena realización de tales derechos". Ahora bien, si el concebido es un sujeto titular de derechos, esta afirmación, en el

campo de la procreación artificial, se pone exactamente en sostenimiento del derecho a tener un sólo padre y una sólo madre.

Probemos la relectura de las siguientes afirmaciones contenidas en la ordenanza de Catania, a propósito del art. 3 constitucional: "El legislador puede, así, imponer límites a los derechos y a los intereses de los sujetos en base a las finalidades que se pretenden perseguir con el ejercicio del poder legislativo, pero no puede tratar diversamente determinados sujetos respecto a otros que se encuentren en la misma situación, a menos que la disparidad de tratamiento no sea justificada en modo razonable. "El principio de igualdad es violado también cuando la ley, sin un razonable motivo, dispense un trato diverso a ciudadanos que se encuentren en igual situación (C. Const. n. 15 de 1960); e, incluso, para citar otro ejemplo en ese sentido: "el principio del cual habla el art. 3 constitucional es violado no sólo cuando los tratamientos puestos a comparación son formalmente contradictorios en razón de la identidad de las especificidades, sino también cuando la diferencia de tratamiento es irracional según las reglas del discurso práctico, en cuanto las respectivas especificidades, si bien diversas, son razonablemente análogas" (C. const. n. 1009 de 1998)". Ahora, en la perspectiva de la L. 40/2004 que quiere asegurar los derechos también del hijo concebido con las técnicas de PMA, la "disparidad de tratamiento" entre parejas estériles/infértiles es "justificada en modo razonable"; la condición para un desarrollo armónico y sereno de la identidad del hijo es el "razonable motivo" a la base de la prohibición de la fecundación heteróloga y por tanto no es "irracional" la diferencia de tratamiento entre parejas estériles, si en algunos casos bypasar la esterilidad significa amenazar el derecho a la identidad psicológica y existencial del hijo.

Si cuando menos es dudoso que el apreciable deseo de tener un hijo pueda integrar un verdadero y propio derecho, es cierto que existe el derecho del hijo a la familia y que tal derecho se ponga sobre todo bajo la perspectiva de la coincidencia entre paternidad

biológica, afectiva y legal, en modo particularmente intenso cuando el hijo es llamado a existir con las técnicas del PMA.

La lucha contra la esterilidad/infertilidad no puede ser conducida a costa de los hijos. Recordemos a propósito, el ya mencionado art. 24, coma 2, de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea "constitucionalizada" por el Tratado de Lisboa ("En todos los actos relativos a los niños, sean estos realizados por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño debe ser considerado preeminente") y toda la reflexión jurídica que subordina los intereses/derechos de los adultos a aquellos de los niños.

Cuando el riesgo de "comprometer la integridad psico-física de la parejas infértiles o estériles", se observa que la "tutela de la salud como fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad" está fuera de discusión. Es igualmente cierto, sin embargo, que tal derecho no puede ser defendido y promovido mediante la negación de los derechos de otros sujetos. El ejemplo más apropiado puede encontrarse en la disciplina de los trasplantes de tejidos o de órganos tanto de vivo como de cadáver. En particular la verificación rigurosa de la muerte del donante es condición indispensable para la obtención del órgano y su sucesivo trasplante. No basta afirmar el indiscutido derecho a la salud de un enfermo para justificar la muerte de otro sujeto, incluso cuando se tratase simplemente de anticipar un poco una muerte prevista como inminente. Ahora bien, el argumento de la discrecionalidad, de la autonomía, de la responsabilidad del médico, propuesto por el tribunal de Catania y por el de Milán para justificar la fecundación heteróloga, es francamente débil, ahí donde se considera, una vez más, que la exigencia de responder en términos médico-científicos actualizados y evolucionados a los problemas ligados a la esterilidad/infertilidad no puede ser satisfecha pisoteando los derechos de otro sujeto, el hijo concebido con las técnicas de PMA.

Agreguemos que para promover y desarrollar la responsabilidad, la autonomía y la discrecionalidad en ámbito médico-científi-

co existe todo el campo de acción indicado en el art. 2 (Intervenciones contra la esterilidad y la infertilidad) de la L. 40/2004 y no es necesario fragmentar médicamente la paternidad de los hijos concebidos con las técnicas reproductivas.

El argumento de las parejas "obligadas a dirigirse al extranjero" exponiendo su propia integridad psico-física a daños provocados por el así llamado "turismo procreativo", cae por su propio peso. La cuestión sigue siendo la del valor que los límites de la ley pretende tutelar o promover. Si el ofrecer al hijo concebido con las técnicas de PMA la plenitud de una madre y de un padre "totales" es un valor que amerita protección, entonces la prohibición de PMA heteróloga es un deber. Por lo demás, ¿por qué no considerar el derecho a la salud psíquica y existencial del hijo concebido con las tecnologías reproductivas? ¿Dónde quedaría la tutela de la salud psico-existencial que los "hijos heterólogos" podrían tener gravemente amenazada y comprometida por una paternidad fragmentada y descompuesta, intencionalmente querida?

Los Tribunales de Catania y de Milán con referencia al art. 32 const., afirman que "no puede haber duda que las técnicas de PMA hayan de calificarse como remedios terapéuticos". En realidad existe mucho más que una duda.⁴⁴ Recurrir a las técnicas de PMA está permitido —recita el art. 1— "cuando no existan otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de esterilidad y de infertilidad". La palabra "otros" ha estado al centro del debate en cuanto parece poner en el mismo plano las técnicas de PMA y, precisamente, "otras" intervenciones médicas, quirúrgicas o psicológicas relativas a la esterilidad e infertilidad. Las opiniones a tal propósito son divergentes: junto a quien sostiene que las técnicas de PMA son una terapia, partiendo de la consideración de que esas, en el dar un hijo a la pareja estéril, permiten superar una condición patológica —la esterilidad—, hay quien considera, en contrario, que no son una terapia, desde el momento en que aquellas no vencen la esterilidad sino sustituyen el acto generador del dar un hijo a la pareja. En otras palabras, aún habiendo obtenido el hijo, la pareja

permanece estéril. En realidad, con la palabra "otros" se ha querido expresar una valoración positiva de las nuevas técnicas y sobre todo obtener el sostenimiento económico por parte del Estado, con la intervención del Ministerio de Salud que de otro modo no habría encontrado ninguna justificación (ex art. 18).

El equiparar las técnicas de PMA a una terapia es, sin embargo, muy diferente que imponerla normativamente. Ha de señalarse la equivocidad del 2º coma del art. 1, que podía también ser leído como equiparación de "método" a "método", no de "terapia" a "terapia" (otros métodos terapéuticos eficaces deben ser preferidos precisamente por ser "terapéuticos" respecto a técnicas que no son terapéuticas). Que las técnicas de PMA sean una *extrema ratio* (último recurso) para afrontar el problema de la esterilidad, está confirmado también por el art. 4, coma 1 ("el recurso a las técnicas de PMA está permitido sólo cuando sea confirmada la imposibilidad de remover de otro modo las causas que impiden la procreación") y de la repetida asociación de las técnicas de PMA a la adopción y a la encomienda.⁴⁵ Ahora bien, parecería que tal asociación haga discutible el carácter terapéutico de la PMA, porque ni la adopción, ni la encomienda pueden considerarse "terapias".

Digno de mención es que la previsión de acceder a un fondo especial para la cobertura de los gastos de la PMA en las estructuras autorizadas (ex art. 10) y no al gasto sanitario nacional pone las mencionadas técnicas sobre un plano diverso de aquel de los procedimientos propiamente terapéuticos.

A la luz del principio inspirador de la ley, la prohibición de fecundación artificial heteróloga resulta razonable y coherente, incluso desde el punto de vista constitucional.

Una consideración conclusiva: más allá del horizonte normativo, el tema de la paternidad exige reflexiones más amplias y motiva, siempre más, la necesidad de reflexionar a fondo sobre el significado antropológico de la procreación y de la familia.

Referencias bibliográficas

¹ Ley del 19 de febrero de 2004 n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 de febrero de 2004; MILAN G. La procreazione medicalmente assistita tra desideri e diritti. Firenze: Libreria Alfani; 2008.

² Con las sentencias nn. 46, 47, 48 y 49 de 2005 la Corte Constitucional declaró admisibles los cuatro referéndum parciales, mientras con la sentencia n. 45 de 2005 fue declarado inadmisibile aquel que tenía por objeto la completa Ley n. 40 de 2004.

³ TRIBUNAL DE CATANIA. Ordenanza del 3 maggio 2004 (el juez monocrático considera manifiestamente infundadas las cuestiones de legitimidad constitucional y confirma la Ley 40/2004); ID. Ordenanza del 28 maggio 2004 (el Colegio confirma la ordenanza del 3 de mayo de 2004); TAR LAZIO Sez. III TER. Sentenza del 7 aprile -5 maggio 2005 n. 3452 (rechazo de la petición de anulación de la Líneas guía de 2004); ID. Sentenza del 7 aprile-23 maggio 2005 n. 4047 (rechazo de la petición de anulación de las Líneas guía del 2004); TRIBUNALE DI CAGLIARI. Orinanza del 16 luglio 2005 (elevada la cuestión de legitimidad constitucional del art. 13 de la Ley n. 40/2004, en relación a los artículos 2, 3 y 32 constitucionales, en la parte en la cual prohíbe obtener, a petición de los sujetos que han tenido acceso a las técnicas de procreación médicamente asistida, el diagnóstico preimplante en el embrión con la finalidad de la verificación de eventuales patologías); CORTE COSTITUZIONALE. Ordenanza del 9 novembre 2006 n. 369 (manifiesta inadmisibilidad de la cuestión de legitimidad constitucional del art. 13 de la ley n. 40/2004, elevada con referencia a los artículos 2, 3, y 32 constitucionales); CONSIGLIO DI STATO Sez. V. Sentenza 19 dicembre 2006 - 28 marzo 2007 n. 1437 (anula la sentencia por violación del contradictorio y lo envía al Tar); TRIBUNAL DE CAGLIARI. Sentenza del 22 settembre 2007 (considerado admisible el diagnóstico genético preimplante); TRIBUNAL DE FLORENCIA. Ordenanza del 17 dicembre 2007 (el Tribunal considera que en la Ley 40/2004 no exista una prohibición del diagnóstico genético preimplante); TAR-LAZIO Sez II-7 aprile-quater. Sentenza del 21 gennaio 2008, n. 398 (las líneas guía de 2004 son declaradas ilegítimas por violación del principio de legalidad, en la parte en la cual limitan el diagnóstico al tipo observacional. Es elevada además la cuestión de legitimidad constitucional sobre el art. 14, comas segunda y tercera, de la Ley n. 40 de 2004, por violación de los artículos 3 y 32 constitucionales); TRIBUNALE DI FIRENZE. Ordenanza del 12 luglio 2008 (elevadas cuestiones de legitimidad constitucional sobre las comas primera y segunda del art. 14 de la Ley n. 40 de 2004, respecto al art. 32 constitucional, en la parte en la cual ponen la prohibición de crioconservación de los embriones supernumerarios, la necesidad de crear un número máximo de tres embriones y del único y simultaneo implante y en la parte en la cual prevén la irrevocabilidad del consentimiento a la trasferencia en útero de los embriones); ID. Ordenanza del 26 agosto 2008 (elevada una pluralidad de cuestiones de legitimidad constitucional: sobre el art. 14, coma segunda, de la Ley n. 40

de 2004, por contraste con los artículos 2, 3, 13 y 32 constitucionales); TRIBUNALE DI MILANO. Ordenanza del 6 marzo 2009 (elevada la cuestión de legitimidad constitucional de la tercera coma del art. 6 de la Ley n. 40 de 2004 y de las comas primera, segunda y tercera del art. 14, por contraste con los artículos 2, 3 y 32 constitucionales); ID. Ordenanza del 10 marzo 2009 (elevada la cuestión de legitimidad constitucional de la tercera coma del art. 6 de la Ley n. 40 de 2004 y de las comas primera, segunda y tercera del art. 14, por contraste con los artículos 2, 3 y 32 constitucionales); CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 151 del 8 de mayo 2009 (ilegitimidad constitucional del art. 14, coma segunda, de la Ley n. 40 de 2004 limitadamente a las palabras "a un único y contemporáneo implante, como quiera no superior a tres"; ilegitimidad constitucional del art. 14, coma tercera, "en la parte en la cual no prevé que la transferencia de los embriones, a realizar apenas sea posible, como establece tal norma, deba ser efectuada sin perjuicio de la salud de la mujer"; manifiestamente inadmisibles la cuestión de legitimidad constitucional del art. 14, coma primera; manifiestamente inadmisibles las cuestiones de legitimidad constitucional del art. 6, coma tercera; manifiestamente inadmisibles la cuestión de legitimidad constitucional del art. 6, coma tercera; manifiestamente inadmisibles la cuestión de legitimidad constitucional del art. 14, coma cuarta); CORTE COSTITUZIONALE. Ordenanza n. 97 del 12 marzo 2010 (manifiesta inadmisibilidad de las cuestiones elevadas de las dos ordenanzas del Tribunal de Milán del 6 y del 10 de marzo de 2009).

⁴ ID. Ordenanza (24 ottobre) 9 novembre 2006, n. 369. *Jurisprudencia Constitucional* 2006; 6: 3831-3837.

⁵ ID. Sentenza 1° aprile (8 maggio) 2009, n. 151. *El derecho de familia y de las personas* 2009; 3: 991-1021.

⁶ ID. Ordenanza 8-12 marzo 2010, n. 97. *Gazzetta Ufficiale* del 17 marzo 2010 (<http://www.giurconst.org/decisioni/index.html>)

⁷ TRIBUNALE DI CAGLIARI. Ordenanza 16 luglio 2005. *Medicina e Morale* 2005; 5: 1076-1091.

⁸ TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO -SEDE DI ROMA-Sez. III-QUARTER. Sentenza 31 ottobre 2007 - 21 gennaio 2008, n. 398. *El derecho de familia y de las personas* 2008; 2: 650-667.

⁹ TRIBUNALE DI FIRENZE. Ordenanza 12 luglio 2008. *Gazzetta Ufficiale*, primera serie especial, 2008, n. 44; ID. Ordenanza 26 agosto 2008. *Gazzetta Ufficiale*, primera serie especial, 2008, n. 50.

¹⁰ TRIBUNALE DI BOLOGNA. Decreto 29 giugno 2009. *El derecho de familia y de las personas* 2009; 4: 1854-1858.

¹¹ TRIBUNALE DI SALERNO. Ordenanza 9 gennaio 2010. *El derecho de familia y de las personas* 2010; 2: 745-752.

¹² El primer tribunal (Tribunal de Bolonia) disponía la ejecución a favor de los recurrentes de la "aplicación de los métodos de la procreación médicamente asistida, según las mejores y más acertadas prácticas médicas, previo diagnóstico preimplante de un número mínimo de seis embriones, y proveyendo a transferir en el útero de la señora B los embriones creados que no presenten la específica pato-

logía de la cual la misma es portadora, en base a las directrices impartidas por la misma paciente, y aplicando en cada caso los procedimientos dictados por la ciencia médica para asegurar el mejor resultado de la técnica en consideración de la edad y del estado de salud de la paciente, considerando también el riesgo de embarazos plurigemelares peligrosos, proveyendo a la crioconservación para un futuro implante de los embriones encontrados idóneos que no sea posible transferir inmediatamente y, también de aquellos que resultasen afectados por la patología de la cual la señora B es portadora". El segundo (Tribunal de Salerno) afirmaba " el derecho de quienes hacen recurso (...) a conseguir (...) el cumplimiento contractual de las prestaciones profesionales consistentes en las técnicas procreativas médicamente asistidas, impuestas por las mejores prácticas científicas, de diagnóstico preimplante de los embriones a producirse y de transferencia en el útero de la señora B, de embriones que no muestran la mutación del gen Sma 1, causante de la atrofia muscular espinal de tipo 1, de la cual quienes hacen recurso, son portadores".

¹³ TRIBUNALE DI MILANO. Ordinanza del 6 marzo 2009 n. 235 y Ordinanza del 10 marzo 2009 n. 236.

¹⁴ Tribunale di Firenze. Ordinanza del 1-6 settembre 2010 n. 19. Gazzetta Ufficiale, primera serie especial, 2 de febrero de 2011; 6: 57-64.

¹⁵ Tribunale di Catania. Ordinanza del 21 ottobre 2010 n. 34. Gazzetta Ufficiale, primera serie especial, 2 de marzo 2011; n. 10: 61-71.

¹⁶ En particular, el Tribunal de Florencia eleva la cuestión de legitimidad constitucional en orden al art. 4 coma 3, mientras los Tribunales de Catania y Milán elevan la cuestión también en orden a los artículos 9 primera y tercera coma; 12, primera coma.

¹⁷ EUROPEAN COURT FOR HUMAN RIGHTS - FIRST SECTION. Case S.H. and Others vs Austria. (01-04-2010) (www.teutas.it/giurisprudenza/corte-europea-diritti-umani/768-european-court-for-human-rights-first-section-case-sh-and-others-vs-austria-1-april-2010.html).

¹⁸ Para un examen crítico de la decisión europea véase: VIOLINI L. Fecundazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte Costituzionale di Strasburgo: un caso discutibile. Quaderni Costituzionali 2010; 3: 632-636.

¹⁹ La memoria y la carta de acompañamiento están publicadas en el fascículo 2011/1 de la revista Medicina e Morale en la rúbrica Documentazione.

²⁰ BALDINI G. Diritti della persona e procreazione artificiale. Relazione tra "sistema CEDU", ordinamento comunitario e ordinamento interno. (<http://www.filodiritto.com>); DOLCINI E, Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea? Revista italiana de derecho y procedimiento penal 2010; 3: 1425-1433; CATALANO S. Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU (<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/rivista/2010/00/Catalano001.pdf>); LIBERALI G. La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'uomo e il giudice comune italiano: la non manifesta infondatezza della questione. (<http://www.asociazionedeicostituzionalisti.it/rivista/2010/00/Liberali001.pdf>); LAMAR-

QUE E. Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte Costituzionale italiana. *Il Corriere Giuridico* 2010; 7: 955-965; FROSINI TE. Sui rapporti tra la Corte Europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione italiana. *Rassegna Parlamentare* 2010; 2: 351-368; SCODITTI E. Il dialogo tra le Corti e i diritti fondamentali di fonte sopranazionale: il punto di vista del giudice comune. *Rivista di diritto privato* 2010; 2: 123-158; CONTI R. Corte Costituzionale e Cedu: qualcosa di nuovo all'orizzonte? *Il Corriere Giuridico* 2010; 5: 624-635; NAPOLETANO N. Rango ed efficacia delle norme della Cedu nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale. *Diritti umani e diritto internazionale* 2010; 1: 194-201; CARLOTTO I. I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 y n. 349 de 2007 della Corte Costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale (I). *Politica del diritto* 2010; 1: 41-99; ID. I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 y 349 de 2007 de la Corte Costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale (II). *Politica del diritto* 2010; 2: 285-317; PELLIZZONE I. Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale. (<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/rivista/2010/00/Pellizzone001.pdf>).

²¹ Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (Fortpflanzungsmedizingesetz - FmedG) sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktionsnorm geändert werden, in *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, Ausgegeben am 4. Juni 1992, pp. 1299-1531.

²² Más precisamente, los artículos convocados son el 2 y el 3, ambos rubricados bajo el título "Licitud de la reproducción asistida". El art. 2 afirma: "1. La reproducción asistida es permitida únicamente dentro del matrimonio o de una análoga relación de convivencia. 2. Si el semen del cónyuge o del conviviente no tiene la capacidad precreativa, por el método del cual habla el art. 1, según la coma n. 1, puede ser utilizado el semen de un tercero. 3. Ovocitos y células capaces de desarrollarse pueden ser utilizados exclusivamente en la mujer de la cual provienen".

²³ Nótese que la Corte no ha considerado autónomamente el artículo 8 CEDU. Estas son las conclusiones: "Holds by five votes to two that there has been a violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8 as regards the third and fourth applicants. Holds by six votes to one that there has been a violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8 as regards the first and second applicants. Holds unanimously that it is not necessary to examine the application also under Article 8 of the Convention".

²⁴ En la decisión se lee que la Corte se ha valido de algunos estudios including the document "Medical-assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo Study on the Solution in 39 States (Council of Europe, 1998) and the replies by the member States of the Council of Europe to the Steering Committee on Bioethics" "Questionnaire on Access to Medically-assisted Procreation" (Council of

Europe, 2005)" (punto 32). Más adelante, la decisión se refiere a una "comparison between the Council of Europe study of 1998 and a survey conducted by the International Federation of Fertility Societies of 2007" (punto 36). Además, la Corte invoca también el "Principle 11 of the principles adopted by the ad hoc Committee of experts on progress in the biomedical sciences, the expert body with the Council of Europe which preceded the present Steering Committee on Bioethics (CAH-BI, 1989)" (punto 37) y refiere que la nota "Convention on Human Rights and Biomedicine of 1997 does not deal with the question of donation of gametes, but forbids to use a medically assisted reproduction technique to choose the sex of a child" (punto 38).

²⁵ PARLAMENTO EUROPEO. Risoluzione (Doc. A2-372/88) sui problemi etici e giuridici della procreazione artificiale umana. *Medicina e Morale* 1989; 3: 587-590.

²⁶ CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO. *Evans vs United Kingdom* (Application n. 6339/05). 6 de marzo de 2006: "the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere". La decisión ha sido confirmada por la Grand Chambre el 10 de abril de 2007.

²⁷ ASSEMBLEA GENERALE DELL'ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE. Convención sui diritti del bambino en Loreti Beghè A (curador). La tutela internazionale dei diritti del fanciullo. Padova: Cedam; 1995; 347-375 (también en: *Medicina e Morale* 1990; 2: 626-647).

²⁸ Legge n. 176 del 27 maggio 1991, Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, G. U. n. 135 (S.O.) del 11 de junio de 1991 (también en: *El derecho de familia y de las Personas* 1991; 1-2: 432-451).

²⁹ El principio es repetido también en los artículos 9 y 21 precisamente a propósito de las relaciones familiares y de la adopción. En particular el art. 21 afirma: "Los Estados miembros que admiten y/o autorizan la adopción verifican que el interés superior del niño sea la consideración fundamental en la materia".

³⁰ La Carta de los derechos fundamentales ha sido proclamada solemnemente por primera vez el 7 de diciembre de 2000, pero tal proclamación constituía un mero empeño político. Con la firma de Strasburgo por parte de los Presidentes de Comisiones, Parlamento y Consejo Europeo, y la inserción de la Carta en el Tratado UE firmado el 13 de diciembre de 2007 en Lisboa, es, en cambio, conferido a la carta un mayor espesor y fuerza jurídicamente vinculante a los derechos ahí contenidos por las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión, así como por los Estados miembros cuando actúan el derecho comunitario.

³¹ CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 35 del 10 febbraio 1997. *Jurisprudencia Constitucional* 1997; 1: 281-293, con nota de CASINI C. Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito? (pp. 312-316). Otros comentarios son los de: RUOTOLO M. Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale? *Giurisprudencia Costituzionale* 1997; 2: 1139-1147; CASSETTI L. L'inammissibilità del referendum sull'interruzione volontaria della gravidanza e l'"ombra" delle leggi a contenuto

costituzionalmente vincolato. *Gazzetta Giuridica Giuffrè Italia* 21 marzo 1997; 11: 3-7; SFROZA F. La Corte dice no alla liberalizzazione dell'aborto: l'interruzione volontaria della gravidanza non può essere uno strumento di controllo delle nascite. *Nuovo diritto* 1997; 4: 278-282.

³² Tal interpretación se encuentra también en la sentencia constitucional polaca del 28 de mayo de 1997, traducción italiana curada por OLFIER W. (texto en off-set). Sobre ese punto: CASINI M. Diritti del concepito: dal caso polaco al contesto europeo. *La Familia* 1997; 186: 27-36; ID. Il diritto alla vita del concepito nella giurisprudenza europea. Le decisioni delle Corti costituzionali e degli organi sovrannazionali di giustizia. Padova: CEDAM; 2001: 201-222.

³³ El contenido de esta resolución ha sido evocado en la resolución del 20 de septiembre de 1996 con el título Tutela de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano en relación con las aplicaciones biológicas y médicas. GUCE, C320 del 28 de octubre de 1996.

³⁴ Investigaciones en esta materia concuerdan en el hecho de que la certeza, incluso biológica, de la paternidad es la condición prioritaria para la estructuración de la propia identidad personal. Cfr.: Turner JA, Coyle A. What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counseling and therapy. *Human Reprod.* 2000; 15 (9): 2041-2051. Otros estudios reconocen que la joven edad de la población examinada requerirá follow-up a largo plazo para evaluar la presencia o no de recaídas psicológicas (Breawaeyes A. Review: parent-child relationship and child development in donor insemination families. *Human Reprod Update.* 2001; 7 (1): 38-46; SÖDERSTRÖM-ANTTILA V. Pregnancy and child outcome after oocyte donation. *Human Reprod Update.* 2001; 7 (1): 28-32; LANSAC J, ROYÈERE D. Follow-up studies of children born after frozen sperm donation, *Human Reprod Update.* 2001; 7 (1): 33-37). Para la relación entre PMA hereróloga y problemáticas de orden psicológico, se vea: LOMBARDI R. Implicazioni psicologiche della riproduzione artificiale eterologa (AID). *Il diritto di famiglia e delle persone* 1998; 2: 663-672; CANOVA L. Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale. *Il diritto di famiglia e delle persone* 2001; 2: 669-676.

³⁵ Para un comentario se reenvía a Casini C, Casini M, Di Pietro ML. La legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". *Commentario. Giappichelli; Turín* 2004: 159-171.

³⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de los derechos del niño. 20 de diciembre de 1959; VITTA, GREMENTIERI V. *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo.* Milán; Giuffrè 1981: 680-688.

³⁷ El adjetivo "moderno" con referencia a la adopción, quiere subrayar la diversa perspectiva entre la "adopción ordinaria", se remonta a la tradición del derecho romano arcaico, y la "adopción especial" de menores inaugurada con la Ley n. 431 del 5 de junio de 1967 (*Gazzetta Ufficiale* n. 154 del 22 de junio de 1967). La finalidad de la primera era la de asegurar la continuidad del nombre y del patrimonio familiar y podía dirigirse también a los adultos; la finalidad de la segunda, en cambio, estaba dirigida a la tutela de los menores privados de la asistencia por parte de sus padres.

Actualmente, la adopción de menores está disciplinada por la Ley 184 de 1983 (Gazzetta Ufficiale, serie ord. n. 133 del 17 de mayo de 1983) - que ha sustituido la precedente ley de 1967 y ha sido modificada por la Ley 149 de 2001 (Gazzetta Ufficiale n. 96 del 26 de abril de 2001) - mientras en el código civil (artículos 291-314) ha quedado la adopción de los mayores, institución que ha sustituido la antigua adopción ordinaria de la cual se ha hablado y que se perfecciona, como una especie de "contrato de derecho familiar", con el acuerdo entre adoptante y adoptado.

³⁸ En este sentido, la prevalencia de la conveniencia del menor ha sido constantemente reafirmada por la Corte Constitucional. A modo de ejemplo se vea: CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza 30 novembre - 11 dicembre 1989 n. 536; Sentenza 18 marzo - 1 aprile 1992 n. 148; Sentenza 18-24 luglio 1996 n. 303; Sentenza 10 luglio-20 luglio 2007 n. 315.

³⁹ Ley del 28 de marzo de 2001, n. 149. Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184, recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile. Gazzetta Ufficiale n. 46 del 26 de abril de 2001. El texto es referido en: Nuove leggi civil commentate 2002; 4-5 con comentario de PALMERINI E. (pp. 1061-1032).

⁴⁰ Se evoca a este propósito, un pasaje de la ya citada Sentencia n. 2315 de 1999 de la Casación que, respecto a un caso de PMA heteróloga en referencia a la cuestión del desconocimiento de paternidad, distingue entre las "controversias de vida no controlables y ya no enmendables" que en cuanto tales pueden ser "sufridas por el ordenamiento" y las análogas controversias cuyo lanzamiento es debido a la participación activa de la colectividad. Una norma que previese tal colaboración "evitaría los (...) principios fundamentales de la disposición constitucional y el principio de solidaridad a la cual los intereses responden".

⁴¹ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, C303, 14 de diciembre de 2007: C0C3/2-C0C3/16.

⁴² Legge 1 aprile 1999, n. 91, Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti. Gazzetta Ufficiale n. 87 del 15 de abril de 1999; también en: Revista italiana de Medicina legal 1999; 2: 619-632; Medicina e Morale 1999; 3: 580-593.

⁴³ Art. 3, coma 3, Ley 91/1999: "Está prohibida la obtención de las gónadas y del encéfalo".

⁴⁴ Pessina A. Bioetica. L'uomo sperimentale. Milán: Edizioni Bruno Mondadori; 1999: 113-120.

⁴⁵ La atención a las instituciones que ofrecen una familia a un menor que está privado de ella, está presente en la Ley tanto en el art. 6 coma 1, así como en el art. 3 coma 1 letra d.

Correlación de principios bioéticos y la declaración universal de los derechos humanos

*Dra. Ma. de la Luz Casas M. **

Resumen

No hay duda de que en el mundo moderno el derecho a la salud se encuentra reconocido como un derecho humano básico; como reitera la Constitución de la OMS, "el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica y social".

En el sistema de la OMS, y de acuerdo con las concepciones médicas y de salud pública modernas, la "salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Más aún, no hay estado en el mundo que no acepte al menos alguna responsabilidad en cuanto a la salud de su pueblo. En la práctica se reconoce a través de la adhesión hecha al ratificar la Constitución de la OMS, que "los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas".

El fundamento filosófico que anima a estas declaraciones es el reconocimiento y respeto a la dignidad intrínseca de la persona, principio base del actuar médico y del ejercicio de la medicina basado en el Principio de Beneficencia.

* Doctora en Bioética. Coordinadora del Centro Interdisciplinario de Bioética. Universidad Panamericana.

Summary

There is no doubt that in the modern world the right to health is recognized as basic human right; as it is reiterates in the Constitution of the WHO, "the enjoyment of the maximum degree of health that can be obtained is one of the fundamental rights of all human being without distinction of race, religion, political ideology or economic and social condition". In the system of the WHO, and in agreement with modern medical conceptions and public health, the "health is a state of complete physical, mental and social well-being and not only the absence of affections or diseases. " Still more, there is no state in the world that does not accept at least some responsibility in the health of its country. Actually the Constitution of the WHO is recognized through the done adhesion when ratifying, that "the governments have responsibility in the health of their towns, which single can be fulfilled by means of the adoption of sanitary measures and social adapted".

The philosophical foundation that animates to these declarations it is the recognition and respect of the intrinsic dignity of the person, principle bases of medical acting based on the Principle of beneficence.

Principios bioéticos y derecho a la salud en las declaraciones internacionales

La Bioética, preocupada por la representatividad de los valores humanos históricos en la sociedad plural, pugna por que ellos, en una primera instancia, sean reconocidos por cada persona en el ámbito de su eticidad. Para fines de este artículo solamente se considerarán los incisos referidos más directamente a temas bioéticos, solicitando que el lector revise las referencias bibliográficas para conocer el texto completo de estas Declaraciones.

Es necesario aclarar que México ha suscrito estas Declaraciones y por tanto, está obligado a su cumplimiento. Creo que en este momento es posible, a través de la reflexión, considerar un consenso

lógico sobre los derechos del ser humano a través de la aceptación de los Derechos Humanos Universales plasmados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU y sus declaraciones ampliadas, así como en los Códigos deontológicos que persiguen el mismo fin: el bien común a través del bien individual. La actuación oficial no ha de partir de individualismos, pues así solamente se apoya el subjetivismo, sino reflexionar sobre el bien común, bien no sólo a corto plazo, sino contemplado desde la perspectiva humanizadora a largo plazo de la sociedad.

Independientemente de la ideología que se profese la mayoría de los países y de sus habitantes, han suscrito la preservación de estos derechos, que no son otorgados al ser humano por la misma ONU² ni por ninguna institución determinada, sino que solamente han sido reconocidos porque existen por sí mismos. Los derechos humanos no lo son por reconocimiento consensual sino son los humanos en reflexión quienes en cierto momento se dan cuenta de su existencia y deciden ejercerlos en forma obligatoria, en base a la dignidad intrínseca del ser humano, por eso, no podrán ser cambiados a voluntad de las personas que integran los diversos comités, porque de ellos no dependerá su existencia, sino sólo su reconocimiento; y una vez reconocidos, no será fácil desconocerlos, pues se actuaría en forma ilógica y retrógrada.

A continuación me permitiré hacer algunos comentarios sobre los artículos de esta declaración acordes a los principios de la bioética.

Correlación de los principios bioéticos y declaración universal de los derechos humanos DUDH

Muchos de los artículos de la DUDH pueden ser enunciados en terminología bioética y viceversa, este ejercicio es especialmente útil para afianzar argumentos ya sea desde la perspectiva jurídica o ética. A continuación señalaré las coincidencias más importantes para la bioética clínica.

Se han marcado en **negritas** parte del texto a fin de señalar la parte del mismo que puede correlacionarse con alguno de los principios bioéticos.

Declaración universal de los derechos humanos³

Organización de las Naciones Unidas, 1948.

Considerando:

Considerando que la **libertad, la justicia** y la paz en el mundo tienen como base el **reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;**

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los Derechos Humanos han originado actos de barbarie, ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de la palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al extremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta, su fe en los **derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres;** y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que la concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso.

LA ASAMBLEA GENERAL PROCLAMA LA PRESENTE DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades. y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

A continuación se resumirán los contenidos bioéticos de esta Declaración y se harán las referencias Deontológicas respectivas.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Organización de las Naciones Unidas, 1948

PRINCIPIOS BIOÉTICOS

<p>— Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana</p>	<p>Principio de libertad o autonomía Principio de subsidiariedad Concepto de persona</p>
<p>— Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta, su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la</p>	<p>Concepto de dignidad intrínseca de la persona Principio de justicia</p>

<p>igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;</p> <p>— Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.</p> <p>— Artículo 2. 1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.</p> <p>— Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.</p> <p>— Artículo 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.</p> <p>— Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.</p>	<p>Principio de libertad Principio de justicia Concepto de dignidad intrínseca de la persona Concepto de trascendencia humana</p> <p>Principio de no discriminación Códigos deontológicos: Hipócrates, Declaración de Ginebra, Código de Ética de la Asociación Médica Mundial (AMM).</p> <p>Derecho a la vida Principio de autonomía Códigos Deontológicos: Todos los Códigos, especialmente: Hipócrates, Declaración de Ginebra, Código de Ética de la Asociación Médica Mundial, Declaración de Oslo, Pacto de San José de Costa Rica. Garantías individuales en la Constitución Nacional Mexicana</p> <p>Principio de igualdad Declaración de Tokio AMM, Declaración de Ginebra Principio de justicia</p> <p>Concepto de persona Principio de igualdad Códigos deontológicos</p>
---	--

<p>— Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia. ni de ataque a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.</p> <p>— Artículo 16. 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de éste.</p> <p>16.1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.</p> <p>16.3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.</p> <p>— Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.</p> <p>— Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.</p> <p>— Artículo 25. 1. Todo ser humano tiene derecho a un nivel de vida que le permita a él mismo y a su familia gozar de salud y bienestar que incluyan la ali-</p>	<p>AMM Códigos de ética Médica español</p> <p>Concepto de familia. Art. 4° de la Constitución Mexicana</p> <p>Concepto de familia como elemento natural. Programas de atención materno infantil</p> <p>Derecho a la objeción de conciencia</p> <p>Concepto de Seguridad Social Principio de Subsidiariedad Principio de Solidaridad Principio de justicia</p> <p>Derecho a la salud</p>
---	---

<p>mentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a seguridad en caso de desempleo, enfermedades, discapacidad, viudez, vejez u otros casos de pérdida de su medios de subsistencia por circunstancias ajenas a su voluntad.</p> <p>25.2 La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social.</p> <p>— Artículo 26. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.</p>	<p>Programas de atención materno infantil Principio de respeto a la vida Protección embrionaria</p> <p>Programas de Educación para la Salud Concepto de Trascendencia Humana</p>
---	---

Dos marcos importantísimos se han logrado en estos últimos años, a nivel internacional, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO 2005⁴ que utiliza en forma equivalente el término ser humano y persona en todo su contenido y que avala así esta conformidad de términos.

Aunque no es tema de este artículo, esta Declaración de la UNESCO es en toda forma un punto clave para la defensa del ser humano desde su concepción hasta su muerte, ya que al hacer equivalentes estos términos amplía y define la interpretación de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

A nivel nacional mexicano, otro avance sobresaliente se encuentra en la inclusión de la Declaración Universal de Derechos Humanos en la Carta Magna mexicana, la Constitución de la Estados Unidos Mexicanos. El 9 de junio de 2011, el Ejecutivo mexicano firmó el Decreto de Reforma Constitucional en Materia de Dere-

chos Humanos que modifica el Capítulo 1 del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Decreto se publicó el 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación con lo que la Carta Magna queda de la siguiente manera:

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

De ninguna forma los principios y fundamentos bioéticos se agotan en estas declaraciones, pero es de señalar la correlación de la protección que ambas comparten. Desde la perspectiva jurídica, al realizar estos textos, se avalan argumentos bioéticos esenciales, y de igual forma, pueden avalarse principios y fundamentos bioéticos desde la interpretación de estas declaraciones, laicas, plurales y universales. En suma, parece no haber duda de que en el mundo moderno el derecho a la salud se encuentra reconocido como un derecho humano básico; como reitera la Constitución de la OMS: "el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica y social". En el sistema de la OMS, y de acuerdo con las concepciones médicas y de salud pública modernas, la "salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Más aún, no hay estado en el mundo que no acepte al menos alguna responsabilidad en cuanto a la salud de su pueblo. En la práctica se reconoce a través de la adhesión hecha al ratificar la Constitución de la OMS, que "los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual solo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas".

El fundamento filosófico que anima a estas declaraciones es el reconocimiento y respeto a la dignidad intrínseca de la persona, principio base del actuar médico y del ejercicio de la medicina basado en el Principio de Beneficencia.

Referencias bibliográficas

¹ Organización de las Naciones Unidas (ONU). Declaración Universal de los Derechos Humanos. ONU 1948. Consultado junio 2012. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

² Cfr. Organización de Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura (UNESCO) Consultada junio 2012. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180s.pdf>

³ UNESCO. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Consultado junio 2012. . <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180s.pdf>

⁴ Cfr. [http://www.cmdpdh.org/index.php?option=com_content&view=category&layout=](http://www.cmdpdh.org/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=47&Itemid=187&lang=es&limitstart=30)

[blog&id=47&Itemid=187&lang=es&limitstart=30](http://www.cmdpdh.org/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=47&Itemid=187&lang=es&limitstart=30)

¿Cómo concibe la Real Asociación Médica Holandesa el rol del médico en la interrupción de la vida por petición?

Willem J. Eijk*

Resumen

En 2011 la Real Asociación Médica Holandesa ha publicado un reporte sobre el rol del médico en la interrupción de la vida por petición. En este reporte la Asociación observa que los médicos holandeses tienen una interpretación demasiado restrictiva de la ley sobre la eutanasia y les incita a hacer uso de todo el espacio que ofrece esta ley. Una condición puesta por la ley a fin de que un médico que ha realizado la eutanasia o ha asistido a un suicidio no sea perseguible penalmente, es que el sufrimiento del paciente implicado carezca de perspectivas de mejoramiento y sea insoportable. Según la Asociación el sufrimiento puede ser calificado como tal incluso si es causado por una acumulación de afecciones de la vejez y una combinación de factores que, tomados en sí, no son fatales y constituyen una amenaza a la vida. Al contrario de un proyecto de ley del grupo de iniciativa Uit Vrije Wil (2010), que sostiene que una persona que considera su vida como llegada a cumplimiento, luego de haber alcanzado la edad de sesenta años, aún sin sufrir una enfermedad somática o psíquica, puede recibir medios para suicidarse, la Asociación man-

* Arzobispo de Utrecht (Holanda); presidente de la Conferencia Episcopal Holandesa para las cuestiones ético-médicas (E-mail: aartsbisschops@aartsbissdom.nl).

Título original: *Come concepisce l'Associazione Medica Reale Olandese il ruolo del medico nell'interruzione della vita su richiesta?* Artículo publicado en la Revista Medicina e Morale, 2011/6 páginas 973-991.

tiene firme el punto de que para clasificar el sufrimiento como carente de perspectivas de mejoramiento e insoportable, debe existir en cada caso un problema médico. La Asociación sugiere que un médico que no acoge una petición de eutanasia tiene una obligación, no jurídica sino moral, de dirigir al paciente hacia otro médico, quizá dispuesto a acoger la solicitud. Además, según la Asociación, está permitido al médico que no acepta semejante solicitud, mencionar al paciente la posibilidad de suspender por propia cuenta la alimentación e hidratación con la finalidad de apresurar el fin de la vida. El artículo presente es una discusión crítica del reporte de la Asociación en base a la idea de que no es lícito al médico realizar la eutanasia y de dar asistencia al suicidio.

Summary

How does the Royal Dutch Medical Association understand the role of the physician in terminating life at request?

In 2011 the Royal Dutch Medical Association published a report on the role of the physician in terminating life at request. In this report the Association notes that Dutch physicians interpret the Dutch Law on euthanasia in a too restrictive way and urges them to use the entire scope of the Law. One of the conditions laid down by the Law in order that the physician, having performed euthanasia or assisted in suicide, will not be prosecuted, is that the suffering of the patient is hopeless and unsupportable. According to the Association suffering can be qualified as such, also if caused by an accumulation of geriatric complaints and a combination of factors which in themselves are not fatal or life threatening. In contrast, with the bill of the initiative group Uit Vrije Wil (2010), which implies that a person, considering his life as completed, after having reached the age of seventy years, though not suffering from a somatic or psychic disease, may receive means for terminating his life, the Association holds that for classifying suffering as hopeless and insupportable in any case a medical cause is required. The Association suggests that a physician who does not comply with a request of euthanasia, has an obligation, not juridical but moral, to refer the patient to another physician, ready to comply with the request. Moreover, it is permitted according to the Association for a physician who is not willing to

agree to a request, to indicate the patient at the possibility of suspending to eat and to drink in order to hasten the end of life. The present article is a critical discussion on the report of the Association from the point of view that it is not allowed for a physician to perform euthanasia or to assist in suicide.

Palabras clave: eutanasia, suicidio asistido, suspensión de alimentación e hidratación.

Keywords: euthanasia, medically assisted suicide, withdrawal of nutrition and hydration.

En Holanda hace diez años ha sido aceptada la "Ley sobre el control de la interrupción de la vida por petición y de la asistencia al suicidio" (la Ley sobre la eutanasia).¹ La eutanasia y la asistencia al suicidio permanecen prohibidas. No obstante según la Ley sobre la eutanasia, el médico que pone término a la vida de un paciente por petición explícita suya o le procura los medios con la finalidad explícita de interrumpir su vida, no es perseguido por la ley, se han cumplido los criterios requeridos, como menciona el artículo 2 de la Ley sobre la Eutanasia.² El médico está obligado a indicar los casos en los cuales ha realizado la eutanasia u ofrecido asistencia al suicidio, ante una de las Comisiones Regionales de Verificación.³ Cuando la comisión encargada llega a la conclusión de que el médico se ha ceñido a las exigencias de los criterios requeridos, no será perseguido penalmente. Una de estas exigencias implica que el médico esté convencido de que el sufrimiento del paciente no tenga perspectivas y sea insoportable (Ley sobre el control de la interrupción de la vida por petición y sobre la asistencia al suicidio, art. 2, párrafo 1, b). El sufrimiento es considerado sin perspectivas, si no hay ya posibilidad de curar la enfermedad del paciente, de mejorar su condición, de eliminar o hacer soportable su sufrimiento. Valorar si el sufrimiento carezca de perspectivas requiere una competencia médica y pertenece, por tanto, primariamente a la res-

ponsabilidad del médico. Es el paciente el primero en indicar si el sufrimiento sea insoportable. Este es un dato subjetivo. Se puede dar el caso de que un enfermo considere una determinada condición insoportable, mientras no lo es necesariamente para otro en una situación semejante. Que el sufrimiento sea percibido por el paciente como insoportable no es el único factor que determina la decisión de practicar la eutanasia o de dar asistencia al suicidio. Es el médico quien debe estar convencido de que el sufrimiento es insoportable. El sufrimiento debe ser valorado insoportable también en relación a la valoración médico-profesional de la condición del paciente que debe carecer de perspectivas.

El 23 de julio de 2011 la Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG), La Real Asociación Médica Holandesa, ha definido su posición relativa a la eutanasia y a la asistencia al suicidio con el título *De rol van de arts bij het zelfgekozen levenseinde* (el rol del médico ante la decisión voluntaria de poner fin a la vida).⁴ La Real Asociación Médica Holandesa no mira a un cambio de la Ley sobre la Eutanasia, pero ya que es de la opinión de que los médicos interpreten esta ley en un modo demasiado restrictivo, les quiere informar sobre el espacio que deja la ley. Resulta que muchos médicos no están informados que también la demencia (incipiente), afecciones psiquiátricas crónicas y un acumularse de disturbios de la vejez pueden ser causa de sufrimientos sin perspectivas e insoportables; esto al interior del cuadro de la Ley sobre la Eutanasia, da espacio al médico para efectuar la eutanasia o ayudar en el suicidio. Además, en la toma de posición de la Real Asociación Médica Holandesa, se presta atención a aquello que el médico debe hacer, en caso de que no acogiese la petición de eutanasia: ¿tiene la obligación de dirigir el paciente a otro médico que esté dispuesto a practicar la eutanasia, continúa teniendo una obligación de tutela hacia el paciente que decide conscientemente suspender la alimentación y la hidratación y puede indicar al paciente esta posibilidad?

¿Qué espacio ofrece la Ley sobre la eutanasia?

La causa principal de la interpretación demasiado restrictiva de la Ley sobre la Eutanasia ha de encontrarse, según la Real Asociación Médica Holandesa, en la sentencia de la Corte de Casación en la causa Brongersma.⁵ Su médico lo había ayudado a suicidarse, porque sufría deterioro corporal y soledad y percibía inútil su vida. Además de algunos disturbios de la vejez, Brongersma no sufría, sin embargo, de una grave afección somática o psíquica. La Corte de Casación concluyó que el médico implicado no podía apelar a una causa de fuerza mayor en el sentido de una situación de emergencia.⁶ Una situación de emergencia es generada por un conflicto de deberes. En el caso de un paciente que sufre en manera insoportable sin tener perspectivas de curación —esta es la idea subyacente— el médico se encuentra frente a un dilema entre dos deberes: por una parte debe liberar al paciente de su sufrimiento considerado sin perspectivas de mejoramiento e insoportable, por otra parte debe tutelar y respetar lo más posible su vida. Una situación de emergencia se verifica cuando al médico no le queda ninguna otra posibilidad de mitigar adecuadamente el sufrimiento del paciente, sino con el poner fin a su vida. Un médico que, con éxito, apela a una situación de emergencia no ha actuado materialmente contra la ley, aunque formalmente ha hecho algo que es contrario a la ley. Por este motivo no le será infligida una pena. En el caso Brongersma, la Corte de Casación rechazó la apelación a la situación de emergencia motivando su decisión por el hecho de que el sufrimiento del paciente se debe fundar prevalentemente sobre una o más afecciones somáticas o psíquicas clasificables, a fin de que un médico pueda prestar asistencia al suicidio. Este no era el caso de Brongersma según el parecer de la Corte de Casación.

Esto no quita, sin embargo, que la Corte de Casación no excluyese la apelación a la situación de emergencia sólo porque no se pudiese indicar una evidente causa somática o psíquica. En otras pa-

labras: también aquí se puede tratar de sufrimiento sin perspectivas e insoportable.

En relación a la sentencia de la Corte de Casación, los médicos se volvieron cautos en efectuar la eutanasia o en prestar asistencia al suicidio. Mostraron esta reserva sobre todo en relación a pacientes que no estuviesen gravemente afectados por una enfermedad somática o que no se encontrasen en fase terminal. Desde su punto de vista, la Real Asociación Médica Holandesa hace notar a los médicos que no existe razón para actuar de tal manera. En primer lugar la sentencia de la Corte de Casación no da motivo, porque no excluye —como ha sido dicho— que se pueda tratar de un sufrimiento sin perspectivas de curación e insoportable, aún cuando un paciente no se encuentra en fase terminal o no hay evidentes afecciones somáticas o psíquicas. Además, resulta que las Comisiones Regionales de Verificación llegaron en diversas ocasiones a la conclusión de que la eutanasia había sido realizada cuidadosamente y se trataba, por tanto, de un sufrimiento sin perspectivas e insoportable, aunque sea causada por un acumularse de disturbios de la vejez y una combinación de factores que, considerados en sí, no eran fatales o constituían una amenaza a la vida, como por ejemplo, una combinación de artrosis de la espina dorsal, de osteoporosis, de estar postrado en cama y de dependencia de otros para los cuidados cotidianos, en el caso de una mujer de ochenta-noventa años, una combinación de ceguera como consecuencia de un glaucoma, sordera y perturbaciones de la espalda de un hombre de la misma edad.⁷ La Real Asociación Médica Holandesa constata, por tanto, "que el cuadro legal actual y la interpretación del concepto de sufrimiento es más amplio de cuanto muchos médicos piensen y apliquen hasta ahora".⁸

Por tanto no se puede concluir, según la posición de la Real Asociación Médica Holandesa, que se deba tratar de una enfermedad clasificable desde el punto de vista médico para poder establecer que el sufrimiento sea sin perspectivas e insoportable. Se puede concluir también en base a un aparecer incipiente de trastornos de la vejez, entre los cuales se debe tener en cuenta la fragilidad, la

pérdida de funciones, la soledad o la pérdida de autonomía.⁹ La Real Asociación Médica Holandesa considera que, para poder hablar de sufrimiento sin perspectivas e insoportable, se deba tener una base médica.

Al inicio de los años 90 del siglo pasado, Drion, miembro de la Corte de Casación, hizo la propuesta de poner a disposición de personas ancianas, a petición suya, por medio de un médico, fármacos con los cuales pudiesen poner fin a su vida en el momento que a ellos pareciese oportuno.¹⁰ Esta propuesta, como la sentencia Brongersma, dio motivo de discutir sobre la cuestión si, para efectuar la eutanasia o para prestar asistencia al suicidio, no se pudiesen tomar en consideración también aquellas personas que fuesen del parecer de que su vida hubiese "llegado a cumplimiento" (en holandés "voltooid"), sin que tuviesen una afección médica o psíquica. Ellos estarían –por así decir– "dispuestos con la vida" (en holandés *klaar met het leven*). Es afín el criterio de "sufrir a causa de la vida" que la Comisión Dijkhuis, instituida por la Real Asociación Médica Holandesa en 2004, prefería. Según la Comisión, se trata de esto cuando se tienen que ver con una situación en la cual las personas no experimentan ninguna calidad de vida o solamente una calidad de vida que sea imperfecta, en modo tal que pueda generar un deseo continuo de muerte, aunque no se esté en presencia de una afección somática o psíquica (determinante).¹¹ La Asociación holandesa para la Eutanasia Voluntaria utiliza el criterio de una "vida llegada a cumplimiento" como razón suficiente para (hacer) poner fin a la vida. Se trata de la "situación de personas que, frecuentemente ancianas y que, si bien no sufriendo desde el punto de vista médico de una enfermedad incurable que esté acompañada de un grave sufrimiento, han constatado que el valor de su vida está en tal modo disminuido de preferir la muerte que continuar viviendo".¹²

En 2010 el grupo de iniciativa *Uit Vrije Wil* (Por Propia Voluntad) publicó un proyecto de ley que implicaba que se excluye la condena a quien presta asistencia al morir, en el caso de suicidio, a

un holandés o a un súbdito de un estado miembro de la Unión Europea que haya cumplido sesenta años y haya realizado solicitud voluntaria, bien ponderada y duradera, de asistencia al morir, aún si no se trata de un sufrimiento sin perspectivas e insoportable¹³ (art. 2). La persona que presta asistencia al morir (art. 3), debe haber seguido una formación específica y estar en posesión de un reconocimiento oficial como tal, pero no debe ser de por sí un médico. También un psicólogo, un filósofo, un curador de alma o un enfermero pueden actuar como tales. Quien presta asistencia al morir debe estar ligado a una fundación instituida a propósito, la *Stichting Stervenshulp aan ouderen* (Fundación de Asistencia a Personas Ancianas al morir) (art. 4). Si este asistente provee la ayuda requerida, pide a un médico de la Fundación prescribir una receta de fármacos adecuados para efectuar el suicidio, que retira en cualquier farmacia y pone luego a disposición de quien pide asistencia.¹⁴

El punto de vista de fondo del grupo de tal iniciativa es que todo hombre tiene la libertad de "organizar su vida según su propio juicio y su propia preferencia y tomar las decisiones al respecto.

Esta libertad comprende también la última fase de la vida y las decisiones sobre el morir y sobre la muerte: nadie tiene la obligación de vivir".¹⁵

La autodeterminación no es un principio absoluto, según cuanto dice el grupo de iniciativa, porque aquel que pide la asistencia depende de otros para poder realizar el suicidio. De ellos se espera misericordia y solidaridad. Además, el grupo de iniciativa no parte de una dignidad universal de la cual gozan todos los hombres, prescindiendo de su condición, y exige el respeto incondicionado de la vida humana, sino de una dignidad personal, respecto a la cual el individuo en cuestión puede llegar a formarse el juicio de que ella se ha perdido. Si el interesado llega a esta conclusión, entonces tiene el derecho de poner fin a su vida.¹⁶

El proyecto de ley del grupo de iniciativa Por Propia Voluntad ha sido tratado dos veces en audiencia en la Cámara (Parlamento), el 16 de febrero y el 18 de mayo de 2011. La segunda audiencia

consistía en una serie de mesas redondas de la Comisión de la Cámara para la Seguridad y la Justicia y la de la Salud, el Bienestar y el Deporte con expertos y representantes de las organizaciones interesadas en el tema cuya mayor parte rechazó el proyecto de ley. Tampoco entre los médicos existe gran entusiasmo para actuar con el objetivo de poner fin a la vida porque haya "llegado a cumplimiento". De una encuesta realizada del 21 al 27 de julio de 2011 inclusive, del panel de opinión del programa televisivo Een Vandaag resultó que, de los 800 médicos de familia interrogados, sólo el 20.4% estaba dispuesto a hacerlo, pero el 64.5% no tenía la intención (el 15.1% no se había formado una idea).¹⁷

La Real Asociación Médica Holandesa considera, para todos los casos, el criterio de "una vida llegada a cumplimiento" no aplicable a partir de la perspectiva de la Ley sobre la Eutanasia. Según la Real Asociación Médica Holandesa, la valoración de si una vida ha llegado a cumplimiento corresponde solamente a la persona misma y no es de competencia específica del médico. Si a la base existe un problema médico, solamente él se puede formar un juicio en base a un examen específico, si se trata de un caso sin perspectivas y de una vida insoportable. Desde su punto de vista, la Real Asociación Médica Holandesa considera la expresión "sufrir a causa de la vida", acuñada por la Comisión Dijkhuis, "la más pertinente".¹⁸ La razón es que la medida con la cual se experimenta el sufrimiento no es establecida por la fuente del sufrimiento, sino es dada primariamente por cómo el paciente mismo considera su propio sufrimiento. Es tarea del médico examinar si el paciente experimenta una presión insoportable de sufrimiento y si su sufrimiento pueda ser calificado sin perspectivas. Como ya se ha dicho, la Real Asociación Médica Holandesa mantiene, sin embargo, –en contraposición a la Comisión Dijkhuis y al grupo de iniciativa Por Propia Voluntad– la posición que, solamente en base a un principio médico (en holandés *medische grondslag*), el sufrimiento puede ser calificado sin perspectivas e insoportable, aunque se agrega que en este caso

no se debe tratar de la fase terminal o de una enfermedad que conduce a la muerte.

Visto desde la perspectiva de los médicos que tienen objeciones de fondo

¿Cómo se debe considerar todo esto desde la perspectiva de un médico que tiene objeciones éticas de fondo contra la asistencia al suicidio y a la eutanasia? Las puede tener a partir de una convicción cristiana, según la cual Dios se reserva la disposición de la vida del hombre, creado a su imagen y semejanza. Esto implica que el hombre no tiene el derecho de disponer de la vida y de la muerte propia y del próximo. En esto tiene origen la norma absoluta (es decir sin concesiones) que no se debe poner fin a la propia vida y por tanto no realizar la eutanasia ni dar asistencia al suicidio. A nivel de los sentimientos se podía quizá tener la impresión de que si esta norma estuviese en conflicto con la norma de que se debe aminorar el sufrimiento en cuanto esto sea posible, pero no hay entre estas dos normas un conflicto objetivo. De otra manera se debería asumir una contradicción en el orden de la creación e incluso en el Creador.

Si bien, desde la perspectiva cristiana, el sufrimiento, si es soportado conscientemente en unión con Cristo, pueda tener un significado particular, el cristiano tiene la obligación de atenuar el sufrimiento según las posibilidades que tiene. Abrumados por el sufrimiento, los hombres pueden desesperarse y perder la confianza en Dios. Sin embargo, también a nivel práctico existe un conflicto entre esta norma y aquella de respetar la vida humana, porque hay grandes posibilidades de reducir el sufrimiento si no totalmente, al menos en proporciones soportables. En el combatir el dolor y otros síntomas, se puede correr el riesgo de acelerar el fin de la vida, como efecto colateral de los fármacos necesarios para esta finalidad, cuando no existen alternativas posibles para reducir el su-

frimiento a proporciones soportables.¹⁹ Eventualmente se puede disminuir o incluso suprimir completamente la conciencia, con la sedación paliativa a través de somníferos, si los dolores no pueden ya ser tratados de manera adecuada de otro modo, si bien esto implicará como efecto colateral la anticipación de la muerte. De esta manera no se puede quitar todo el sufrimiento, sino prevenir que tome proporciones insoportables.²⁰

Quien haya pasado el límite puesto por la concepción de que el hombre no tiene nunca el derecho de disponer de su vida o de su muerte, o de la de otro, debe establecer de nuevo, a cada paso, dónde se encuentre el límite: ¿Cuándo se puede aceptar poner fin a la vida y cuándo no se puede? Si se considera aceptable actuar con la finalidad de poner fin a la vida por medio de la eutanasia o de la asistencia al suicidio en el caso de una determinada enfermedad o condición médica o psíquica, se ha puesto inmediatamente ante la pregunta de si una enfermedad o condición con menos sufrimiento, pero quizá no con mucho menos sufrimiento, no justifique el actuar con la finalidad de poner fin a la vida. Este problema es todavía más reforzado por el hecho de que la insoportabilidad del sufrimiento es un dato subjetivo que al final depende de cómo el paciente experimenta la gravedad de su sufrimiento.

No frecuentemente se encuentra uno frente a reacciones nerviosas al descubrir que, si se abandonan determinados principios fundamentales, se cae en un "plano inclinado" (*slippery slope* pendiente resbalosa). Del punto de vista empírico existen, sin embargo, indicaciones claras de que se ha caído en el "plano inclinado" es este campo. Al inicio de los años 80 del siglo pasado, la eutanasia era aceptable sólo para pacientes que tenían una enfermedad somática incurable y que habrían muerto en un breve espacio de tiempo. Luego también la eutanasia y la asistencia al suicidio fuera de la fase terminal se volvieron temas abordables. El caso Chabot, en 1994, inició un debate sobre la asistencia al suicidio para pacientes afectados por una enfermedad psiquiátrica.²¹ Al inicio de los años 90, este intervenir sobre pacientes dementes fue puesto en el

orden del día de un documento de base de la Comisión que valora la acción que tiene la finalidad de poner fin a la vida, de la Real Asociación Médica Holandesa.²² Dentro del cuadro de la Ley sobre la Eutanasia, la eutanasia es posible también en pacientes afectados por una demencia incipiente o en personas con demencia, que han dejado por escrito su declaración anticipada con la solicitud de recibir la eutanasia. También el Protocolo de Groningen de 2004 creó una brecha definitiva dando la posibilidad de actuar con la finalidad de poner fin a la vida de neonatos discapacitados, o sea de intervenir sobre personas que no serían capaces de pedirlo.

La iniciativa Por Propia Voluntad ha creado una nueva brecha, en el sentido de que la asistencia por petición de intervenir para poner fin a la vida debería ser posible en personas ancianas que no tienen una enfermedad médica o psíquica y podría ser prestada también por otros que no sean médicos. La idea de base del grupo de ini e la libertad tenga un valor superior a la vida. Esto es también verdadero, pero la vida es un valor fundamental en relación a la libertad: sin la vida no existe libertad. El poner fin a la vida humana es, además, el poner término a la libertad humana.

Algunos argumentan, quizá, que el poner fin a la vida, y con ella a la libertad, es el culmen de la libertad, pero se puede dudar de esto por buenas razones. La libertad exterior, en el sentido de la posibilidad de poner fin a la vida sin la intervención de otros, de las autoridades y de la sociedad, se volverá mayor si el grupo de iniciativa Por Propia Voluntad queda contento. ¿Pero esto vale también para la libertad interior? La autonomía interior verdadera y propia es la fuerza interior que hace al hombre capaz de realizar libremente decisiones difíciles, sino éticamente buenas, sin que aquello le sea impuesto. Esto vale particularmente en el caso de la decisión de prolongar la vida. Esta fuerza interior es sin duda necesaria, cuando las personas experimentan en su propia carne los inconvenientes y los límites de la vejez. Estos últimos pueden arrojar sombras sobre la vida y producir en las personas sentimientos de depresión. Es comprensible que en tales circunstancias a las perso-

nas pueda surgir la idea de (hacer) poner fin a la vida. Pero entender algo no significa siempre que se apruebe.

Por lo demás, hay algo que objetar también a propósito del aumento de la libertad exterior. Si las personas de más de sesenta años tuviesen la posibilidad de abandonar la vida en un modo relativamente simple y esto se volviese una moda, no es irreal que se sientan presionadas a deber hacer uso, en consecuencia, de esta posibilidad. Quien se vuelve una especie de "concepto de egreso" ingente para la salud, vendría a sentirse casi culpable, si quisiera no obstante todo continuar viviendo.

Por varias razones no debemos dar a las personas la posibilidad de poner fin a la vida. Al contrario, debemos ayudar con todas las fuerzas a redescubrir el valor esencial de la vida. Si nuestro sistema de asistencia o nuestras estructuras de acogida para ancianos son insuficientes, es nuestra tarea mejorarlas y dar a ellos un rostro humano. El ofrecimiento en amplia escala de asistencia en el poner fin a la vida podría quitar el estímulo de dar una atención adecuada a los ancianos.

Ciertamente ahora que el envejecimiento está a la puerta, es bueno preguntarnos si nuestra atención no esté unilateralmente dirigida hacia personas jóvenes y sanas que producen y consumen y están, por lo tanto, interesadas económicamente. También los ancianos son seres vivientes. Y la mayor parte de nosotros se vuelve, hoy, bastante anciana. Los jóvenes y las personas de mediana edad harían bien en darse cuenta. La conclusión no puede ser, por tanto, que la propuesta de la iniciativa civil de Por Propia Voluntad es desatenta e infundada desde el punto de vista ético.

La Real Asociación Médica Holandesa se quiere atener, desde su punto de vista, a una base médica, es decir a una condición que puede ser calificada como una enfermedad o una combinación de enfermedades y disturbios, para poder hablar de sufrimiento sin perspectivas e insoportable, que es el fundamento para la eutanasia y para la asistencia al suicidio. Con ello no acepta el criterio de una vida "llegada a cumplimiento". Aspira, sin embargo, también desde

su punto de vista, a un ensanchamiento de las posibilidades para actuar por petición con el fin de poner fin a la vida, con su apelación a los médicos de aplicar la Ley sobre la Eutanasia en un modo menos restrictivo y de hacer uso de todo el espacio que esta ley ofrece, cuando se confrontan con peticiones de eutanasia y asistencia al suicidio. ¿Qué cosa podemos esperar del futuro? Existe inequívocamente una presión social para aumentar las posibilidades existentes para actuar con la finalidad de poner fin a la vida. La iniciativa civil *Por Propia Voluntad* recibió 116,871 testimonios de apoyo.²³ El 57.5% de los 800 médicos encuestados indicó sentirse puestos, quizá, bajo presión por parte de su familia para ejecutar la eutanasia.²⁴ En decenios pasados hemos podido observar que los criterios para la eutanasia y la asistencia al suicidio han sido ensanchados siempre más bajo la presión de la discusión social. No me asombraría, si con el pasar el tiempo también una vida considerada llegada a cumplimiento será vista como un motivo para actuar con la finalidad de poner fin a la vida, sin que esté presente una afección médica.

¿Qué debe hacer un médico, si no acoge una petición de eutanasia?

En su toma de posición respecto a la eutanasia, la Real Asociación Médica Holandesa no indica sólo cuál espacio ofrece la Ley sobre la Eutanasia, sino también el rol que el médico debe desempeñar, si no acoge una petición de eutanasia. Aquí surge la pregunta si el médico que rechaza acoger una petición de eutanasia o asistencia al suicidio tiene la obligación de mandar un paciente a otro médico y si puede comentar al paciente la posibilidad de suspender la alimentación y la hidratación.

En primer lugar la Real Asociación Médica Holandesa se detiene sobre la pregunta de si un médico que rechaza la petición de eu-

tanasia debe mandar al paciente a otro médico que esté dispuesto a acoger la petición. No existe, ciertamente, una obligación jurídica de mandar un paciente a otro médico, afirma la Real Asociación Médica Holandesa, sino "una responsabilidad médica y profesional de prestar asistencia oportuna al paciente en el encontrar un médico... que no tenga objeciones de fondo contra la eutanasia o la asistencia al suicidio".²⁵ Esto deja entender que la Real Asociación Médica Holandesa parte del punto de vista de que existe, incluso, una obligación moral de mandar a otro médico, aunque esta expresión no se encuentre como tal en el reporte.

La razón para rechazar la petición puede ser el hecho de que le médico no esté convencido de que el sufrimiento del paciente sea sin perspectivas e insoportable en el sentido de la Ley sobre la Eutanasia. Puede darse también que haya objeciones éticas de fondo contra la eutanasia, estando convencido que el hombre no tenga el derecho de disponer ni de su propia vida ni de la de los demás. Este punto de vista ¿deja espacio al médico interesado de mandar un paciente, del cual no acoge la petición de eutanasia, a un colega que esté dispuesto a efectuarla? Este enviar a otro colega ¿no es una forma de colaboración a una acción que considera inaceptable en base a principios de fondo?

Colaborar con un acto de otro contra el cual se tienen objeciones de fondo debe ser rechazado en principio, pero no se ha de excluir completamente, del punto de vista ético.²⁶ Las condiciones para aceptar la colaboración son que no esté de acuerdo con el acto del otro y que la colaboración no constituya una unidad física u operacional con su acto: inyectar el medio letal por parte de una enfermera en la venoclisis es parte, del punto de vista físico, de la acción mediante la cual el médico suprime la vida. De hecho, en este instante la intención de la enfermera no puede ser otra que la muerte del paciente. Debe existir una razón proporcionada bastante grave, por ejemplo que, rechazando colaborar, se pierda el puesto de trabajo. En esta valoración es necesario tener en cuenta también si se presta una forma lejana o próxima de colaboración. La

colaboración de una secretaria del médico en la forma de mandar una factura por la ejecución de la eutanasia es una forma de colaboración lejana que desde el punto de vista ético, en determinadas circunstancias, se puede defender; la cosa es diversa en el caso de una enfermera que prepara los medios necesarios para la eutanasia y presta, por tanto, una forma próxima de colaboración. Entre más la colaboración tiene un carácter de "proximidad", más difícil es legitimarse.

Si un médico no acoge una petición de eutanasia de su paciente y este persiste, la relación médico-paciente será puesta en práctica bajo presión. En esta situación es evidente que el paciente prefiera otro médico que no tenga objeciones de fondo contra la eutanasia. No se puede esperar de un médico con objeciones de fondo contra la eutanasia que se mueva a buscar un médico del cual sabe con certeza que está dispuesto a cumplirla. Sería para él una implicación demasiado estrecha en la eutanasia, incluso si es realizada por otro médico. En la práctica, en los Países Bajos, no será, por lo demás, difícil encontrar un médico que por principio esté dispuesto a realizar la eutanasia: solamente el 15% de todos los médicos en los Países Bajos la rechaza en todas las circunstancias.²⁷ Que el otro médico cumplirá, entonces, efectivamente la eutanasia, no es seguro al cien por ciento. No es todavía cierto que esté dispuesto a comenzar con un paciente que no conoce, un camino de eutanasia complejo y también para él gravoso. Además deberá verificar si se trata de un sufrimiento sin perspectivas e insostenible en el sentido de la Ley sobre la Eutanasia. Si llega a la conclusión que no es ese el caso, puede ser para él una razón para no efectuarla.

La transferencia del expediente del primer médico a un colega que asume el cuidado del paciente y no tiene objeciones de fondo contra el actuar con la finalidad de poner fin a la vida, es de algún modo una forma de colaboración a la eutanasia, pero en sentido muy distante, y no encuentra objeciones éticas insuperables. Además la transferencia cuidadosa del expediente del paciente a un colega que asume su cuidado pertenece a la normal tarea del médico. El médico que rechaza aplicar la eutanasia indicará en este caso que

el paciente busca la solución, por este motivo, con otro médico. En contraposición a cuanto es normal, es decir que pide a su colega realizar un examen específico o iniciar un tratamiento, el primer médico no pedirá explícitamente a su colega aceptar la petición de eutanasia que ha rechazado, él mismo, realizar por motivos de fondo.

La Real Asociación Médica Holandesa señala además otro problema que un médico puede encontrar, si no se trata de un sufrimiento sin perspectivas e insostenible y no se puede pasar a la eutanasia, según la Ley sobre la Eutanasia: el paciente puede decidir, entonces, tomar él la guía y suspender la alimentación y la hidratación dejando de comer y beber. Esto sucede, en Holanda, alrededor de 2,500 veces al año.²⁸ La Real Asociación Médica Holandesa parte del punto de vista de que el médico puede tomar la iniciativa: "Está permitido también al médico mencionar al paciente la posibilidad de suspender por su cuenta el comer y beber, si el paciente no habla de ello. El médico no tiene, sin embargo, la obligación, porque no está convencido, de que se trate de un sufrimiento insostenible y sin perspectivas".²⁹

De por sí, la alimentación y la hidratación son medios proporcionados para conservar la vida. Un medio es proporcionado si la posibilidad de conservar la vida y la curación, por una parte, y las complicaciones, los efectos colaterales y la calidad de vida luego de la terapia, por otra, están en una mutua relación proporcional.³⁰ La aplicación de los medios proporcionales es moralmente obligatoria. Cesar la aplicación de medios proporcionados con la consecuencia de que el paciente muera es éticamente igual a poner fin a la vida. ¿Qué cosa debe hacer, entonces, el médico que tiene objeciones de fondo? Si el paciente es capaz de entender y de querer, el médico debe respetar su decisión de dejar de comer o de beber o de no tomar ya fármacos, con la consecuencia de que muere, si bien no estando de acuerdo. El médico no puede obligar a su paciente a tomar alimento o líquido o a realizar una terapia.³¹ La Real Asociación Médica Holandesa es del parecer que la obligación de tratamiento del médico queda, concretamente en la obligación de

prestar la terapia paliativa, aunque no esté de acuerdo con la decisión del paciente de suspender la alimentación y la hidratación. Es posible aducir razones, pero se pueden verificar situaciones difíciles en las cuales el médico viene a estar en conflicto con la propia conciencia. Según la Real Asociación Médica Holandesa el médico está obligado a dar, lo más posible, informaciones sobre las ventajas y las desventajas ligadas a la suspensión del comer y beber. En este caso no es teórico, que el médico, dando informaciones y avisos, venga a resultar implicado en el proceso de suspensión de la alimentación y de la hidratación y en las decisiones a emprender a propósito. Esto lo puede poner gradualmente y quizá sin que se dé cuenta, en conflicto con sus propias convicciones. En ningún caso presentará al paciente la posibilidad de suspender la alimentación y la hidratación, porque, desde el punto de vista ético, es igual a poner fin a la vida.

Conclusión

En breve, la toma de posición de la Real Asociación Médica Holandesa respecto a la eutanasia contiene algunas conclusiones y recomendaciones que pueden suscitar cuestionamientos y problemas para los médicos con objeciones contra la eutanasia y la asistencia al suicidio. Dar siempre más espacio a los criterios para efectuar la eutanasia o para prestar la asistencia al suicidio sin consecuencias penales no hace las cosas más fáciles para un médico que tiene objeciones de fondo contra la eutanasia. También las opiniones de la Real Asociación Médica Holandesa respecto a aquello que el médico que rechaza la colaboración a la eutanasia o al suicidio debe o puede hacer en base a objeciones de fondo, lo pueden poner en una situación difícil. La posición de la Real Asociación Médica Holandesa, que representa más de 53,000 médicos (casi todos los médicos holandeses) y estudiantes de medicina, tiene gran posibilidad de volverse la línea de conducta general para todos los médicos en

los Países Bajos. Por tanto el punto de vista de la Real Asociación Médica Holandesa no puede quedar sin réplica.

Referencias bibliográficas

¹ "Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding" (WtL, Ley sobre el control de la interrupción de la vida por petición y de la asistencia al suicidio). 12 de abril de 2001. Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden (Diario Oficial del Reino de los Países Bajos) (2001), n. 194.

² Cfr.: Wetboek van Strafrecht (Código penal), art. 293.

³ "Wet op de lijkbezorging" (Ley sobre la entrega de cadáveres). Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden 1991; 133, art. 7, 2 y 10.

⁴ De rol van de arts bij het zelfgekozen levenseinde. Standpunt van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (el rol de medico ante la elección voluntaria de poner fin a la vida. Toma de posición de la Real Asociación Médica Holandesa), establecida por el Gobierno Federal y entrada en vigor el 23 de junio de 2011 (acceso en: <http://www.knmg.nl/zelfgekozen-leven-seinde>).

⁵ Hoge Raad (Corte de Casación), 24 de diciembre de 2002, Landelijk Jurisprudentie Nummer (LJN, Número de Jurisprudencia Nacional): AE8772.

⁶ Wetboek van Strafrecht, art. 40.

⁷ Regionale Toetsingscommissies Euthanasie, Jaarverslag (Comisiones regionales de Verificación de Eutanasia, Reporte anual) 2009, pp. 20-23.

⁸ De rol van de arts bij ..., p. 23.

⁹ Ibid., p. 22.

¹⁰ Drion H. Het selfgewilde einde van oudere mensen (La interrupción voluntaria de la vida de personas ancianas). NRC/Handelsblad 1991:8.

¹¹ Comisión Dijkhuius. Op zoek naar normen voor het handelen van artsen bij vragen om hulp bij levensbeëindiging in geval van lijden aan het leven (En búsqueda de normas para el comportamiento de médicos frente a solicitudes de asistencia en el poner fin a la vida en el caso de sufrimiento a causa de la vida). Utrecht; 2004, especialmente p. 15.

¹² Peeters M. Onderzoek naar (hulp bij) zelfdoding op basis van voltooid leven en verzorginstehuizen (Investigación concerniente (a la asistencia) al suicidio en base a una "vida llegada a cumplimiento" en casas de reposo). NVVE, Asociación Holandesa de la interrupción voluntaria de la vida; 2010: 4.

¹³ SUTORIUS E, PETERS J, DANIËLS S. "Proeve van een wet" (Proyecto de ley) en PETERS J, SUTORIUS E. Uit Vrije Wil. Waardig sterven op hoge leeftijd (Por Propia Voluntad. Morir dignamente a edad avanzada). Amsterdam: Boom; 2011: 45-83.

¹⁴ Cfr.: Memorie van Toelichting (Aclaraciones al proyecto de ley). Ibid., pp. 72-76.

¹⁵ Ibid., p. 63.

¹⁶ Ibid., pp. 63-66.

¹⁷ Een Vandaag Opiniepanel "Huisartsen over Euthanasie" (Médicos de familia sobre la Eutanasia). p. 10 (acceso en: <http://opinie.eenvandaag.nl/uploads/doc/huisartsen-euthanasie.pdf>).

¹⁸ De rol van de arts..., p. 15.

¹⁹ Pio XII. Ai partecipanti alla prima Assemblea generale del "Colloquium Internationale Neuro-Psycho-Pharmacologicum" (09.11.1958). AAS 50 (1958): 687-696, particularmente 694-695; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE. Dichiarazione sull'eutanasia (05.05.1980). AAS 72 (1980): 542-552, particularmente p. 548.

²⁰ PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER GLI OPERATORI SANITARI. Carta degli Operatori Sanitari. N. 124.

²¹ Hoge Raad, 21 de junio de 1994. Nederlandse Jurisprudentie (Jurisprudencia holandesa) 1994; 656.

²² COMMISSIE AANVAARDBAARHEID LEVENSBEEÏNDIGEND HANDELEN VAN DE KONINKLIJKE NEDERLANDSCHE MAATSCHAPPIJ TOT BEVORDERING DER GENEESKUNST (COMISIÓN DE VALORACIÓN DE INTERVENCIONES CON LA FINALIDAD DE PONER FIN A LA VIDA DE LA REAL ASOCIACIÓN MÉDICA HOLANDESA). Discussienota inzake levensbeëindigend handelen bij wilsonbekwame patiënten. Deel III: Ernsting demente patiënten (Documento de base respecto de las intervenciones con la finalidad de poner fin a la vida de pacientes incapaces de entender y de querer. Parte III: Pacientes gravemente dementes). Utrecht; 1993: 40-50.

²³ VAN BAARLE Y. Het burgerinitiatief Voltooid Leven (La iniciativa civil de Vida Llegada a Cumplimiento) en Uit Vrije Wil..., p. 12.

²⁴ Een Vandaag..., p. 5.

²⁵ De rol van de arts..., p. 33.

²⁶ Ver para el principio de colaboración con un acto moralmente inaceptable: EIJK WJ, HENDRIKS LJM, RAYMAKERS JA (red). Handboek katholieke medische etiek (Manual de ética médica católica). Almere: Parthenon; 2010: 85-90.

²⁷ ONWUTEAKA-PHILIPSEN BD, GEVERS JKM. Evaluatie Wet Toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Valoración de la Ley sobre el control de la interrupción de la vida por petición y de la asistencia al suicidio). Den Haag; ZonMw; 2007: 99. El 14% del total de los médicos dijo, en 2005, no practicar nunca la eutanasia o asistir al suicidio, sino de mandar al paciente a otro médico, mientras el 1% agrega, además, no mandar nunca al paciente a otro médico.

²⁸ De rol van de arts..., p. 34.

²⁹ Ibid., p. 35.

³⁰ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE. Dichiarazione ..., pp. 549-551.

³¹ PIO XII. Ai membri dell'Istituto Italiano di Genetica "Gregorio Mendel", sulla rianimazione e respirazione artificiale (24.11.1957). Aas 49 (1957): 1027-1033, especialmente p. 1031.

Información y comunicación en caso de enfermedades con pronóstico serio o grave: consideraciones éticas y médico-legales

*Paola Delbon**, *Adelaide Conti***, *Massimo Galdolini****

Resumen

Comunicar "malas noticias" a los pacientes representa una tarea no fácil: indudablemente las modalidades y el contexto en el cual tales noticias son comunicadas tienen importantes implicaciones tanto para el médico como para el destinatario de las informaciones, o bien asegurar un contexto adecuado (ambiente confortable y reservado, disponibilidad de tiempo) para permitir al paciente y a los familiares formular preguntas o expresar emociones y miedos; la posibilidad de que un amigo o un familiar del paciente esté presente, para asegurarle apoyo y la sensación de no estar solo en la gestión de tal situación; una buena comunicación médico-paciente-familiares. En particular, la comunicación de las malas noticias debería suceder en manera tal que el paciente y los familiares comprendan la situación, incluso para poder participar en el proceso decisonal, pero en modo tal de no agravar el malestar derivado de la naturaleza de las noticias mismas.

* Investigadora en Medicina Legal y de los Seguros,

** Profesora Asociada de Medicina Legal del Centro de Estudios y de Investigación de Bioética de la Universidad de los Estudios de Brescia. (con la contribución de la Fundación Poliambulancia) - Cátedra de Medicina Legal;

*** Especialista en Neurocirugía, Neurología y Psiquiatría, Director del Departamento de Neurociencias y Titular U. O. Neurocirugía - Fundación Poliambulancia, Brescia; (E-mail: paola.delbon@med.unibs.it).

Título original: Informazione e comunicazione in caso di patologia con prognosi grave o infausta: considerazioni etiche e medico-legali. Artículo publicado en la Revista Medicina e Morale, 2011/2 páginas 281-294.

Summary

Information and communication in case of disease with serious or poor prognosis: ethical and medico-legal aspects.

Breaking bad news to patients can be a difficult task: certainly how the news are conveyed and the circumstances surrounding the receipt of the news have implication for the giver and the receiver, i.e. to assure an appropriate setting (comfortable and quiet location, sufficient time) to allow for the patient and the family members to ask questions or express emotions and fears; the possibility for a patient's friend or relative to be present –to provide the patient with a sense of support and belief that he/she does not have to deal with the crisis alone–; a good communication between physician and patient/family. In particular, breaking news process must ensure that the patient or family comprehend the news –to understand the situation and participate in decision-making process– but in ways that not exacerbate the discomfort associated with the news itself.

Palabras clave: malas noticias, información, comunicación.

Key words: bad news, information, communication.

Información y comunicación constituyen un aspecto fundamental de la relación médico-paciente. Indudablemente, el "dar malas noticias" al paciente es una tarea con implicaciones complejas y delicadas: por otra parte, "el dar malas noticias no es un aspecto accidental de las habilidades específicas del profesionalista, sino es un componente irrenunciable de sus capacidades".¹

Mala noticia puede ser definida "cualquier noticia que altera en modo drástico y negativo la imagen que el o la paciente tiene de su propio futuro".²

La información y la comunicación en caso de enfermedades con pronóstico serio o grave resultan complejas incluso a la luz del probable impacto psicológico negativo sobre el paciente o de las

posibles repercusiones sobre la vida personal, familiar y social del mismo: "el médico de hecho en estas situaciones se encuentra frente a dos exigencias contrastantes: por un lado el deber, legal y moral, de informar a su propio paciente, que tiene el derecho de conocer, por su propio beneficio, lo que se refiere a su salud; por otro lado el deber deontológico fundamental de su propia profesión, que es el de no causar daño al paciente (*primum non nocere*) (lo primero es no causar daño) siendo tarea del médico defender la integridad física y psíquica del hombre".³

La enfermedad es vivida por el paciente "como un atentado" no sólo a su propio cuerpo, sino también a su propia identidad psicofísica, por la cual se vuelve normal reaccionar al evento nocivo con una "crisis psico-social". El diagnóstico de la enfermedad y los diversos tratamientos a los cuales frecuentemente nos debemos someter, han de considerarse en el adulto como eventos traumáticos".⁴

El síntoma y la enfermedad, por otra parte, "no se limitan para el paciente al fenómeno biológico descrito por el diagnóstico clínico sino constituyen un problema infinitamente más complejo, que implica aspectos cognitivos, emotivos, relacionales, proyectuales. La enfermedad como proceso biológico está dentro de él y lo transforma precisamente en un enfermo; la enfermedad como problema complejo está en cambio fuera de él y envuelve, como mancha de aceite, todo su mundo, toda su realidad".⁵

En tal contexto un aspecto fundamental del coloquio médico-paciente está indudablemente representado por las reacciones emotivas del paciente frente a las malas noticias: incredulidad, shock, negación, alejamiento, miedo y ansia, rabia y acusación, culpa, esperanza, desesperación y depresión, hiper-dependencia, llanto y lágrimas, alivio, amenazas, ironía, etcétera.⁶

Esto no excluye sin embargo la necesidad de garantizar al paciente el ejercicio de la autodeterminación o bien la posibilidad de realizar decisiones libres y conscientes respecto al propio estado de salud y no sólo esto, salvo la voluntad contraria del interesado.

La tutela de tal derecho, garantizada por las normas del ordenamiento jurídico, del Código de deontología médica y de los códigos deontológicos de las profesiones sanitarias, es un elemento fundamental para la instauración de la así llamada "alianza terapéutica" o bien la constitución de una relación de confianza entre médico y paciente y para favorecer la colaboración del paciente mismo así como su adaptación a la enfermedad, además de ser indispensable para el ejercicio de la autonomía decisional del interesado en relación a sus propias condiciones de salud y a la propia vida personal, familiar y social.

También el DPCM del 19 de mayo de 1995 (Esquema general de referencia de la "Carta de los servicios públicos sanitarios") en el Elenco de los derechos contenidos en las "Cartas proclamadas a nivel local" contempla el derecho del paciente "a tener previamente informaciones correctas, claras y exhaustivas sobre el diagnóstico, sobre el tratamiento de su propia enfermedad, sobre la duración y sobre las posibles molestias, disgustos y peligros conexos".

El art. 33 (Información al ciudadano) del Código de deontología médica, aprobado por la Federación Nacional de los Órdenes de los Médicos Cirujanos y de los Odontólogos con fecha 16 de diciembre de 2006 y entrado en vigor en marzo de 2007, prescribe que "El médico debe proveer al paciente la más idónea información sobre el diagnóstico, sobre el pronóstico, sobre las expectativas y las eventuales alternativas diagnóstico terapéuticas y sobre las previsibles consecuencias de las decisiones actuadas.

El médico deberá comunicarse con el sujeto teniendo en cuenta su capacidad de comprensión, con el fin de promover su máxima participación en las decisiones y la adhesión a las propuestas diagnóstico-terapéuticas.

Toda ulterior solicitud de información, por parte, del paciente debe ser satisfecha (...)"

La falta de información por otra parte "pone un grave problema cuando, como frecuentemente sucede, el paciente deba ser sometido a procedimientos diagnóstico-terapéuticos riesgosos (interven-

ciones quirúrgicas demoledoras, terapia antiblástica o radiante etc.). Tales procedimientos resultarían difícilmente justificables frente al paciente a no ser con motivo de la gravedad de sus condiciones; y es precisamente en estos casos que el paciente tiene la máxima necesidad de poder decidir si afrontar tales riesgos en vista de un eventual aumento de sus probabilidades de supervivencia o esto contraste con sus expectativas en relación del período de supervivencia que le resta".⁷

El ofrecimiento de una información completa y sincera es por tanto presupuesto fundamental "para favorecer en el enfermo aquella confianza hacia el médico que previene el nacimiento de peligrosas resistencias a las decisiones incluso difíciles del profesional sanitario".⁸

Si es indiscutible el derecho del paciente a ser informado, el interesado podría incluso preferir no ser puesto en conocimiento de sus propias condiciones de salud. Así, la persona podría individualizar otro sujeto, por ejemplo un miembro de la familia, como destinatario de las informaciones que a él se refieren: también en tal caso la voluntad del interesado debe ser respetada.

El art. 33 (Información al ciudadano) última punto del Código de deontología médica reconoce que "La documentada voluntad de la persona asistida de no ser informada o de delegar a otro sujeto la información, debe ser respetada".

El paciente, cuando prefiera no ser informado, se vuelve titular de "un verdadero y propio derecho a permanecer en la obscuridad", a tal punto que "cuando su entender fuese desatendido, la perturbación eventualmente sufrida (...) no podrá sino volverse contra el médico, reo de haber traicionado los deseos del sufriente".⁹

El art. 10 (Vida privada y derecho a la información) punto 2 de la "Convención para la protección de los derechos del hombre y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina" conocida como "Convención sobre los derechos del hombre y la biomedicina", aprobada por el Consejo de Europa en Strasburgo en 1996 y abierta a la firma de los Estados miem-

bros en Oviedo en 1997, luego de haber afirmado que "Toda persona tiene el derecho de conocer toda información obtenida de su propia salud" establece que "No obstante, la libertad de una persona de no ser informada debe ser respetada".

Por lo demás, la voluntad de no saber deriva de la percepción personal de todo individuo, que es evidentemente el mejor intérprete de su propio interés.¹⁰

La comunicación al paciente de "malas noticias" puede tener, por lo demás, "un grave impacto y, quizá, devastante en la perspectiva de vida o al menos en su calidad" además de implicar "cambios y nuevos equilibrios en la vida de los pacientes y de sus familias".¹¹

La tradición médica ha individualizado una categoría, el "privilegio terapéutico" que permitiría al médico, titular del deber de tutelar la vida y la salud del paciente, de decidir si, y dentro cuáles límites informar al paciente: tal particularidad sucedería cuando "el médico en su valoración global de la relación riesgo/beneficio, percibiese como una objetiva y concreta posibilidad el riesgo de que la información provista pueda dañar al paciente, más que acarrearle un beneficio"; el riesgo implicado en la particularidad examinada es evidentemente "el de un abuso del privilegio terapéutico para sobrepasar la autoridad decisional del paciente haciendo caer el proceso asistencial dentro de los límites del paternalismo".¹²

Por otra parte, la garantía de la autonomía y al mismo tiempo la promoción del bien del paciente, deber fundamental del médico, resultan asegurados en la consideración de que "el deber de decir la verdad no coincide sólo con el deber de informar; esto podría suceder en modos y tiempos de tal manera directos o brutales como para constituir un daño efectivo infringido a un individuo sufriente. La veracidad no puede por tanto estar separada del compartir la verdad comunicada; no se trata sólo de transferir una información sino de comunicar al mismo tiempo la disponibilidad para cuidar al otro y la esperanza de poder combatir eficazmente la enfermedad": "el deber de decir la verdad no equivale al derecho de traumatizar a los pacientes a través de una comunicación fría, completa y ágil;

equivale en cambio al deber de llevar al paciente en los modos y en los tiempos sugeridos por las condiciones particulares de cada uno, a conocer las propias condiciones para poder participar, con el médico y con los propios parientes, en los procesos decisionales que lo implican, sobre todo en las fases conclusivas de la su vida".¹³

En ese ámbito particular, asumen por tanto primaria importancia precisamente las modalidades de ofrecimiento de la información.

En términos generales, el Comité Nacional para la Bioética¹⁴ ha individualizado tres posibles estándares para el ofrecimiento de informaciones sanitarias: el estándar profesional, según el cual "es necesario decir aquello que la comunidad científica considera esencial en el estado actual de sus conocimientos (con la ventaja de la exactitud científica, pero con la impracticabilidad de una comunicación generalmente incomprensible para el hombre común...)"; el estándar medio, que "impone decir cuánto una persona razonable, considerada como intermedia al interior de una comunidad, querría saber y podría comprender del procedimiento médico que la afectará (con ventaja del nivel divulgativo de la exposición, pero con las ambigüedades ligadas a las nociones de razonable y medio)"; el estándar subjetivo, según el cual "debe decirse aquello que determinado paciente, aquí y ahora, quiere y puede comprender, o aquello que se considera mayormente significativo para él (con la ventaja de una especificidad relacional pero con el riesgo de una deformación paternalista, por parte del médico, de los contenidos informativos)".

La "personalización" del proceso de comunicación se vuelve indudablemente indispensable considerando que "todo individuo entra en contacto con los diversos aspectos de la enfermedad en modo del todo personal y con un diferente grado de consciencia. Comunicar malas noticias representa un proceso que parte de la capacidad del enfermo de descubrir, aceptar, comprender y elaborar la enfermedad";¹⁵ además "cada uno de nosotros tiene dentro de sí una imagen de las enfermedades de las cuales ha oído hablar,

de las cuales tiene experiencia directa e indirecta, imagen en la cual conviven nociones científicas y convicciones irracionales".¹⁶

La comunicación del diagnóstico al paciente "no es un acto único sino un evento que se desarrolla progresivamente en el tiempo", y que no puede prescindir de la consideración de las variables del caso en examen: "el equilibrio psicológico, la edad, el grado de cultura, la estabilidad de las relaciones familiares, el estado de la enfermedad, el tipo de tratamiento al cual será sometido. La situación psicológica del paciente será diversa al momento de los primeros exámenes de diagnóstico, de una recaída en la enfermedad o de una neoplasia en fase terminal. Tener en cuenta la edad del paciente quiere decir valorar el impacto que puede tener sobre una persona anciana la comunicación del diagnóstico de una enfermedad asociada comúnmente a la muerte, cuando la vejez es vivida como cercanía a la muerte".¹⁷

La necesidad y la oportunidad de comunicar la verdad al enfermo no excluyen "la necesidad de adoptar toda cautela y eventuales excepciones que pueden basarse en situaciones particulares".¹⁸

En relación a la comunicación de informaciones relativas a patologías con pronóstico grave o infausto, el Comité Nacional para la Bioética¹⁹ indica la necesidad de ser "precisos pero usando —en tales casos— una terminología "no traumatizante" (prefiriendo por ejemplo términos como "neoplasia" o "patología tumoral", "atipias celulares", más bien que "cáncer", "tumor maligno" y así sucesivamente, y añadir que la histología puede variar, en el caso de neoplasia, entre formas de muy alta malignidad y otras al límite entre benigno y maligno)".

También el Código de deontología médica contiene una importante referencia a la comunicación de informaciones relativas a enfermedades con pronóstico serio o grave: el art. 33 (Información al ciudadano) establece que "...Las informaciones relativas a pronóstico grave o serio o en modo de poder procurar preocupaciones y sufrimiento a la persona, deben ser entregadas con prudencia,

usando terminologías no traumatizantes y sin excluir elementos de esperanza".

Por lo demás, "comunicar con excesiva crudeza la gravedad de una situación clínica puede causar sentimientos de ansia, angustia y depresión en el enfermo, y es también tarea del médico aquello de no comprometer el equilibrio psicológico del paciente, el que, además de ser un derecho suyo tutelado por la ley, es un factor fundamental, capaz de incidir positivamente en el curso de la enfermedad".²⁰

El deber de ofrecer al paciente una información completa y verídica debe por tanto cumplirse manteniendo tacto y sensibilidad en el ofrecimiento de la información misma: "si es justo, por un lado, aportar todas las informaciones que se poseen, es un deber igualmente vinculante el de exponer la verdad logrando que el paciente no sufra un efecto traumatizante (...)".²¹ Parece fundamental sobre todo el contexto espacio-temporal dentro del cual comunicar al paciente las informaciones relativas a su condición, también con el fin de reducir toda posible forma de inquietud así como crear los presupuestos para una comunicación eficaz, por ejemplo conduciendo el coloquio en un lugar apartado, confortable, sin riesgo de interrupciones, en el respeto de los tiempos necesarios con el fin de una comunicación eficaz, eventualmente en presencia de un familiar o de una persona cercana, según las preferencias del interesado: por lo demás: "durante una conversación realizada en un corredor muy concurrido o en una habitación donde entran y salen continuamente personas o en la cual el teléfono suena frecuentemente, la escucha por parte del médico se vuelve muy difícil; para el paciente se torna igualmente problemático sentirse a gusto y concentrarse sin distracciones en aquello que debe decir".²²

La falta de tiempo disponible puede por lo demás constituir un evidente obstáculo para la instauración de una comunicación eficaz entre médico y paciente: "los pacientes son probablemente inhibidos en el expresar sus preocupaciones u otros sentimientos, por la sensación de que el médico tenga poco tiempo disponible": "el médico debe buscar mostrarse bien dispuesto a escuchar en modo

no apresurado, incluso cuando el tiempo es limitado. Todo gesto de falta de tiempo puede ser notado por el paciente, determinando una menor disposición a abrirse (...).²³

Algunos autores²⁴ han individualizado algunas fases fundamentales en el diálogo médico-paciente: "iniciar el coloquio", creando un adecuado contexto; "explorar qué cosa sabe el paciente" o bien establecer el nivel de conocimiento del paciente respecto a su enfermedad; "entender cuánto el paciente desea saber"; "compartir las informaciones con el paciente": verificando frecuentemente la comprensión del paciente y ofreciendo aclaraciones; "responder a los sentimientos del paciente"; "planificar y acompañar".

En la comunicación con el paciente un valor fundamental ha de atribuirse al silencio, "una modalidad privilegiada para dar espacio al paciente, depositar las perturbaciones emocionales, hacer decantar las dudas y orientar las incertezas, sin perder nada de la consistencia relacional del otro, de su ser, orientado a darse a conocer y a conocerse".²⁵ La escucha activa y la atención se vuelven instrumento fundamental para favorecer y facilitar el relato por parte del paciente.²⁶

Un espacio importante es además asumido por la comunicación no verbal, a través de la expresión del rostro, la mirada, el comportamiento espacial, los gestos y los movimientos del cuerpo, la postura y el contacto corpóreo: "los mensajes gestuales y no verbales en la comunicación entre asistentes y asistidos representan sin ninguna duda un elemento semántico decisivo, mucho más inmediato y evolvente que las palabras".²⁷

Particular importancia puede asumir el contacto corpóreo que, si es utilizado en medida apropiada, "puede revelarse muy útil para confortar y tranquilizar, para demostrar solidaridad y para transmitir calma a la persona en estado de agitación".²⁸

En el proceso de información-comunicación médico-paciente, en caso de patologías con pronóstico grave o serio, los familiares asumen frecuentemente un rol fundamental: si el paciente lo desea, puede resultar importante la presencia y el sustento de una persona querida, incluso en el curso del coloquio; de hecho en la mayor

parte de las situaciones clínicas "los miembros de la familia y los amigos del paciente se vuelven parte (y frecuentemente una parte importante) de todo el contexto dentro del cual el paciente responde a las malas noticias y afronta la enfermedad".²⁹

La implicación de los familiares puede además resultar frecuentemente importante para conocer en manera más precisa la condición personal del paciente y por tanto disponer de ulteriores instrumentos para "personalizar" la comunicación con el paciente mismo e individualizar la modalidad más adecuada con el fin de la instauración de la relación terapéutica y para la tutela de la salud no solamente física sino también psico-social de la persona.

En algunas situaciones particulares, sin embargo la previa inclusión de los familiares puede ser fuente para los médicos de algunas problemáticas, por ejemplo en relación con la gestión de la relación con el paciente en caso de familiares que pidan, con una actitud de protección hacia su pariente enfermo, esconder la verdad al interesado.

Los familiares, en caso de paciente capaz de entender y de querer, no tienen ningún poder de decisión respecto a la condición de su pariente enfermo; por otra parte, es necesaria la adquisición del consentimiento del paciente para la trasmisión a terceros de informaciones relativas a su estado de salud. Tal garantía de reserva está prevista también por el art. 34 (Información a terceros) del Código de deontología médica, según el cual "La información a terceros presupone el consentimiento explícitamente formulado por el paciente (...)" y "en caso de paciente hospitalizado, el médico debe recoger los eventuales nombres de las personas preliminarmente indicadas por el mismo para recibir la comunicación de los datos sensibles".

Respecto a la petición expresa por parte de los familiares de no ofrecer al interesado informaciones completas en relación a sus condiciones, el Comité Nacional para la Bioética³⁰ sostiene que "explicada claramente a los familiares la necesidad de proveer las informaciones y las ventajas (y desventajas) que se pueden derivar, se deba comportar según las reglas generales (...) noticias exactas pero privadas de dramaticidad, caracterizadas por el conjunto de

elementos que hagan entrever al paciente alguna esperanza en el futuro que sería inhumano negar".

En particular, algunos autores³¹ han elaborado algunas indicaciones útiles en la gestión de la relación con los familiares en ese particular contexto, previendo la oportunidad de un encuentro separado con los familiares mismos, en el ámbito del cual comprender sobre todo las motivaciones contenidas en la petición de no informar al su pariente sobre sus reales condiciones; explicar las posibles consecuencias negativas de una eventual "conjura del silencio" tanto para el paciente ("sentido de abandono y aislamiento") como para los familiares ("imposibilidad de hablar abiertamente de aquello que está sucediendo con obligación de limitar la conversación a argumentos fútiles, cuando en cambio se están viviendo los momentos más delicados en las propias relaciones afectivas") y el "costo emotivo" del silencio; hacer comprender las posibles ventajas para el paciente de conocer el diagnóstico ("conciencia decisional; insatisfacción por las explicaciones "impropias" que recibe sobre el andar de la enfermedad y sobre la motivación de las terapias, especialmente cuando las cosas van mal"); "pedir el permiso de valorar el nivel de conciencia del paciente sobre el enfermedad, para buscar entender si quiere saber la verdad", asegurando el respeto de la eventual voluntad de no saber manifestada por el paciente y el ofrecimiento de las informaciones en manera gradual y adecuada a la capacidad del paciente de soportar el peso de las malas noticias, con tacto y humanidad.

En tal contexto los familiares pueden respresentar una importante fuente de conocimiento del paciente, de su *background* (antecedentes) cultural, de sus valores de referencia, de su nivel de conocimiento de la enfermedad; si por tanto parece fundamental su involucramiento, ellos no pueden sustituir al interesado, mayor de edad y capaz de entender y querer en la individualización de su mayor interés o del bien del mismo.

Las situaciones de enfermedad con pronóstico grave o serio trastornan inevitablemente los equilibrios de todo el sistema fami-

liar: la reflexión sobre el involucramiento de los familiares en tal contexto no puede prescindir de la consideración de la influencia del sistema familiar sobre el comportamiento del enfermo y de las reacciones emotivas de los mismos familiares.

En particular pueden ser individualizadas algunas reacciones particulares en los miembros de la familia, entre las cuales por ejemplo, además del ya citado comportamiento protector hacia el paciente - que se puede traducir en el deseo de ser informados antes del pariente enfermo y de protegerlo de la mala noticia, defendiéndolo del estar en conocimiento de la enfermedad -, algunas específicas tipologías de rabia, sentimiento de culpa o miedo, sentimientos de pérdida inminente, el así llamado "luto anticipado", un proceso de elaboración del luto antes de que el paciente se muera, en una situación de muerte inminente, etc.³²

Son requeridas particulares competencias en caso de malas noticias relativas a un menor: también en tales casos algunos³³ subrayan cómo "una buena adaptabilidad psicosocial está asociada a un conocimiento precoz del diagnóstico y no a su ocultamiento o soslayo". En particular, en tal caso resulta indispensable hablar antes con los padres e individualizar juntos las modalidades más oportunas para comunicar al menor las informaciones que lo afectan, teniendo en cuenta la edad y el nivel de madurez alcanzado.

El art. 38 (Autonomía del ciudadano y directrices anticipadas) del código de deontología médica establece en el punto 2 que "El médico, compatiblemente con la edad, con la capacidad de comprensión y con la madurez del sujeto, tiene la obligación de dar adecuadas informaciones al menor y de tener en cuenta su voluntad".

Por otra parte, en caso de paciente menor, son requeridas particulares cualidades también en el ofrecimiento de informaciones a los padres, que debe dirigirse con claridad, en manera inequívoca, y al mismo tiempo con empatía, en manera no traumatizante y sin excluir elementos de esperanza y ánimo: obviamente el acercamiento a toda familia debe ser personalizado, a la luz de las peculiares exigencias del caso analizado.³⁴ La comunicación con el pa-

ciente en caso de patología grave o con resultado serio no puede por tanto prescindir –en el marco de la normativa jurídica y deontológica actual– y entonces en el respeto del derecho del paciente a la información acerca de sus propias condiciones de salud y de la eventual voluntad de no ser informado manifestada por el interesado –por la consideración de las variables del caso en análisis, con particular atención precisamente a la persona interesada (edad, condición clínica y probable evolución futura, situación emotiva–psicológica, nivel de conciencia "de partida", etc.) de las cuales puede depender una modulación más o menos explícita y gradual del ofrecimiento de la información.

El diálogo con el paciente no puede de hecho prescindir de la valoración de eventuales "factores emotivos y cognitivos en grado de influenciar negativamente la escucha del enfermo o del médico" como por ejemplo "el ambiente de proveniencia de una persona, sus usos y costumbres, su nivel de instrucción, los conocimientos y las experiencias que tiene de un determinado argumento o situación etc." además de la situación emotiva en la cual la persona se encuentra.³⁵

Semejante actitud representa un instrumento fundamental para la promoción del bien del paciente, objetivo que no puede prescindir de una personalización del acercamiento con el mismo en el respeto de su autonomía y al mismo tiempo en la garantía de la tutela de la salud globalmente entendida: "Todo individuo entra en contacto con los diversos aspectos de la enfermedad en modo del todo personal y con un diverso grado de consciencia. Comunicar malas noticias representa un proceso que parte de la capacidad del enfermo de descubrir, aceptar, comprender y elaborar la enfermedad".³⁶

Particularmente delicado resulta por tanto el momento de la comunicación del diagnóstico, en el cual frecuentemente los pacientes "escuchan una confirmación de sus precedentes intuiciones y advierten y se relacionan con ella como con un punto de no retorno en su destino"; es importante por tanto que la comunicación médico-paciente-familiares permanezca abierta y se vuelva un ins-

trumento fundamental para la finalidad de la construcción de una efectiva alianza terapéutica como base para la organización del camino a emprender.

Referencias bibliográficas

- ¹ BUCKMAN R. La comunicación del diagnóstico. In caso di malattie gravi (trad. it. Milán: Raffaello Cortina Editore; 2003): 6.
- ² ID. Breaking bad news: why is it still so difficult? Br Med J. 1984; 288: 1597.
- ³ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA (CNB). Informazione e consenso all'atto medico. (20.11.1992), Presidenza del Consejo de Ministros, Departamento para la información y la editorial; 1992: 25.
- ⁴ TUVERI G. Saper ascoltare, saper comunicare. Come prendersi cura della persona con tumore. Roma: Il Pensiero Scientifico Editore; 2005: 91.
- ⁵ BERT G. Medicina narrativa. Roma: Il Pensiero Scientifico Editore; 2007: 8.
- ⁶ BUCKMAN. La comunicazione..., pp. 108ss.
- ⁷ CNB. Informazione..., p. 25.
- ⁸ RUBERTO MG, FERRARI G. La scelta di dire la verità en FONDAZIONE ZOÉ (curador). La comunicazione della salute. Un manuale. Milán: Raffaello Cortina Editore; 2009: 124.
- ⁹ CENDON P. I malati terminali e i loro diritti. Milán: Giuffrè; 2003: 123.
- ¹⁰ Andorno R. The right not to know: an autonomy based approach. J Med Ethics. 2004; 30: 435-440.
- ¹¹ COLLECCHIA G, MARTELLUCCI PM, POLENZANI L. Comunicare cattive notizie in medicina generale: riflessioni e problematiche. Professione. 2008; 3: 37.
- ¹² RUBERTO, FERRARI. La scelta..., p. 126.
- ¹³ REICHLIN M. Il dovere di verità verso il malato, en FONDAZIONE ZOÈ (curador). La comunicazione della salute..., p. 38.
- ¹⁴ CNB. Informazione..., p. 10.
- ¹⁵ ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ. Manuale di valutazione de la comunicazione in oncologia. 2007.
- ¹⁶ VALDRÈ L. Medicina muta. La malattia tra oggettività e sentimento. Milán: Rusconi; 1995: 155.
- ¹⁷ CIFALDI L, CRISTINA G, D'ANGELO P Y AL. La comunicazione ed il consenso informato nella malattia neoplastica. Difesa Sociale 2002; 3: 59.
- ¹⁸ Ibid, p. 63.
- ¹⁹ CNB. Informazione..., p. 12.
- ²⁰ Del Vecchio S. Artt. 33-34 en AVAV. Codice deontologico commentato. Turin: C.G. Edizioni Medico Scientifiche; 2007: 55.
- ²¹ RUBERTO, FERRARI. La scelta..., p. 125.

- ²² BELLEGGIA G. L'ascolto del paziente e l'ascolto del medico en FONDAZIONE ZOÉ. La comunicazione..., p. 179.
- ²³ MYERSCOUGH PR. Come parlare con i pazienti (ed. it. curada por PUCA M, Idelson, 1996: 10; 73).
- ²⁴ BUCKMAN R. La comunicazione..., pp. 63 ss.
- ²⁵ COLLECCHIA, MARTELLUCCI, POLENZANI. Comunicare..., p. 38.
- ²⁶ BUCKMAN. La comunicazione..., p. 47.
- ²⁷ MARCOLONGO R. Un ponte di comunicazione fra curante e pazienti en FONDAZIONE ZOÉ. La comunicazione..., p. 150.
- ²⁸ FERGNANI M. La comunicazione non verbale e le emozioni en FONDAZIONE ZOÉ. La comunicazione..., p. 184.
- ²⁹ BUCKMAN. La comunicazione..., p. 163.
- ³⁰ CNB. Informazione..., p. 13.
- ³¹ TUVERI. Saper ascoltare..., p. 105.
- ³² BUCKMAN. La comunicazione..., pp. 167 ss.
- ³³ Ibid, p. 158.
- ³⁴ PARANG N, MEHTA. Communication Skills - Breaking Bad News. Indian Pediatrics. 2008;45: 839-841.
- ³⁵ BELLEGGIA. L'ascolto del paziente..., p. 180.
- ³⁶ DE SANTI A, MOROSINI PL, NOVIELLO S. PER IL GRUPPO CARE (curador). Manuale di valutazione della comunicazione in oncologia. Roma: Istituto Superiore di Sanità; 2007: 57. (Rapporti ISTISAN 07/38)
- MASINI V. Medicina narrativa e counselling in medicina generale en GENTILE AE, LUZI I, RAZETO S Y AL (curador). Atti del Convegno "Medicina narrativa e malattie rare". Roma: Istituto Superiore di Sanità; 2009: 36 (Rapporti ISTISAN 09/50).

Reseña bibliográfica

*José Enrique Gómez Álvarez*¹

Burgos, Juan Manuel, *Introducción al personalismo*, Biblioteca Palabra, Madrid, 2012. 300 pp.

Juan Manuel Burgos logra una síntesis del personalismo, mostrando cómo es una filosofía que se encuentra todavía en desarrollo. El autor logra bastante bien el cometido de presentar la complejidad de los personalismos evitando la sobresimplificación de las distintas versiones. De hecho el autor aclara en el Epílogo que se remonta "... a una obra publicada doce años atrás, titulada *El personalismo. Autores y temas de una filosofía nueva (2000)*." (p. 289).

El libro aborda, en su mayor parte una aproximación histórica al mismo. Los primeros tres capítulos se dedican a la exposición del contexto ideológico y cultural así como los elementos históricos donde nace el personalismo. (pp. 7- 218).

En el capítulo I Burgos expone el contexto histórico de las Guerras Mundiales, las influencias filosóficas en el personalismo y los plantea como un elemento conceptual e histórico crucial para entender el surgimiento del personalismo " intentó ser esa excluida alternativa [entre individualismo y colectivismo], una opción a favor de la persona que tomaba del individualismo su defensa de los derechos del sujeto y de los colectivismos, su tensión ética hacia la construcción de un proyecto común... se diferenciaba tanto del cómodo individualista burgués como del fanático colectivista" (p. 27). Asimismo, se señala el ambiente cientificista que dominaba las universidades europeas. En cuanto a las influencias filosóficas

se señala el kantismo, la fenomenología, el existencialismo y el tomismo. Se señala asimismo la crisis del catolicismo y sus intentos de renovación. Es de notarse el carácter autocrítico que el autor expone, por ejemplo, en la propuesta del regreso a Santo Tomás y tan ausente a veces, de centros de enseñanza conservadores, (cf. Nota 50 de la p. 43). El capítulo cierra exponiendo cómo todos estos factores llevaron a la idea nuclear de esta filosofía (movimiento): "el recurso continuo y recurrente al concepto de persona desde ámbitos sociales, filosóficos o teológicos impulsados por la intuición de que se trataba del término clave para resolver los grandes problemas que estaban en juego" (pp. 48-49).

En el capítulo II se explora el personalismo francés (pp. 51-121). Se reseña a Maritain, Marcel y Necondelle. El autor hace el esfuerzo de marcar bien el desarrollo de cada uno de ellos. No evita el criticar sus dudas, fortalezas y debilidades de cada uno. Por ejemplo, las observaciones respecto de Maritain. Reconoce que el sentó bases del personalismo sobre todo en el área político social, aunque en el área de ética y antropología su tomismo "le impidió formular muchos temas con la fuerza y novedad necesarias" (p. 75). Sin embargo, no le quita el mérito de acuñar el término de "personalismo comunitario" (Cf. p. 73). En el caso de Marcel el tema o el principio de partida es la existencia que es el dato fundamental. Marcel aborda temas claves del personalismo como la corporalidad y la intersubjetividad. Otra aportación de Marcel fue la distinción entre misterio y problema. El primero es algo que me compromete a mí. El segundo es algo que se encuentra y obstaculiza el camino. También aborda la distinción entre tener y ser. Con Mounier ya estamos en el personalismo comunitario, aunque precisa Burgos esos términos no son de él. Burgos señala que Mounier fue evolucionando en su pensamiento, por lo que no es sencilla una definición del mismo. Señala Burgos las características esenciales de la postura de Mounier: personalismo activo y poco preocupado por la sobreelaboración teórica. Cabe resaltar como ejemplo claro de este último aspecto, su crítica al capitalismo (citado de

manifiesto al servicio del personalismo): "La primacía de la ganancia nació el día que del dinero, simple signo de cambio, el capitalismo hizo una riqueza capaz de aportar fertilidad en el cambio una mercancía sustentable de compraventa. Esta especulación monstruosa del dinero que constituye lo que el viejo idioma llama usura o ganga, es la fuente de los que llamamos ganancia capitalista." (p. 105).²

Lo que cabe resaltar aquí es que el personalismo, al menos en la versión de este autor, implica un activismo, pero no la mera especulación teórica. Aunado a que un auténtico personalismo no puede ser conservador, si por eso se entiende el mero contemplar el orden como está sin exigir los cambios que hagan una sociedad más justa.

En el capítulo III se analizan otras corrientes personalistas como la italiana, la polaca, Karol Wojtyła, la escuela de Lublin, etc, la española, etc. Las tesis centrales se mantienen en la mayoría de los autores. En la página 218 se presenta una gráfica a manera de árbol señalando las diversas conexiones entre autores. En esta reseña quiero resaltar la observación que realiza Marías del método en el personalismo: "... el filósofo personalista nunca «llega» metodológicamente a la persona, sino que parte de ella, puesto que es la categoría filosófica originaria y originante" (p. 209).

El capítulo IV es el más interesante para el que quiere hacerse una idea generalizada del personalismo. Burgos reconoce muy bien que no es fácil definirlo ni delimitarlo, salvo que se reduzca a unas meras generalidades. Eso no obsta para poderla encuadrar en un humanismo: "... como una de las versiones posibles del humanismo cristiano o judeo-cristiano, ya que por lo que se refiere a las premisas filosóficas, que son las que aquí importan, ambas coinciden en lo substancial" (p. 242). Burgos resalta algunas características que suelen estar presentes en los distintos personalismos: concepto moderno de persona, que implica el "Yo" y "El quien", la subjetividad, el carácter comunitario, la corporalidad, etc. (pp. 239-240). Más adelante se explican las características estructurales del personalismo. El rasgo esencial es la centralidad de la persona. Sin

embargo, Burgos señala muy bien que esta centralidad no se redefine y explica adecuadamente hasta el siglo XX. La definición clásica de Boecio se constituye en un lastre peculiar, ya que el lenguaje griego transferido al hombre no permite mostrar la dimensión plena de persona. Asimismo, el concepto de "naturaleza" resulta problemático si se refiere o utiliza el marco conceptual griego. Burgos lo resume muy bien: "Los personalistas son reticentes a emplear el término de naturaleza, pero no porque rechacen una identidad básica entre todos los hombres, sino porque resulta casi inevitable realizar una identificación conceptual entre naturaleza humana y concepto aristotélico de naturaleza que, al igual que el de sustancia, por mantenerse en un marco exclusivamente griego, presenta problemas ya que incorpora un esquema teleológico muy adecuado para cosas y animales, pero excesivamente rígido y estático para integrar la libertad humana" (p. 269). Otras claves del personalismo señalado por Burgos son el realismo y el reconocimiento de la libertad humana, el reconocimiento del bien y el mal y la trascendencia religiosa. Burgos, asimismo, reconoce la necesidad de postular ese Ser Supremo debe ser Persona. Aquí aparece de nuevo ese elemento del personalismo, que parece inherente y que se había mencionado en esta reseña, al parecer el personalismo no puede desligarse sin más de ese ámbito de la religiosidad. El libro aborda al final otros elementos propios del personalismo, la afectividad, la subjetividad, la interpersonalidad.

Referencias bibliográficas

¹ Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra. Profesor de la Universidad Panamericana. Contacto: jegomezalvarez@yahoo.com

² Tomas de Aquino señala: "Recibir interés por un préstamo monetario es injusto en sí mismo, porque implica la venta de lo que no existe, con lo que manifiestamente se produce una desigualdad que es contraria a la justicia. Para su evidencia, debe recordarse que hay ciertos objetos cuyo uso consiste en su propia consumición; así consumimos el vino utilizándolo para la bebida y el trigo al emplearlo para la comida. De ahí que en estos casos no deban computarse separada-

mente el uso de la cosa y la cosa misma, sino que a todo aquel a quien se concede el uso se le concede también la cosa misma. De ahí que, tratándose de tales objetos, el préstamo transfiere la propiedad de los mismos. Luego si alguien quisiera vender de una parte el vino y de otra el uso del vino, vendería dos veces la misma cosa o vendería lo que no existe; y por esta razón cometería manifiestamente un pecado de injusticia. Por igual motivo comete una injusticia el que presta vino o trigo y exige dos pagos: uno, la restitución del equivalente de la cosa, y otro, el precio de su uso, de donde el nombre de usura... Mas el dinero, según el Filósofo, en V Ethic. y en I Polit., se ha inventado principalmente para realizar los cambios; y así, el uso propio y principal del dinero es su consumo o inversión, puesto que se gasta en las transacciones. Por consiguiente, es en sí ilícito percibir un precio por el uso del dinero prestado, que es lo que se denomina la usura. Y del mismo modo que el hombre ha de restituir las demás cosas injustamente adquiridas, también ha de hacerlo con el dinero que recibió en calidad de interés " (Suma Teológica, II-IIa q. 78, a. 1 Resp. En: <http://hjjg.com.ar/sumat/c/c78.html#a1> [consultado el 14 de agosto de 2012].

Reseña bibliográfica

*José Enrique Gómez Álvarez*¹

Tarasco, Martha (coordinadora), *Comités Hospitalarios de Bioética*, Manual Moderno, México, 2007. 225 pp.

El libro gira en torno a varios ejes centrales que unifican lo expuesto por los diversos autores del mismo. Las tesis centrales son: 1) Hay objetividad en la ética en donde es posible construir acuerdos. 2) Los Comités de ética tienen carácter consultivo y son auxiliares y no sustituciones de la relación médico paciente. 3) El consenso por sí solo destruye el sentido y alcance de un comité de ética.

Estas tres ideas surgen los diversos aspectos que se abordan en el texto. Toda la primera parte (pp. 1-116) consiste en los fundamentos teóricos de los Comités. Estos fundamentos se dividen en varios capítulos. El primero se titula "Mitos del conocimiento" (pp.3-18) en donde Jorge Aguirre expone supuestos populares de la ética y de la epistemología que tienen que ser desterrados, si se desea poseer fundamentos científicos propios de un comité. Un ejemplo de ellos es "nadie escarmienta en cabeza ajena" o "nada es verdad ni mentira", etc. El capítulo 2, "La licitud ética de los Comités de Bioética" (pp.19-27), David Calderón expone el origen histórico de los Comités, su sentido remedial y no sustituto de la relación del personal sanitario y los pacientes. El capítulo 3 "Análisis Internacional de los Comités de Bioética en hospitales" (pp. 29-42) escrito por Oscar Martínez, resume los diversos enfoques que se han dado en los Comités señalando la preeminencia del modelo norteamericano consensualista de los mismos. Acorde con lo

anterior el capítulo 4 (pp. 43-52), "El consenso en los comités de Bioética" de Martha Tarasco Michel y José Enrique Gómez Álvarez analizan la noción de "consenso" concluyendo la necesidad de un soporte antropológico para evitar el subjetivismo en las decisiones, ya apuntado en los capítulos anteriores. El siguiente capítulo (pp. 53-66): "El personalismo en los Comités Hospitalarios de Bioética" de Martha Tarasco expone los principios del personalismo ontológicamente fundado, como la postura antropológica más completa para responder a las problemáticas éticas que se presentan en los Comités.

El capítulo 6 "La cuestión del método desde la perspectiva de la Bioética Personalista" (pp.67-74), Adriano Pessina expone el método de Elio Sgreccia en Bioética: exposición del hecho biomédico, significado antropológico e individuación de los valores en juego. El siguiente capítulo se aborda la ética de la investigación, por el mismo autor (pp. 75- 80). De modo semejante al de Pessina, el capítulo 9, "Metodología de análisis de problemas ético-clínicos" (pp.97-116) se propone un procedimiento de análisis de casos en Bioética en seis pasos: 1) Identificación y descripción del problema hasta la Implementación práctica de la solución. El capítulo anterior (pp. 81-96) también explora un procedimiento decisional para resolver dilemas éticos cuando se presentan dilemas de creencias religiosas y práctica médica. El capítulo de José Enrique Gómez Álvarez se llama "Dimensión espiritual y religiosa de los Comités de Bioética".

La segunda parte del libro relata experiencias concretas de decisión y operación en algunos Comités Hospitalarios y áreas afines: uno en el ISSSTE, (María de la Luz Casas) (pp. 119-132), otra en San Antonio Texas en el Hospital Universitario de la Escuela de Medicina (Miguel Bedolla, pp. 143-150) y la experiencia del CONAMED (Carlos Tena y Octavio CasaMadrid, pp. 133-141).

En la tercera parte, se abordan temas adicionales importantes en los Comités de Bioética: 1) Regulación de la fertilidad (José Manuel Madrazo, pp. 153-168); Usurpación profesional, (Lorena Mal-

pica, pp. 169-175); Protección de la vida humana en el proyecto político mexicano, (Héctor Marroquín Segura, pp.187); Aspectos emocionales en la relación médico paciente, (Manuel Isaías López, pp.189-198) y Aspectos sociales en los Comités. (Ramiro Alonso Pando, pp.199-207). Todos los autores resaltan los límites objetivos que deben tomarse en cuenta al tomar decisiones en estos temas. Así, por ejemplo, el Dr. Madrazo señalará la objeción de conciencia en el médico. El Dr. Isaías, el papel de la inteligencia emocional, la Mtra. Malpica, la profesionalización de los Comités con verdaderos expertos en Bioética formados profesionalmente en el área. El libro en resumen proporciona herramientas metodológicas y contenidos concretos para una mejor deliberación de los Comités de Bioética, evitando tanto la mera burocratización de los mismos, como la mera decisión mayoritaria en los mismos.

Referencias bibliográficas

¹ Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra. Profesor de la Universidad Panamericana. Contacto: jegomezalvarez@yahoo.com



Litho Press
DE MEXICO

Este libro se terminó de imprimir septiembre de 2012,
en los talleres de Litho Press de México,
Oriente 237 No. 416 Col. Agrícola Oriental, C.P. 08500, México, D.F.
Tiraje 500 ejemplares