

VITTORIO FROSINI

**DERECHOS HUMANOS
Y BIOÉTICA**


EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

DERECHOS HUMANOS
Y BIOÉTICA

VITTORIO FROSINI

Profesor titular de la Universidad La Sapienza de Roma.

DERECHOS HUMANOS Y BIOÉTICA



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2021

Título del original en italiano:
Teoria e tecnica dei diritti umani
(seconda edizione ampliata)
© *Edizioni Scientifiche Italiane*, Napoli, 1995.

Traducción de
Jorge Guerrero,
abogado y doctor en filosofía y letras.

© Vittorio Frosini, 2021
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 958-35-0150-6

ISBN e-book 978-958-35-1675-7

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PRÓLOGO DE LA SEGUNDA EDICIÓN ITALIANA

La primera edición de este libro, aparecida en 1993, se agotó rápidamente; a la petición de la casa editora de proceder a una segunda edición, accedí adicionándole dos nuevos capítulos, que amplían y desarrollan temas contenidos en el capítulo V sobre *Derechos humanos y bioética*. El interés por la nueva disciplina de la bioética se ha venido intensificando inclusive en el campo de la filosofía y del derecho italianos; pero exige una constante referencia a la doctrina actual de los derechos humanos para encontrar soluciones adecuadas a los numerosos problemas que presenta la bioética.

Agradezco a los críticos que han formulado observaciones acerca de mi libro; un agradecimiento especial dirijo a mis colegas que han organizado debates sobre temas de los dos nuevos ensayos que recojo aquí, el profesor FRANCESCO BELLINO y el profesor SHELDON LEADER. Al publicar en este lugar esos ensayos, mi deseo es que el debate, que se llevó a cabo ante los asistentes de Bari y de Colchester, pueda reanudarse y ampliarse entre los lectores del libro, ya que en estas páginas me he referido a algunas cuestiones de ética pública que exigen que se tome una posición precisa teórica y práctica.

He pedido la atención de los juristas italianos acerca del problema, ya debatido en los Estados Unidos, pero todavía ignorado entre nosotros, de la utilización de los tejidos fetales, con respecto a los cuales se debe proceder, por parte del legislador, a una reglamentación de su tratamiento. He resucitado el interés, que ya había surgido en Italia, pero que luego se había calmado, por el “testamento en vida”, que es

un problema que también necesita de una afirmación en la conciencia social y de una protección jurídica referente a las relaciones entre médico y paciente. Otras cuestiones, que se tratan dentro del marco conceptual de una *ética de la situación*, espero que merezcan también la atención de los lectores para la formulación del juicio: a ellos se les confía el mensaje contenido en este libro.

VITTORIO FROSINI

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Introducción	1
--------------------	---

CAPÍTULO I

LOS ORÍGENES DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL “BILL OF RIGHTS”

1. La revolución americana y el “Bill of Rights”	9
2. La interpretación filosófica de la Constitución y las otras	10
3. Universalidad y nacionalidad de los “Bills of Rights”	12
4. La filosofía de los derechos: el derecho a la vida	14
5. El derecho de libertad y el principio de tolerancia	15
6. La igualdad jurídica	17
7. El derecho a la felicidad	19
8. La justicia natural	21

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA

1. De los derechos naturales a los derechos humanos	23
2. La abolición de las discriminaciones sociales y del trabajo forzado	25
3. La reivindicación de la igualdad de los derechos entre el hombre y la mujer	28

	PÁG.
4. Los nuevos derechos del niño, de los minusválidos de los retardados mentales, de los apolidas y de los refugiados y de los desnutridos	30
5. Los acuerdos de Helsinki (1975) y el derecho de información	34
6. El derecho a la intimidad en la sociedad tecnológica	36
7. La transformación de la naturaleza humana en la sociedad tecnológica	38

CAPÍTULO III

SOCIOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. El progreso tecnológico: De la guerra a la paz	41
2. Energía atómica, vuelos espaciales, automatización	42
3. La metapolítica de la edad planetaria	45
4. Progreso tecnológico y progreso moral	46
5. Los derechos humanos como indicadores del progreso social	49
6. Derechos humanos de los individuos y de los grupos sociales	51

CAPÍTULO IV

LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Los derechos humanos: “Quid Ius” y “Quid Iuris”	55
2. La declaración de los derechos en 1789 y el terror legalizado	56
3. El retorno de la declaración de los derechos: Su validez y eficacia en la Francia actual	58
4. La declaración de los derechos humanos de 1948 y el pensamiento de J. Maritain	60
5. Reflexiones de otros pensadores sobre los derechos humanos y sobre su evolución	62

6. Los derechos del hombre en la experiencia jurídica de los Estados Unidos	64
7. La Convención europea de los derechos del hombre y la jurisprudencia italiana	66
8. Los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos estatales	69
9. Interpretación jurídica de los derechos humanos	71

CAPÍTULO V

DERECHOS HUMANOS Y BIOÉTICA

1. Significado de la bioética	75
2. Bioética y deontología médica	76
3. El derecho a la protección del cuerpo	77
4. Orientación dogmática y orientación crítica en la bioética	78
5. Iniciativa eclesiástica e iniciativa estatal en bioética	79
6. Los derechos humanos de tercera generación	80
7. Los derechos humanos de la mujer	81
8. El derecho a la procreación	82
9. Naturalidad y artificialidad	83
10. El derecho a la maternidad	85
11. El diagnóstico prenatal	86
12. La mujer, el médico y la ley	87
13. La información genética	88
14. La manipulación genética	89
15. El derecho sobre el propio cuerpo: ¿cerrado o abierto?	91
16. El primer derecho humano: el derecho a la vida	92
17. Los derechos de los deficientes o lisiados	93
18. Experimentación clínica y derecho al consentimiento	94
19. Los trasplantes de órganos	95
20. La relación con el mundo animal	96
21. El auxilio a los moribundos	97
22. Consideraciones finales	99

CAPÍTULO VI

DERECHOS HUMANOS Y EXPERIMENTACIÓN
EN EL HOMBRE

	PÁG.
1. El hombre, el derecho y la medicina	101
2. Derechos humanos y respeto de la persona	103
3. Derecho a la salud y experimentación clínica	105
4. Consentimiento del paciente y ética de la responsabilidad	108
5. Iniciativas legislativas para una reglamentación de la experi- mentación	112
6. Protección de los derechos y controles administrativos	114

CAPÍTULO VII

TRABAJO Y DERECHO A LA SALUD

1. En la perspectiva de la edad tecnológica	119
2. El derecho al trabajo: ayer y hoy	120
3. El derecho a la salud: del trabajador particular al público	121
4. Trabajo y salud en la producción de energía atómica	122
5. Trabajo y salud en la producción de material electrónico	125
6. Observaciones finales	128

CAPÍTULO VIII

LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS LISIADOS
Y DE LOS ENFERMOS

1. Salud y calidad de vida: antiguos y modernos	131
2. Los derechos humanos de los débiles mentales	133
3. Los derechos humanos de los minusválidos	135
4. El derecho a la instrucción escolar	138
5. Los derechos humanos del enfermo	140

6. La vigilancia sobre los derechos del enfermo	141
7. Derechos del enfermo y sociedad civil	143

CAPÍTULO IX

EL TESTAMENTO DE VIDA Y EL DERECHO DE MORIR

1. Entre la vida y la muerte: el suicidio	147
2. La eutanasia y la ética de la situación	149
3. Problemática jurídica de la eutanasia	154
4. El “testamento de vida”	157
5. Los tres derechos humanos fundamentales	160
6. Nota suplementaria	163

CAPÍTULO X

MORS TUA, VITA MEA

1. El desarrollo tecnológico	167
2. La bioética: dos problemas fundamentales	168
3. Régimen jurídico de la muerte para el levantamiento del ca- dáver	169
4. Diversas figuras jurídicas de las personas difuntas	171
5. Problemas de los trasplantes de órganos: presentes y futuros	173
6. Sobre el trasplante de córnea en particular	175
7. Propuestas relativas	178
8. Sobre el trasplante de tejidos fetales	180

SUPLEMENTO I

Proyecto de ley del Ministerio de Gracia y Justicia en materia de bioética, especialmente sobre fecundación asistida	189
---	-----

SUPLEMENTO II

	PÁG.
Derechos del hombre y biomedicina: nace el primer acuerdo internacional	201
Comentario del Profesor Vittorio Frosini	214

SUPLEMENTO III

Ley 208 de 1995, por medio de la cual se aprueba “El Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología”, hecho en Madrid el 13 de septiembre de 1983	219
---	-----

INTRODUCCIÓN

Recojo en este volumen los escritos que, en el curso de los últimos diez años, he dedicado a los problemas éticos, jurídicos y prácticos, que han surgido a causa del reconocimiento y de la aplicación de los derechos humanos, puntos centrales de observación, en torno a los cuales se han centrado mis reflexiones, por los requerimientos que han sido suscitados por diversas ocasiones, por experiencias vitales y por exigencias culturales. Por tanto, en el título del libro se indican las dos dimensiones, a lo largo de las cuales se han efectuado las investigaciones, esto es, la relativa a la configuración teórica de los derechos humanos, y la referente a las modalidades técnicas de su empleo en los procedimientos valorativos.

El primer centro de interés, de tales problemas, esto es, el propiamente teórico, lo constituye la exigencia fundamental de conocer cuál es la consistencia ideal de los nuevos derechos, cuál es la densidad de su validez en la conciencia jurídica, y cómo toman forma y se manifiestan en la realidad de la legislación con respecto a la sociedad. Estamos muy cerca del ocaso del siglo en que los derechos humanos recibieron un reconocimiento de carácter *universal*, en el sentido preciso y concreto del término, es decir, de extensión planetaria; mientras ellos en un comienzo se presentaban en su condición de universalidad filosófica, en realidad no eran sino privilegio de los miembros de naciones o de sectores sociales dominantes, a los cuales correspondía su ejercicio exclusivo. Hoy los derechos humanos se atribuyen a todos los hombres en toda la Tierra, inclusive a aquellos que ignoran su nombre o que desconocen su mérito.

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados internacionales, firmada en 1969, dispone que según el art. 60,

parágrafo 5, cuando se ha verificado una “violación sustancial” de un acuerdo estipulado entre dos Estados, la parte ofendida, esto es, la víctima de la violación, puede desconocer el acuerdo, pero *en todo caso*, respetando las normas relativas a los derechos humanos. Estos derechos constituyen, en todo caso, una excepción, ya que ellos no se consideran como si tuvieran un carácter convencional o contractual, al igual que las otras normas, sino que se consideran como derechos absolutos; por consiguiente, no se basan sobre una condición de reciprocidad entre los Estados, sino que hacen parte del derecho internacional general.

Este principio de la inviolabilidad de los derechos humanos fundamentales, en los conflictos entre los Estados o entre las fuerzas políticas no estatales, en paz o en guerra o en esa zona incierta que está entre la paz y la guerra, en la cual se producen las operaciones de la guerrilla o del terrorismo o del sabotaje, es un principio reafirmado constantemente, que debe mantenerse aun con respecto a quien lo viola. En efecto, debe constituir un vínculo permanente entre las naciones, un límite de civilización común a todas, insalvable para las fuerzas enemigas.

Es menester indagar cómo ocurrió y por qué se verificó esta transformación radical en las relaciones jurídicas entre los hombres, desconocida en las épocas anteriores en que imperaba siempre en alguna forma el principio *aeterna auctoritas adversus hostes* [contra el enemigo el derecho del pueblo romano es eterno, XII Tablas]. Una novedad de esta índole puede definirse como una mutación de antropología jurídica. Pero es preciso explicar y probar que la concepción que aquí exponemos de los derechos humanos no es abstracta, no es utópica, ni es formalista, porque ella corresponde, en cambio, a una nueva estructura de la conciencia jurídica, en la cual se reflejan las condiciones de vida de la sociedad tecnológica planetaria.

El punto de partida de mis reflexiones, de donde surgió el motivo de inspiración constante de estas páginas, fue dado en mi

participación en el congreso efectuado en la Universidad de Salzburgo los días 5 a 8 de octubre de 1981 sobre el tema del “derecho natural de hoy y de mañana”. En el tema propuesto estaba contenido un indicio de la pausa que se produjo en la historia del pensamiento jurídico entre la tradición del jusnaturalismo del pasado y la perspectiva que se ha abierto en el momento presente sobre el futuro de los derechos humanos. Y mi exposición, reproducida aquí como capítulo II del libro, se dirigió a demostrar la última conexión entre el progreso tecnológico y la aparición de los derechos humanos en el horizonte moral del mundo histórico.

Este planteamiento del problema teórico, que introdujo en el debate filosófico sobre los derechos un elemento sin razón omitido, el del proceso tecnológico, suscitó comentarios y réplicas en diferentes lugares: mi ensayo fue publicado en lengua alemana en la revista *Rechtstheorie*, en 1982, y en volumen en 1983; la misma conferencia fue reproducida por mí en francés, en el Congreso de la Federación Internacional de los Derechos del Hombre, que se llevó a cabo en la Unesco, en París, los días 17 y 18 de noviembre de 1984; y, posteriormente, fue publicada en dos traducciones en español; y luego constituyó un punto de referencia en el congreso sobre “los nuevos derechos de la edad tecnológica”, efectuado en Roma los días 5 y 6 de mayo de 1989 (V. *Actas*, al cuidado de F. RICCOBONO, Milano, 1991).

He hecho esta relación porque es sintomática de la atención constante que he aportado al problema, de la vinculación que se produjo entre ese discurso y un largo palique intelectual, del cual quedé muy agradecido con mis interlocutores.

Al ordenar estos escritos en un volumen, he considerado conveniente no obstante reproducir en el capítulo inicial un ensayo en el cual se presenta, dentro del momento de su formación primigenia, el desarrollo histórico de los derechos humanos. El proceso de expansión y de consolidación de esos derechos, que

ha consistido en un ensamble en los ordenamientos jurídicos de carácter social, se explica en el tercer capítulo, que por esto le da importancia al aspecto sociológico del problema.

No basta saber cuál es el significado de los derechos humanos, pues también debe reconocerse cuál es su funcionamiento en la práctica, y deben descubrirse los métodos de una técnica de valoración de esos derechos en la experiencia real, después que se han convertido en elemento esencial e indefectible en el contexto del ordenamiento internacional y de los ordenamientos estatales a que ya se ha hecho referencia. Ellos representan las nuevas reglas de juicio, ya sea ético o jurídico, puesto que los dos términos corresponden a los dos aspectos conjuntos de los derechos humanos, que sirven como metro cognoscitivo y como regla operativa en el círculo vital que se forma entre la verdad y el hecho, entre la teoría y la práctica, y en el cual consiste el derecho en cuanto aplicación de las formas jurídicas en la práctica social. En efecto, el derecho es una estructura que transporta la experiencia común, pero es también una técnica de promoción, de control y de represión de los comportamientos humanos.

El cuarto capítulo presenta, por tanto, la demostración de cómo han sido acogidos los derechos humanos y cómo se han tornado eficaces en los ordenamientos jurídicos, en cuanto han convalidado una nueva metodología hermenéutica del derecho, y han constituido un “control interpretativo” de las leyes positivas; de este modo, esa técnica de valoración de los derechos humanos representa una forma de garantía en favor de los tribunales judiciales, garantía que integra y corrobora la labor del legislador en la expedición de las “cartas de los derechos”.

En los capítulos posteriores el terreno de la investigación se extiende del relativo a los sistemas jurídicos al de la bioética médica, en el cual se encuentra actualmente el mayor número de problemas referentes a las técnicas de aplicación de los derechos humanos en la nueva perspectiva abierta por los descubrimientos

de la biología y de los nuevos métodos de intervención de la ciencia médica sobre el cuerpo humano. En el quinto capítulo presento una reseña general de las cuestiones que el progreso tecnológico ha impuesto en la tradicional relación entre médico y paciente. Este quinto capítulo sirve de marco general para el estudio de los problemas particulares a que están dedicados los tres capítulos restantes.

El primero de estos capítulos reproduce la exposición efectuada en el Congreso Internacional sobre la experimentación clínica de los fármacos, efectuada en Lereci los días 26 y 27 de octubre de 1984, con los auspicios de la Sociedad italiana de ciencias farmacéuticas; y sobre los temas tratados en este y en los otros dos capítulos, en los últimos años se han hecho nuevos aportes de naturaleza científica y también de significado jurídico y judicial; a pesar de esto, he conservado sin modificaciones los textos originales, como pruebas de un enfoque de los problemas de los derechos humanos en un orden de sucesión, siguiendo una línea coherente desarrollada en el tiempo.

En el capítulo V también se hace referencia, hacia la parte final, al aspecto filosófico de los derechos humanos, considerados en este caso desde el punto de vista de la ética de la situación, aceptada por mí y fundamentada en mis libros anteriores. Es desde este punto de vista desde el cual se sostiene la concepción de los derechos humanos como principios orientadores de guía moral, es decir, como reglas del comportamiento práctico. De este modo representan ellos los puntos firmes de referencia de una ética de la situación, que es contraria a toda ética de preceptos; pero la ética del caso concreto, de la responsabilidad personal, de la decisión autónoma, si se viera privada de esos emblemas de humanidad, podría aparecer fluida y casi fugaz en relación con la ética dominada por una rígida estructura de normas autoritarias; sin embargo, esta última es a la moral como el cuerpo vivo, según la frase de IMMANUEL KANT.

Por otra parte, es precisamente la ética de la situación la que permite reconocer a los derechos humanos su capacidad de adaptación a las nuevas condiciones de vida, que el progreso tecnológico implica, arrastrando a veces las impuestas por siglos en las sociedades anteriores, y que han permanecido firmes en cuanto se refiere a las condiciones interiores del hombre. El derecho natural, que también se invocaba, se servía del término *naturaleza* como de una metáfora útil para proyectar en la imaginación humana la convicción de que era cosa justa la esclavitud, la inferioridad de la mujer, la pena de muerte, la tortura y la pobreza; mientras los derechos humanos, que se han consolidado como repercusiones morales de la sociedad tecnológica, tienen en común la referencia a la “calidad de vida”, formulación moderna del derecho a la consecución de la felicidad.

Este derecho a la felicidad, invocado en la literatura filosófica del siglo XVIII, proclamado en la Declaración de los derechos de Virginia (1776) y después olvidado por la doctrina jusnaturalista y hasta befado y vilipendiado por los tiranos, que incitaban a los sacrificios exigidos por los preparativos de guerra, es ese derecho humano no escrito, que mueve tal vez más que cualquiera otro el ánimo del hombre de la edad tecnológica, aun cuando lo entrevé con las apariencias del consumismo y de la libertad sexual (en el sentido de que la relación erótica se puede realizar sin los condicionamientos naturales de las épocas anteriores). Sin embargo, en los orígenes de la atracción sensible hay un impulso moral, que es la necesidad humana de vivir una vida digna de ser vivida, sin la opresión de la esclavitud y de la miseria, sin las restricciones que nos imponen la renuncia y las represiones cotidianas.

Fue este impulso el que determinó la revolución de 1989 en los países de Europa oriental, y fue el progreso tecnológico en el campo de las telecomunicaciones el que creó el estado de ánimo, de descontento y luego de rebelión, y fue la concientización de los derechos humanos por obra de una información cada vez más

difundida de esta nueva esperanza la que hizo surgir del deseo confuso de un bienestar material la poderosa invocación a la libertad, para abrir el camino del derecho a la felicidad, como plena realización del ser humano.

El hombre de la sociedad tecnológica, de la sociedad de la información, del Estado de bienestar, se define como el hombre artificial por su nueva imagen interior, que lo hace sentir distinto del hombre encerrado en el seno de la naturaleza; y podría, no obstante, definirse, por su eficacia inventiva, como *homo artifex*, el demiurgo de un mundo nuevo, material y moral, en el cual el progreso de la sociedad tiene sus estandartes en los derechos humanos.

EL AUTOR

CAPÍTULO I

LOS ORÍGENES DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL “BILL OF RIGHTS”

I. LA REVOLUCIÓN AMERICANA Y EL “BILL OF RIGHTS”

Con la expresión colectiva de *Bill of Rights* se designan las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, que fueron propuestas en la primera legislatura del primer congreso el 25, IX, 1798, en adición al texto de la Constitución adoptada el 17, IX, 1787; fueron aprobadas por cada uno de los Estados (once en número), en un orden de sucesión cronológica que se extendió del 20 de noviembre de 1789, por el Estado de New Jersey, hasta el 15, XII, 1791 por el Estado de Virginia, el cual había proclamado de primero un *Bill of Rights* el 12, VI, 1776.

En los quince años transcurridos entre el primero y el último de los documentos normativos citados, se produjo en Europa la Revolución francesa, que proclamó la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano el 26, VIII, 1798 y expidió una Constitución el 3, IX, 1791.

La relación entre las dos revoluciones ha dado lugar a un debate, originado por una afirmación del jurista alemán GEORG JELLINEK, según la cual “la declaración francesa de los derechos fue imitada, en su conjunto, por los *Bills of Rights* americanos... Todos los proyectos de la declaración francesa desarrollan, con mayor o menor amplitud, las ideas americanas. En punto a adiciones originales, estos proyectos no contienen sino discusiones puramente doctrinarias, o desarrollos que pertenecen más bien al dominio de la metafísica política”.

Desde el punto de vista de una confrontación textual, la demostración dada por JELLINEK es innegable; pero a su tesis le fue

opuesta, en 1903, una crítica formulada por el filósofo del derecho italiano GIORGIO DEL VECCHIO, el cual observó que las declaraciones de los derechos americanos y la francesa tenían una matriz ideal común, que era la filosofía jurídica y política de la época del iluminismo, y en particular la filosofía de la escuela del derecho natural, en la cual se inspiraron las afirmaciones contenidas en los *Bills of Rights* de los *inherent Rights* [derechos innatos] del individuo y de los *Rights of the people*¹ [derechos del pueblo]; esto es, que la matriz de los *Bills of Rights* era precisamente la “metafísica política” a que se refería con cierto desprecio JELLINEK.

2. LA INTERPRETACIÓN FILOSÓFICA DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS OTRAS

La interpretación propuesta por DEL VECCHIO me parece bien fundada; como el tiempo histórico transcurre en una dimensión diversa de la señalada por la simple sucesión de hechos a lo largo de un tiempo lineal, es preciso indagar también en profundidad, donde se desarrolla la duración de las ideas y de las instituciones. Con todo y eso, la importancia atribuida por DEL VECCHIO a la matriz cultural de los documentos constitucionales americanos no encontró siempre aprobación y plena aceptación en la historiografía sobre la revolución norteamericana que ha recorrido la trayectoria de este siglo. Diez años después del ensayo citado, en 1913. CHARLES A. BEARD publicó su *Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, que sentó doctrina acerca de este asunto, hasta el punto de convertirse en un *best seller*, como si se tratara de una novela, ya que se vendieron más de once millones de ejemplares. Veinte años después, en 1923, apareció la obra de CHARLES H. MCILLWAIN, *The American Re-*

¹ G. DEL VECCHIO, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella Rivoluzione francese*, Genova, 1903; reproducido en *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1963, págs. 139-216; allí cit. de G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, 1895.