

# ¿HACIA UNA BIOÉTICA LATINA II? – Comentando a Francesco Donato Busnelli<sup>1</sup>

*Alberto González Cáceres, Abogado  
Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Médico*

Tengo el honor de participar de este primer Curso Nacional de Ética, Bioética y Derecho organizado por el Consejo Nacional del Colegio de Biólogos del Perú y lo hago honrado por compartir la mesa con tan importantes expositores nacionales interesados en discutir y proponer asuntos de importante relevancia y trascendencia para nuestro país, como son aquellos debates que se originan en torno a la vida humana, su inicio; en torno a su desarrollo y a su fin; en torno a su relacionamiento con el mundo que lo rodea.

Así mencionado lo anterior, incumbe la ocasión de mi presencia, presentarles comentarios a una última publicación entregada por el reconocido jurista italiano Francesco Donato Busnelli: **Bioética y Derecho Privado**, y preguntarnos, conjuntamente con él, si es que es estamos frente a una perspectiva diferente de Bioética; y de ser así, cuál sería la influencia de esta orientación, por estos lares.

Me correspondió el privilegio de conocer a Busnelli muy recientemente, a propósito del Segundo Seminario Internacional sobre Responsabilidad Civil organizada en septiembre pasado, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En la actualidad, Busnelli es tenido como uno de los principales referentes jurídicos del derecho europeo y latinoamericano, no solo por su prolífica obra, sino también por su estrecho vínculo con la renombrada Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa, importante centro de estudios italiano que viene influenciando fuertemente nuestra doctrina nacional.

A decir del distinguido maestro Sanmarquino, Fernández Sesarego, *“Busnelli es un jurista de vasta, original y reconocida producción científica de resonancia internacional, la misma que se concreta a través de más de doscientas publicaciones, la primera de las cuales aparece en 1964. Su bibliografía es*

---

<sup>1</sup> Artículo presentado en el Curso Nacional de Ética, Bioética y Derecho, organizado por el Consejo Nacional del Colegio de Biólogos del Perú, el Consejo Nacional de La Magistratura y la Asamblea Nacional de Rectores, 29 y 30 de Noviembre del 2005.

*sencillamente impresionante. Tengo en mis manos su último libro titulado *il danno biologico. Dal <<diritto vivente>> al <<diritto vigente>>*, editado en el año 2001, en el cual el maestro recoge sistemáticamente sus valiosos aportes a la cultura jurídica, producidos en el lapso de más de veinticinco años, en el ámbito del derecho de daños. Es una obra de extraordinario valor, histórico y actual, que no puede dejarse de leer por quienes aspiran a mantenerse informados y a la vanguardia en materia de conocimientos en torno a la responsabilidad civil, con énfasis en los daños a la persona en cuanto tal.*<sup>2</sup>

Respecto al tema que hoy nos ocupa, decimos que Busnelli no deja de asombrarnos cuando incursiona tan novedosamente en la Bioética; y creemos que no ha podido haber sido de otra manera, ya que conforme él mismo lo menciona, el derecho se desborda permanentemente cuando es **lógico, consecuente y racional**.

Comentábamos en un artículo anterior<sup>3</sup> que Busnelli nos refiere, en su ensayo titulado *Bioética y Derecho Privado*, fragmentos de un diccionario; sobre la existencia de **una bioética latina**.

Lanza esta propuesta, a raíz de la percepción de orientaciones bioéticas divergentes dentro del mismo Continente Europeo, a la que se suma posteriormente, con mayor fuerza y gran divergencia, una nueva perspectiva bioética surgida en Norteamericana. Y resulta lo anterior, luego de indagar jurídicamente *“con una mirada hacia el pasado y una mirada hacia el futuro frente a un presente dominado por la inquietud de un conflicto no resuelto entre la exigencia de una apertura al pluralismo de las culturas y el conocimiento de un patrimonio espiritual y moral común que hay que conservar y desarrollar”*<sup>4</sup>. Así dentro de la perspectiva anterior y a fin de validar su propuesta, indaga en primer lugar respecto del estatuto jurídico del **nasciturum** o embrión humano. *“Antes del nacimiento ¿Quid Juris?”*<sup>5</sup> pregunta que dentro de Europa se ha canalizado en dos direcciones que han determinado opciones bioéticas bien diferenciadas: **La primera de ellas**, la más difundida en Europa heredera del pandectismo alemán

---

<sup>2</sup> *Francesco Donato Busnelli, Bioética y derecho privado, Fragmentos de un diccionario, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. xvii*

<sup>3</sup> *¿Hacia una Bioética Latina? A propósito de la sentencia del 29º juzgado civil de Lima sobre la píldora del día siguiente*

<sup>4</sup> *Hace esta referencia en base a la Declaración de Niza (2000) que contiene la Declaración de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.*

<sup>5</sup> *Busnelli, Op. Cit.*

que “a favor del mito del estatal-legalismo, recurre al conocido aforismo “*conceptus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agatur*” el mismo que reivindica la posibilidad por parte del ordenamiento estatal de negar a algunos hombres en particular la capacidad jurídica, válido en un pasado reciente para justificar odiosas discriminaciones raciales y que hoy vale, precisamente para excluir al **nasciturum** de protección jurídica, como bien lo confiere Jacques Testart, padre científico del primer bebé probeta francés, en su ensayo *El racismo del gen*, cuando nos comenta que: “*conviene tomar conciencia de que la barbarie eugenésica del nacionalsocialismo no fue improvisada sobre el terreno experimental e histórico, sino que fue pensada, proyectada, prevista, descrita antes de ser llevada a cabo...*”<sup>6</sup> O nos comenta también que: “*En consecuencia, dos factores cambiaron el sentido del eugenismo, y, así lo hicieron totalmente aceptable al modo de ver del mayor número: por un lado, ha dejado de ser el sueño del utopista o sabio loco para convertirse en un proyecto razonable apoyado en los últimos descubrimientos de la ciencia; por el otro lado, se ha separado del elitismo y del racismo totalitarios para revestir la apariencia de la utilidad y el bienestar de todos. El eugenismo se ha vuelto racional y democrático. ¿Quién tendrá ánimos todavía para oponerse? Racional. ¿Quién ha dicho “ningún niño recién nacido debería ser reconocido como humano antes de haber pasado cierta cantidad de exámenes referidos a su dotación genética [...] Si no pasa esos exámenes, pierde su derecho a la vida”? Sir Francis Crick, uno de los codescubridores de la estructura de la estructura del ADN. Democrático. El caso sueco, que usted evoca, efectivamente es perturbador y deberá advertirnos, Pues en el marco de esa democracia, que muchos presentaron durante largo tiempo como un modelo, una política sistemática de eugenismo fue llevada a cabo con el aval de todos los partidos políticos.*”<sup>7</sup>

**Y la segunda de ellas**, aquella que se contrapone a la anterior orientación que “a decir de Pier Angelo Catalano, ha identificado como orientación de la <<tradición ibérica>>, y que, difundiéndose sobre todo el continente latinoamericano, ha inspirado una concepción, por así decir <<naturalista>> del nasciturum, definido como *persona por nacer, pessoa por nacer* .

---

<sup>6</sup> Jacques Testart, Christian Godin, *El racismo del gen*, Fondo de Cultura Económica, México 2001, p. 56

<sup>7</sup> Jacques Testart, *Op. Cit.* p. 57, 58

Así para justificar lo mencionado, Busnelli nos ofrece el enfoque difundido por el egregio tratadista y codificador argentino Dalmacio Vélez Sarfield cuando en 1871 plasma en el Código Civil Argentino que <<todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes son personas>><sup>8</sup> o cuando establece que <<desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas>><sup>9</sup>. O el enfoque presentado en Brasil por el reconocido codificador Texeira de Freitas quien señala que “reconhecem a realidade assemelhando o nascituro ao filho já nacido” y alineándose en este mismo sentido el código civil peruano de 1984 que dispone que “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción .”<sup>10</sup>.

Es justamente esta última orientación bioética que argumenta Busnelli, aquella nacida de las “tablas de valores sobre las cuales están fundadas las principales cartas constitucionales del continente europeo” como una posición contrapuesta al surgimiento de una no tan reciente corriente bioeticista norteamericana heredera también del padectismo alemán, que viene influenciando acaso también nuestra patria, a sus profesionales y en último término a nuestros tribunales.

Recorriendo un poco de historia de esta corriente bioeticista norteamericana y a la par de las reflexiones de Busnelli, recordemos que fue Van Rensselaer Potter quien introduce en 1970 el término Bioética en su libro "Bioética, un puente al futuro" y que popularizara un año más tarde en "Bioética global". En estas obras refleja la preocupación surgida en la segunda mitad del siglo XX por las consecuencias indeseables de un progreso tecnológico que no parece tener límites. Potter propone construir un puente entre ciencia experimental y humanidades, entre progreso científico y tecnológico de un lado y la protección de la salud humana y del medio ambiente por otro.

Dentro de la misma perspectiva “científica” aparece posteriormente, no sin menos trascendencia, la figura de H. Tristram Engelhardt, Jr., científico del Departamento de Medicina y Centro de Estudios sobre la Ética Médica y Políticas

---

<sup>8</sup> Artículo 51 c.c. argentino.

<sup>9</sup> Artículo 70 c.c. argentino. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

<sup>10</sup> Artículo 1° del Código Civil.

de Salud de la Escuela de Medicina Baylor, Houston, Texas y profesor de Filosofía de la Universidad Rice, Houston; quien en su obra *The Foundations of Bioethics* “llama a los médicos clínicos prácticos, generales y especialistas a meditar profundamente sobre temas éticos, a la vez que estimula el pensamiento de los investigadores en ciencias básicas, del personal de salud pública y enfermería, de los tecnólogos y de los otros profesionales de la salud. Enfoca la atención en los objetivos de la actuación del profesional en el campo de la medicina y del sistema de atención de salud en que trabaja, además de plantear cuál debe ser el papel del médico y de los demás trabajadores de la salud en el diagnóstico, tratamiento y prevención de las enfermedades, así como su actitud ante el sufrimiento, el mal, la discapacidad y los dilemas más complejos que obligan a escoger entre la vida y la muerte”.<sup>11</sup> Sin embargo, aquella perspectiva bioética basada en la conciliación entre el avance de la tecnología, la ciencia y la ética y los valores, presenta una clara orientación divergente a la ofrecida por Busnelli, por cuanto Engelhardt “define la muerte, la moralidad del aborto y el infanticidio, al igual que la experimentación con fetos y la fertilización in Vitro. Analiza el consentimiento libre e informado en la atención y la investigación médicas, el derecho a rehusar tratamiento, el suicidio asistido por un médico, la eutanasia, la ingeniería genética de línea microbiana y el estilo de morir, sobre la base de las muchas caras que asume la libertad en relación entre el sanador y el paciente.”<sup>12</sup>

De igual importancia y magnitud aparecen también, las figuras de Tom L. Beauchamp y James F. Childress quienes en 1979 postulan los hoy mundialmente conocidos Principios Bioéticos (*Principios de ética biomédica - Principles of biomedical ethics*), que refrendan al famoso Informe Belmont un año después de su publicación. El Informe Belmont tuvo una gran trascendencia en términos de ética aplicada a la investigación científica “por cuanto popularizó la visión utilitarista del sistema de los tres principios: beneficencia, autonomía y justicia, así como los procedimientos para hacerlos efectivos en la evaluación y seguimiento de investigaciones biomédicas y médico-sociales, a saber, la ponderación de los riesgos y beneficios para los sujetos sometidos a investigaciones, el consentimiento informado y la selección equitativa de las muestras. Tal fue la aceptación y popularidad en los medios académicos y científicos de esta

---

<sup>11</sup> Rodolfo J. Stüsser, en *Revista Panamericana de la Salud Pública*, Vol 3, N° 5, Washington 1998, p. 356

<sup>12</sup> Rodolfo J. Stüsser, *Op. Cit.* 355

*propuesta teórica que la misma se ha identificado erróneamente como el único o principal sustento teórico de la bioética, contribuyendo decisivamente con ello al proceso de medicalización de la disciplina”<sup>13</sup>.*

A nivel Latinoamericano y en el mismo contexto, aunque aplicado dentro de una perspectiva humanista – cristiana, surge la figura del médico argentino José Alberto Mainetti, quien tiene el mérito de haber iniciado el movimiento de la humanización de la medicina, que precedió al ingreso de la Bioética norteamericana en Iberoamérica. En la década del 70, Mainetti, fundó el Instituto de Humanidades Médicas, que pronto difundió sus ideales humanísticos en el Cono Sur de Latino América, a través de la revista Quirón. A principios de la década del 80 Mainetti visitó el Kennedy Institute of Ethics de la Universidad de Georgetown, en Washington, y empezó a invitar a notables bioeticistas de dicho Instituto para que dictaran conferencias en su Instituto de Humanidades, concretamente, a Edmund Pellegrino, Tristram Engelhardt, James Drane y otros. Más adelante, a finales de los ochenta, Juan Carlos Tealdi, con el respaldo de Mainetti, fundó la Escuela Latinoamericana de Bioética -ELABE-, la cual organizó y dictó durante unos diez años un Programa de Enseñanza de la Bioética, de dos meses de duración cada año con la colaboración de notables bioeticistas del Kennedy Institute of Ethics, que contribuyó mucho a dar a conocer la Bioética en los países del Cono Sur.

De igual manera, en la década de los 70-80, Fernando Sánchez Torres, Jaime Escobar Triana, Pablo Arango inician la introducción de la Bioética en Colombia. Ya en la década del 80, el profesor Fernando Sánchez Torres, fundó en diciembre de 1985, con un grupo de profesionales de diversas ramas, el Instituto Colombiano de Estudios Bioéticos (ICEB), el cual ha mantenido desde entonces un seminario de estudios bioéticos, que perdura hasta la fecha.

En el Perú, el movimiento bioético se inicia en 1990 cuando la Junta Directiva del Colegio Médico de aquel año inicia la convocatoria a mesas redondas a una veintena de médicos con vocación ética, bioética y deontológico, liderada por el reconocido médico peruano Roberto Llanos Zuloaga, quien hasta la fecha y en torno a la Asociación Peruana de Bioética, guía los pasos de esta reciente ciencia en nuestro país.

---

<sup>13</sup> Juan Ramón Acosta Sariago, *Revista Cubana Salud Pública*, 2006, Volumen 32, p.2

Ahora bien, retomando el discurso inicial, y escudriñando con avidez la propuesta “*latina*” de Busnelli, corresponde ingresar a la crítica presentada a esta última orientación Bioética, a lo largo de todo su ensayo. En primer término, Busnelli establece que “*los denominados FOUR PRINCIPLES (autonomía, beneficencia, no maleficiencia, justicia) no pueden ser transferidos en peso del ambiente cultural del que han sido extraídos a un ambiente cultural, diferente, portadores de otras tablas de valores que busca reivindicar la persistente vitalidad de valores y principios de los cuales demasiado, a menudo se pierde conciencia en el frenesí de imitar más o menos concientemente modelos alejados de las tradiciones de las cuales, por fuerza, somos hijos*”.<sup>14</sup> En ese mismo sentido y dentro de la literatura y la práctica jurídica nacional, es oído por nuevos ingenios que influenciados por el mismo Busnelli, reiteran constantemente su crítica a la transposición desarreglada de la legislación comparada en nuestra normativa.<sup>15</sup>

Así, a modo de crítica y frente al principio de **autonomía** propuesto por la Bioética norteamericana, que nos refiere como aquella libertad que tiene una persona para establecer sus normas personales de conducta, es decir la facultad para gobernarse a sí misma, basada en sus propios sistemas de valores y principios y que en el orden sanitario ordena que se debe respetar la decisión de todo paciente o sujeto investigado, a que se le informe de forma completa y clara sobre la intervención a realizarse, pero que a pesar de todo esto, y a decir de Busnelli, se sustenta en el valor individual de la “**dignity del lenguaje constitucional norteamericano, donde el término asume una connotación exquisitamente subjetiva, cuyo contenido sustancial es definido por el individuo en particular, y deviene así una manifestación del super-principio de autonomía a disposición de los (solos) sujetos competents**” y que se sustenta además en el “*right of privacy*”<sup>16</sup>, en el derecho a decidir las cuestiones referentes a su propio cuerpo y su persona de manera libre de intrusiones estatales, como único criterio dirimente en las

---

<sup>14</sup> Busnelli, *Op. Cit.*, pp. xxxiii, xxxiv.

<sup>15</sup> Cfr. Leysser L. León, *La Responsabilidad Civil, Líneas Fundamentales y nuevas perspectivas*, Editora Normas Legales, Lima 2004.

<sup>16</sup> Interpretado en términos de la tradición jurídica romano germánica, el concepto del *right of privacy* del *common law*, comprende al menos –para nosotros– el derecho a la intimidad personal y familiar propiamente dicho, el secreto de las comunicaciones y la confidencialidad de los documentos privados, la privacidad física frente a procedimientos tales como pruebas genéticas, biometría, auscultamiento de cavidades corporales, la inviolabilidad del domicilio, la privacidad en lugares de trabajo e incluso en espacios públicos, así como todo aquello que, de una manera u otra, proteja la dignidad humana. Pedro Mendizábal Simonetti, en *Privacidad y Derechos Humanos* 2005.

*problemáticas del aborto, de la fecundación asistida (o más en general, vinculadas con la esfera procreativa), de la eutanasia”;* pero que en todo caso no permite un consenso o establecimiento propiamente de “*un principio de libertad*” de carácter universal. Frente a esto, Busnelli nos presenta la vía latina de las **relaciones entre bioética y derechos humanos**, que entiende como contraparte del *right to bodily integrity* o de la *self determination*, una dignidad objetiva con una extensión ilimitada, que permite referirla a cualquier ser humano – sensible o no sensible, capaz o incapaz de entender y querer, ya nacido o nasciturum, y que ninguno arbitrariamente puede desechar: “*la dignidad está fuera de comercio, así se expresa un jurista francés (B. Edelman); en dos palabras, un hombre no es libre de renunciar a su calidad de hombre*”<sup>17</sup>. Asimismo como “*el núcleo del cual irradia la característica de inviolabilidad de los derechos fundamentales...*” y que además “*reasume también una no descuidada responsabilidad hacia sí mismo y hacia los otros asociados: en su acepción más amplia... aquella menos obvia y jurídicamente más significativa, ésta... es una cualidad de la persona humana como sujeto socialmente partícipe y responsable*”<sup>18</sup> y que en el plano positivo “*se proyecta hacia el futuro. Es la dignidad reafirmada por las más jóvenes constituciones de la Europa Latina: de la Constitución portuguesa de 1976 que define a Portugal como una República soberana fundada sobre la dignidad de la persona humana, a la Constitución de Rumania democrática (1991) que declara la dignidad del hombre como valor supremo garantizado. Es la dignidad que se opone a cualquier instrumentalización de los seres humanos: así se expresa, siempre en Europa, la Convención relativa a los derechos humanos y la biomedicina (denominada Convención de Oviedo o Convención europea de bioética) de 1997. De ésta se hace intérprete auténtico, en uno de sus considerandos, el Protocolo adicional de París de 1998, que vincula, precisamente, a aquel superprincipio la prohibición de clonar humanos.*” Postulados de los cuales tampoco dejamos de ser parte, cuando en nuestra carta fundamental se señala que “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Busnelli, *Op. Cit.* xxviii.

<sup>18</sup> Busnelli, *Op. Cit.*, p. 7

<sup>19</sup> Artículo 1º Constitución Política del Perú.

De otro lado, frente al principio de **No maleficiencia y beneficiencia**, que dispone básicamente no hacer daño, actuar para prevenirlo, o actuar para suprimirlo; tenemos la propuesta latina de **relaciones entre bioética y economía**, que se opone a aquella visión subjetiva propuesta por Beauchamp que considera que los actos no se pueden valorar como buenos o malos, más que por sus consecuencias. Para Busnelli se *“caracteriza en el área latina por una regla de sustracción del mercado del cuerpo humano, una regla reconocida ahora a nivel europeo por la Convención de Oviedo, que en el artículo 21 establece que el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser fuente de aprovechamiento”*; proponiendo la **solidaridad** como contraparte, la misma *“que no se reduce a una simple beneficiencia. La iniciativa de quien dona un órgano es normalmente una manifestación de libertad solidaria: el artículo 19 de la Convención de Oviedo lo deja claramente entender cuando vincula el presupuesto del consentimiento del donante con aquel del interés terapéutico del receptor, postulando implícitamente una relación de solidaridad familiar o afectiva, que las leyes europeas proveen a veces a explicitar y a circunscribir. Pero, como confirmación de la significativa ratio de la solidaridad, en vía excepcional se puede autorizar una muestra de tejidos regenerativos de una persona que no esté en grado de expresar su consentimiento, cuando esté en juego la sobrevivencia del receptor, sobre la base de una relación pensada como solidaria entre hermanos o hermanas.”*<sup>20</sup>

Y finalmente frente al principio o valor de **justicia**, que propone el deber de tratar de forma equitativa al ser humano y que se compendia al principio aristotélico de dar a quien lo que le es debido. En contraste a esta propuesta Busnelli nos presenta el asunto como un tema de **relaciones entre bioética, ambiente y salud** que la resume en un nuevo principio: el precautorio. *“que propone como objetivo – expresamente formulado ahora por la Comisión de Comunidades europeas – el de equilibrar la libertad y los derechos de los individuos, de las industrias y de las organizaciones con la exigencia de reducir los riesgos de efectos negativos para el ambiente y para la salud de los seres humanos, de los animales y de las plantas. En caso de riesgos de daños graves e irreversibles – se leía ya en la Declaración de Río de 1992 – la ausencia de*

---

<sup>20</sup> Busnelli, *Op. Cit.* xxix

*certeza científica no debe servir de pretexto para reenviar la adopción de medidas efectivas que tienden a prevenir el deterioro de un ambiente. En resumen, se trata de administrar la incertidumbre científica”.*

Concluyendo, advertimos que la propuesta *latina* de Busnelli, nace a partir de la observación de la tradición jurídica latina, heredera del cristianismo occidental reflejada naturalmente en los principios constitucionales de las principales cartas nacionales y en la legislación de las naciones europeas y latinoamericanas, y a la que él constantemente recurre cuando se trata de analizar y resolver situaciones complejas, como es el caso de aquellas relativas y perimetrales a las fronteras de la vida, que a decir de él, se tornan *“bancos de prueba privilegiados para verificar la praxis de los principios”*. Es por esta razón que él se dirige a la comunidad de juristas, y que en una ocasión tam importante como ésta, aprovecho en traer a este recinto de profesionales de la salud y magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial, por cuanto, a decir del Fernández Sessarego, *“les corresponde el difícil compromiso de plantear opciones y principios para una disciplina de las biotecnologías de avanzada, desde que considera necesario regularla jurídicamente a la luz de los valores que se encuentran en la base nuestra cultura<sup>21</sup>.”*

Muchas gracias.

---

<sup>21</sup> *Carlos Fernández Sessarego, en Francesco Donato Busnelli, Bioética y derecho privado, Fragmentos de un diccionario, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. xx.*