

COMENTARIOS DE LEGISLACION Y

JURSIPRUDENCIA EXTRANJERA SOBRE FAMILIA –

PERSONA Y SUCESIONES

Con especial referencia a la jurisprudencia relativa al tema de la Muerte digna y la Asistencia al suicidio

ADOPCION – Francia Francia Decreto N98 –771- Condiciones para adoptar.
La Semaine Juridique 16 de Setiembre de 1998 N 38 - Actualite

La ley 96- 604 del 5 de Julio de 1996 introdujo importantes reformas al régimen de la adopción y tiene por objeto regular los efectos de la internacionalización de la adopción y tiene por objeto regular los efectos de la internacionalización de la adopción y modificar los procedimientos a fin de hacerlos mas seguros. Esta ley ha sido recientemente reglamentada con relación a las condiciones para adoptar.

Las personas que deseen adoptar un pupilo del estado francés o un menor extranjero deberán obtener un acuerdo del Presidente del Consejo General de su departamento de residencia. El decreto N 98 – 771 fija el procedimiento para obtener el acuerdo:

- Los pretensos adoptantes deben haber recibido adecuada información sobre las responsabilidades de la adopción, los trámites a ella relativas y deben manifestar su deseo de continuar con la adopción después de haberlos conocido,
- Se debe comprobar las condiciones de los aspirantes a la adopción mediante una encuesta ambiental y psicológica

El certificado está condicionado a que los adoptantes renueven anualmente su deseo de adoptar

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LA BIOMEDICINA.

Protocolo adicional relativo a la clonación. (La Semaine Juridique – 3 de Junio de 1998 Bioetica (legislación, jurisprudencia de ética – crónica de actualidad, par Christian BYK, I,139)

La Convención sobre los Derechos del Hombre y de la Biomedicina fue abierta para

la firma de los signatarios el 4 de abril de 1997, en ella no se previó el problema de

la clonación ya que Dolly nació en febrero de 1997, es por ello que un año después

de la convención fue necesario confeccionar un Protocolo Adicional, que fue firmado

en Paris por 19 estados, en él se propone en nombre de la dignidad humana la

prohibición de crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o

muerto y define que debe ser entendido por “genéticamente idéntico” todo ser

humano que tenga en común con otro el conjunto de genes nucleares. (art. 1)

además especifica que ninguna derogación a esta prohibición debe ser autorizada.(

art 2)

CONSEJO DE EUROPA- Reglamentación de los bancos de datos médicos automatizados. (La Semaine Juridique – 3 de Junio de 1998 Bioetica (legislación, jurisprudencia de ética – crónica de actualidad, par Christian BYK, I,139)

El 13 de febrero de 1998 el Consejo de Europa dictó una nueva recomendación

relativa a la reglamentación de bancos de datos médicos automatizados, en la cual

los datos genéticos tienen un especial tratamiento.

Cabe tener en cuenta que en el mundo se han desarrollado sistemas privados de

información médica relativos a datos sobre la salud, que requieren de una especial

reglamentación porque ponen en riesgo principios como la intimidad o la privacidad

o el secreto médico por intereses comerciales.

FILIACION -TECNICAS DE DIAGNOSTICO PRENATAL - Francia

El Decreto N 97 97-579 del 28 de mayo de 1998 relativo al diagnóstico prenatal . JO 31 mai 1997 (CE 14 feb. 1997 JCP G 1997 II, 22828, Note J Moreau; RD sanit Mai -Juin 1997, N 33-2, p 255)

Prevee que el consentimiento dado por la mujer para que se le practiquen las técnicas de diagnóstico prenatal, y la información correspondiente deben ser dado por escrito a la paciente y está debe firmar haberla recibido.

El objetivo del legislador es asegurar que a la paciente se le ha brindado toda la información cuando se le practica el diagnóstico prenatal, para permitir tomar una decisión contando con todos los elementos de juicio y evitar la responsabilidad médica ya que el Consejo de Estado Frances ha condenado recientemente a un hospital francés a indemnizar a los padres de un niño mogólico, a quien no se la había revelado la irregularidad del cromosoma 21 al practicarsele la amniosentesis.

FILIACIÓN - TECNICAS DE DIAGNOSTICO PREIMPLANTATORIO - Francia
Decreto N 98 – 216 del 24 de marzo de 1998 relativo al diagnóstico biológico efectuado a partir de células sobre el embrión in vitro. Comunmente denominadas técnicas de diagnóstico pre –implantatorio – DPI La Semaine Juridique 6 de Mayo de 1998 actualidad.

Este Decreto reglamenta la legislación relativa a las técnicas de fecundación asistida 94-654, que fue sancionada en julio de 1994. Tardó mas de 3 años en dictarse por los graves problemas éticos que suscita las técnicas de diagnóstico preimplantatorio y la investigación en embriones que en Francia está en principio prohibida.

El decreto determina en que casos la investigación sobre embriones podrá hacerse y especifica que esta es extraordinaria y que solo puede practicarse en casos excepcionales, cuando algunos de los padres tenga una enfermedad genética transmisible e incurable, que el objeto de la investigación debe ser exclusivamente la búsqueda de esa enfermedad y en su caso su cura. Además se determina quienes

son los médicos y los centros que pueden practicar el D.P.I., previo consentimiento informado de los progenitores

Las consecuencias del D.P.I. son la facultad de los padres de elegir que embriones van a ser implantados y lógicamente de descartar los embriones enfermos, ya que la Corte de Casación ha dicho que el derecho al respeto de la vida desde la concepción no rige para los embriones no implantados.

REGIMENES MATRIMONIALES – Reglamentación en Francia de la Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales. (La Semaine Juridique 24 de Junio de 1998- Etudé par Thierry Vignal, I, 146)

La ley del 28 de Octubre de 1997 reglamentó en Francia la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, del 14 de marzo de 1978, en vigor en Francia desde 1992.

Lo más importante a señalar es que la convención permite la elección del régimen matrimonial y de la ley aplicable tanto en el momento de celebración del matrimonio, como al tiempo de cambiar de régimen.

Sabido es que en materia de regímenes matrimoniales lo que se busca es la protección de terceros, la elección de un régimen matrimonial, o el cambio de régimen no puede perjudicar a los terceros que se relacionan con los cónyuges. El motivo de la ley es salvaguardar el interés de los terceros, que deben conocer cual es la ley aplicable que los cónyuges hayan elegido a cuyo fin cobra fundamental relevancia las medidas de publicidad.

Así el nuevo Artículo 1397 –4 del Código Civil Francés establece que si la designación de la ley aplicable es realizada durante el matrimonio, esta designación tiene efectos entre las partes desde el momento de la celebración y frente a terceros tres meses después que las formalidades de la publicidad previstas en el artículos 1397 – fueren cumplidas.

JURISPRUDENCIA

ABLACION DE ORGANOS – Consentimiento presunto

Tribunal Federal de Suiza Sala Primera de Derecho público sentencia del 16-4-997
Revista de Investigaciones- Secretaria de Investigación en Derecho Comparado 1-
1998 – p.79

La ley del Cantón de Ginebra que presupone el consentimiento de las personas para la ablación de órganos, acepta que éstas puedan oponerse en vida a dicha ablación y legitima a sus familiares a oponerse a la ablación por un breve periodo de tiempo después de la muerte; fue cuestionada por un particular quien consideró que el consentimiento presunto violaba el derecho a la libertad.

La Corte entendió que el consentimiento presunto relativo a la ablación de órganos no violaba la libertad del sujeto quien siempre podía oponerse expresamente, Además puso de resalto que la norma facilitaba la donación de órganos y propendía a evitar su comercialización o tráfico. Por otra parte aclaró que la libertad personal puede ser limitada por medidas estatales si descansan sobre una base legal, responden a un interés público y están de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

ABORTO.

Tribunal Constitucional de Polonia sentencia del 28 - 5 –1997
Revista de Investigaciones- Secretaria de Investigación en Derecho Comparado 1- 1998 – p.93

El Tribunal Constitucional de Polonia entendió que el derecho a decidir si tener un hijo o no tenerlo, puede ser ejercido antes de la concepción, pero que nadie está

autorizado a no tener un hijo cuando ya sido concebido, ya que prima el respeto de la vida humana sobre el derecho a la intimidad o a la libertad de la mujer.

Además señaló que la autorización de abortar para las mujeres embarazadas que enfrentan dificultades económicas o una situación social difícil, viola el principio de proporcionalidad de los valores constitucionales.

ACOSO SEXUAL entre personas del mismo sexo.

Suprema Corte de los E.E.U.U. sentencia del 4-3-98 Joseph Oncales v- Sundowner Offshore Service publicada en 66 LW 4172.

El Señor Oncale promovió demanda contra su empleador por el acoso sexual que sus compañeros de sexo masculino lo sometían en el lugar de trabajo. El Tribunal de Distrito y la Cámara de Apelaciones no hicieron lugar al planteo porque entendieron que el acoso sexual no tiene lugar entre personas de sexo masculino. El actor planteo un Writ of Certiorari ante la Suprema Corte la que falló a favor del accionante señalando que una demanda de discriminación en razón del sexo no puede ser rechazada solamente porque el actor y el demandado sean de igual sexo, y que la figura del acoso sexual puede darse entre personas de igual sexo.

ACOSO SEXUAL Y SEDUCCIÓN

Camara de Apelaciones de Douai 10 1et de 1997 . La Semaine Juridique 11 de marzo de 1998.

La Corte de Apelaciones de Douai viene de sostener que el hecho de que un presidente director general de una empresa tome la mano de una asalariada al momento de la pausa del café delante de otros empleados, que le toque el pie por debajo de la mesa, que le diga que la ama, que la mire tierna y apasionadamente, que le haga regalos al retorno de un viaje, que le proponga verbalmente besarla en

la boca y que le manifieste que la extrañaba enormemente cuando ella estaba de paro, no constituye acoso sexual, porque no son hechos ni agraviantes, ni humillantes, ni atentan contra la dignidad de la trabajadora, ni constituyen abuso de autoridad del superior, ni contienen presiones para obtener favores sexuales, sino que son signos convencionales de seducción que manifiestan una inclinación que puede ser sincera y que no es reprochable penalmente.

ADOPCION - FILIACION

Adopción y filiación – Conflicto entre el padre que reconoce a una persona por nacer que es inscrita como de filiación desconocida y la adopción del menor. Validez del reconocimiento prenatal de un niño que nace sin filiación.

C.Riom, 2ch, 16 de dec 1997. Association enfance et Famille d Adoptio c- F.Et

A.publicado en La semaine Juridique 16 de Setiembre de 1998 – p 1588.

Un padre había reconocido como hijo a la persona por nacer de una mujer entre los días 10 y 20 de septiembre de 1996. El niño nació el 5 de setiembre de 1996, la madre ocultó el nacimiento al padre y le dijo que había dado a luz a una criatura muerta, y lo anotó como de filiación desconocida (¹) el niño fue remitido a la asistencia social para ser dado en adopción, el Consejo de Estado dio su acuerdo para la adopción y el niño fue remitido a una familia sustituta. El padre reconociente, tomó conocimiento del nacimiento y anotó su reconocimiento en forma marginal en la partida de nacimiento, se opuso a la adopción, y reclamó la restitución del menor. El Consejo de Familia y de Pupilos del Estado denegó la autorización por no poder

¹ El art 341 – I permite que en el momento del parto la madre solicite que su identidad quede en reserva se denomina parto bajo X.

determinar si el niño reconocido era hijo del actor. El Tribunal de Grand Instance de Couset nombró al padre como tutor y ordenó las pruebas genéticas, a fin de determinar la identidad del reconocido, en el juicio intervino espontáneamente la Asociación de Niños y Familias Adoptivas, que apeló la decisión señalando que ello violaba el deseo de la madre de que nunca se revelara su identidad, y además cuestionó el valor del reconocimiento porque el sujeto del mismo era el hijo de una mujer que por una ficción jurídica nunca había dado a luz

La Cámara de apelación de Rion negó valor al reconocimiento porque el objeto del reconocimiento era un niño que jurídicamente no había nacido, ya que se había reconocido a un hijo de una mujer que jurídicamente no había dado a luz, por ello la Corte hizo lugar a la apelación y confirmó la entrega del menor en adopción. La única vía para el padre es demostrar la paternidad biológica del niño inscripto como de filiación desconocida, mediante la acción pertinente

En nuestro país no existe la posibilidad de que la madre opte por inscribir el niño como de filiación desconocida porque la filiación se determina por el hecho del parto y la identificación del nacido art 242 del Código Civil, el fallo comentado nos convence de las bondades de nuestra legislación porque de admitirse en una futura reforma legislativa, la posibilidad de que la madre inscriba un niño como de filiación desconocida para preservar su intimidad no solo se vulnerarían los derechos del niño de conocer su identidad sino los del padre que le resultara muy difícil el reconocimiento pre-natal, aunque éste es cuestionado en nuestro derecho positivo porque existe una prohibición de que en el acto del reconocimiento se declare el

nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, ha menos que esa persona lo haya reconocido o lo haga en el mismo acto.

CONVENCIONES INTERNACIONALES

Aplicación directa del artículo 3-1 de la convencion sobre Derechos del niño-

Consejo de Estado 22 de Setiembre de 1997 – Mlle Cinar

La Semaine Juridique 1 de Abril de 1998 – N 14 II, 1052.

El Consejo de Estado Frances ha decidido la aplicación directa del artículo 3-1 de la convención de derechos del niño que establece que en todas las decisiones concernientes a los niños ya sea que sean tomadas por instituciones públicas o privadas de protección social o por tribunales debe primar el interés superior del niño en forma primordial.

En el caso se trataba de una joven soltera de nacionalidad turca llamada Cinar que tenía una carta de residencia desde hacia 10 años y que en el año 1994 había traído desde Turquía en forma ilegítima a su hijo Tolga que tenía 4 años al momento de la decisión. Cinar había solicitado la admisión de la residencia de Tolga en Francia en virtud del reagrupamiento familiar² y el Prefecto se la había denegado por el ingreso ilegal del hijo y la había condenado a enviarlo a Turquía en el término de un mes. El Consejo de estado valoró que esa decisión era contrario al interés superior del niño ya que este no conocía a su padre ni tenía parientes en Turquía ni nadie que le pasara alimentos , y resolvió la aplicación directa de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

² El reagrupamiento familiar debe ser solicitado en el país de origen según el Artículo 29 – I – 5 de la Ordenanza de 1945

El precedente es doblemente importante, en primer lugar porque se aparta de lo dispuesto por la Corte de Casación Francesa desde el año 1993, en que la Corte sostuvo que para la aplicación de la Convención es necesario adecuar la legislación interna, por aplicación del artículo 4 de la misma Convención que recomienda a los países miembros adecuar su legislación interna a fin de lograr el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención.

El Consejo de Estado Francés en un pronunciamiento audaz se aparta de la línea jurisprudencial de la Corte de Casación y aplica directamente la Convención por sobre la legislación positiva que impide que el reagrupamiento familiar sea solicitado en Francia.

DERECHO A LA IGUALDAD – DISCRIMINACIÓN DE MUJERES EN RAZON DEL SEXO.

Tribunal Federal de Suiza, Sala II de derecho público sentencia del 23-4-1997, Revista de Investigaciones- Secretaria de Investigación en Derecho Comparado 1-1998 – p.18

En Suiza existe una norma que obliga a los hombres y no a las mujeres a prestar servicio contra el fuego o pagar una tasa por la no prestación de este servicio.

El Tribunal Federal de Suiza, ha declarado que esta norma es inconstitucional por violar el principio de igualdad contenido en el art. 4.8 de la Constitución Federal. Señaló que el principio de igualdad de sexos significa que el hombre y la mujer deben ser tratados de igual manera en todos los campos. Un tratamiento diferente del hombre y de la mujer solo es admisible, si las diferencias fisiológicas o

funcionales fundadas en el sexo excluyen de manera absoluta un tratamiento análogo, circunstancia que no se da en cuanto al servicio contra el fuego donde no existe diferencia biológica o funcional que justifique un tratamiento diferente.

DERECHO A LA IGUALDAD – Discriminación de mujeres en razón del sexo.

Corte Suprema de Canadá sentencia del 27- 02-1997- N 23.811 Benner v. Canada Revista de Investigaciones- Secretaria de Investigación en Derecho Comparado 1- 1998 – p.9

La ley de Ciudadanía Canadiense disponía que los hijos de hombres canadienses nacidos en el extranjero antes del 15 de febrero de 1977 podían solicitar y adquirir la nacionalidad canadiense, mientras que los hijos de mujeres canadienses nacidos en idénticas condiciones no tenían acceso automático a este derecho, sino que debían someterse a un control de seguridad .

Un señor hijo de madre Canadiense y padre norteamericano nacido en 1962 requirió la nacionalidad canadienses su pedido fue rechazado por no pasar el control de seguridad, la Cuestión llegó a la Corte Suprema de Canadá quien resolvió que es contrario al principio de igualdad que los hijos de padres tengan mejores derechos en razón a la obtención de la ciudadanía que los hijos de madres.

El mas alto tribunal canadiense decidió que es discriminatorio que en algunos casos los hombres y las mujeres no sean igualmente idóneos para transmitir las cualidades que puedan considerarse necesarias para ser un buen ciudadano canadiense.

DERECHOS HUMANOS – No es contrario a la “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes” expulsar un narcotraficante a Colombia.

Corte Europea de Derechos Humanos sentencia del 29 – 4-1997 H.L.R- c- Francia. Revista de Investigaciones- Secretaria de Investigación en Derecho Comparado 1- 1998 – p.91

Un ciudadano Colombiano fue condenado en Francia por un delito relativo al tráfico de drogas y condenado a ser deportado a Colombia y a cinco años de prisión. El delincuente en cuestión después de agotar las instancias correspondientes planteo ante la Comisión Europea de Derechos Humanos que su expulsión resultaba violatoria del artículo 3 de la “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes”, por las condiciones de riesgo que se vive en Colombia-quien se expidió diciendo que la expulsión del peticionario violaría el artículo 3 de la “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes”³. La Corte Europea de Derechos Humanos entendió que no existía tal violación porque no se ha demostrado en que medida la situación del deportado sería peor a la de los restantes ciudadanos que viven en Colombia y que además el requirente no probó que las autoridades de Colombia sean incapaces de ofrecerle una protección adecuada.

FILIACION. Paternidad – impugnación. Legitimación

Corte de Arbitraje de Bélgica sentencia del 14-7-1997 en Revista de Investigaciones- Secretaria de Investigación en Derecho Comparado 1- 1998 – p. 53.

³ El Artículo 3 de la “ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels inhumanos o Degradantes” Establece que “ Ningún estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.” Ha sido ratificado por nuestro país por ley 23.388

En Bélgica se ha decidido que no es contrario a los principios de igualdad y a la no discriminación contenidos en los arts 10 y 11 de la Constitución, el hecho de que la Paternidad de un hombre que es el marido de la madre de un niño, no pueda ser impugnada mas que por dicho hombre, su esposa y el niño y no por otra persona, incluso el padre biológico.

HOMOSEXUALES – UNION DE HECHO – LOCACION.

La Corte de Casación ha declarado que la unión de hecho homosexual no constituye un concubinato y que por lo tanto a la muerte del compañero homosexual, su pareja no tiene derecho a continuar en la locación como si lo tienen los concubinos. Ha asegurado que ello no es violatorio al artículo de la Convención Europea de Derechos Humanos, ni al artículo 26 del Pacto Internacional Relativo a los Derechos Civiles y Políticos

MUERTE – PRUEBA –SEGURO DE VIDA

Cour de Cassatio 7 de enero de 1997 , JCP G 1997 II- 22830

Un señor había suscripto un contrato de seguro de vida que vencía el 13 de abril de 1987 a las 24 hs. el 11 de abril quedó en coma profundo a consecuencia de un accidente de circulación y finalmente murió el 14 de abril. La cuestión consistía en determinar si el contratante murió durante la vigencia del seguro o con posterioridad. El perito informó que el 13 de abril el enfermo presentaba síntomas de un coma profundo y que si se le hubiera realizado un encefalograma este hubiera dado plano, la Corte de Casación valoró que el encefalograma plano recién fue realizado el día 14 de abril y que las constataciones médicas realizadas el 13 de abril eran prueba

insuficiente de la muerte por lo cual los beneficiarios del seguro de vida se vieron privados de él.

SIDA

Presos- derechos a permanecer en las cárceles y países donde se encuentran detenidos. (La Semaine Juridique – 3 de Junio de 1998 Bioética (legislación, jurisprudencia de ética – crónica de actualidad, par Christian BYK, I,139

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que Gran Bretaña viola el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos si expulsa a su país a un preso enfermo de sida en fase terminal aún cuando este haya sido condenado por tráfico de drogas y ha ingresado ilegalmente al país.

La Corte señaló que la prohibición contenida en el artículo 3 de la “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes” relativo a que se encuentra prohibido a los estados someter a una persona a penas o tratamientos degradantes, se aplica aún a los ciudadanos extranjeros aún cuando hayan entrado irregularmente en Gran Bretaña y aún cuando se trate de un delito de máxima gravedad.

En definitiva lo que el enfermo buscaba era el derecho a beneficiarse del tratamiento médico o social brindado por Inglaterra en la prisión. La Corte para evitar la “extensión” de esa decisión a otra situaciones a tenido cuidado de decir que los nacionales que purgan una pena de prisión y que han sido expulsado no pueden en principio reivindicar el derecho a quedarse en el territorio del estado a fin de continuar beneficiándose con la asistencia médica ó social durante su estadía en prisión., pero en el caso se tuvo en cuenta *que la suspensión de los tratamientos*

que resultarían de la expulsión lo expondría al riesgo de morir en cirunstancias particularmente dolorosas e inhumanas.

Debemos poner de relevancia que mientras la Corte de Europa ha considerado una pena inhumana que un estado mande un preso enfermo de SIDA en fase terminal que ingresó al estado en forma ilegítima a su país de origen, nuestros tribunales invocando los tratados de derechos humanos permiten que los presos enfermos de SIDA en fase terminal termninen sus vidas fuera de las cárceles.

SIDA .Responsabilidad del productor del plasma viciado.

Cass 1 de abril de 1998 Cts c Centre Regional de Bordeaux. La semaine Juridique e de junio de 1998

La Señora Felicie se contagió de SIDA en el transcurso de una acto quirúrgico en el que se transfundido plasma infectado que provenía del Centro Regional de Tranfusión Sanguinea de Bordeaux.

La mujer, su marido y sus 4 hijos reclamaron al Centro de Transfusión Sanguínea de Bordeaux que se les indemnizara los perjuicios sufridos por la contaminación de Felicie con HIV. El Tribunal de Grande Instance de Bordeaux hizo lugar a la demanda y concenó a pagar a la víctima 2.000.000 de francos por los daños producidos por la contaminación y 200.000 francos por el atentado a su integridad física. También condenó a indemnizar el daño moral producido a sus hijos y su esposo en la cifra de 50.000 francos y 10000 francos respectivamente.

La Corte de Apelaciones de Bordeaux revocó esta resolución porque no se había demostrado la culpa del Centro de transfusiones sanguíneas y la Corte de Casación

revocó la resolución de la Corte de Apelaciones de Bordeaux señalando que todo productor es responsable de los daños causados por un defecto de su producto, tanto frente a la víctimas inmediatas como frente a las víctimas indirectas, sin que se pueda distinguir según sean partes contratantes o terceros.

El precedente es importante porque condena a indemnizar el perjuicio al productor del producto viciado que no estaba ligado con la víctima por ningún lazo contractual, y además porque no limita la responsabilidad a la víctima sino que la hace extensible no a los legitimados indirectos es decir a su esposo y a sus hijos.

SADOMASOQUISMO

Corte Europea de derechos del Hombre. “X et a c- Reino Unido” (La Semaine Juridique – 3 de Junio de 1998 Bioética (legislación, jurisprudencia de ética – crónica de actualidad, par Christian BYK, I,139

La Corte Europea de Derechos del Hombre viene de afirmar que no es reprochable que los jueces nacionales condenen a las personas por las lesiones al cuerpo realizadas en practicas sadomasoquistas consentidas por personas adultas no obstante que el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre establezca el derecho de toda persona al respeto a su vida privada y familiar y a su domicilio y a su correspondencia.

Creemos que correctamente en el caso se ha priorizado el deber del estado de salvaguardar la integridad de las personas por sobre el derecho de estas a su privacidad, ya que el consentimiento de la víctima de prácticas sadomasoquistas no priva de ilicitud al acto de lesión.

TRANSEXUALISMO – PROCREACION – FILIACION

(La Semaine Juridique – 3 de Junio de 1998 Bioética (legislación, jurisprudencia de ética – crónica de actualidad, par Christian BYK, I,139

X Un transexual femenino que vivía en pareja con otra mujer Y obtuvo la autorización para hacer inseminar a su pareja Y y tras el nacimiento de Z solicitó la autorización para que se lo inscribiera como padre de Z, que le fue denegada en el Reino Unido motivo por el cual recurrió a la Corte Europea de Derechos del Hombre que consideró que la denegatoria de Inglaterra de inscribir como padre a quien no era su padre biológico no violentaba el art 8 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, siguiendo en esto el criterio que sostenido para el casamiento de homosexuales cuando consideró que la prohibición de Inglaterra de casarse a los homosexuales no violentaba el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Muerte digna - Asistencia al suicidio

Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Colombia caso PARRA Santa Fe de Bogotá, Mayo 20 de 1997, LL 1997-F-509 y a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los E.E.U.U. casos “VACCO, procurador general del Estado de Nueva York y otros v. Quill y otros”, 26 –6-97, publicado en JA el 10 de diciembre de 1997 y “Washington v. GLUKSBERG.” Del 26-6-97 publicado en 65LW4669

1. Introducción

Dos cortes Supremas de dos países diferentes (E.E.U.U. y Colombia) debieron expedirse en el año 1997 sobre la constitucionalidad de las leyes que condenan la asistencia al suicidio, y lo hicieron en forma contraria; mientras que la corte colombiana consideró que la asistencia al suicidio realizada por un médico en caso de enfermos terminales no puede ser objeto de sanción penal, la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que las leyes que sancionan el suicidio asistido no vulneran el principio de igualdad y de libertad y que por tanto son

constitucionales. Atento a la diversidad de soluciones consideramos conveniente analizar por separado los tres precedentes.

2. Suprema Corte de Colombia. Caso Parra Parra José
a. Antecedentes

El Código Penal de Colombia contiene un artículo que establece una pena atenuada para el homicidio piadoso. Concretamente dice el art. 326 del Código penal Colombiano *"el que matare a otro por piedad o por poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o de enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de tres meses a seis años"*.

b. La pretensión

José Parra Parra planteo una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo transcrito solicitando que se le declarara inconstitucional porque consideró que:

1. Con esa **norma el estado no** cumple con el deber de **garantizar la vida**, pues deja al arbitrio del médico o del particular la decisión de terminar con la vida de aquellos a quienes se considere un obstáculo, una molestia o cuya salud implique un alto costo.
2. La **levedad de la sanción implica una autorización para matar**. (En el caso del homicidio simple la pena en Colombia es de 10 a 15 años y del agravado de 16 a 30 años.)
3. La norma atacada vulnera el **principio de la igualdad** porque **discrimina** contra quien se encuentra gravemente **enfermo** o con mucho dolor.

4. En el **homicidio piadoso** se reflejan las tendencias de los estados **totalitarios** , fascistas y comunistas que responden a las ideas hitlerianas y stalinistas donde los mas enfermos son conducidos a las cámaras de gas, condenados a estas para ayudarles a morir mejor.

C. La decisión de la Corte

La mayoría de la Corte señaló que el homicidio por piedad no es inconstitucional porque gradúa la pena de acuerdo a la culpa y que ello es concordante con el sentido del derecho penal donde no solo se tiene en cuenta el acto sino también la motivación para determinar la pena.

Por otra parte, puso de relevancia que ninguna garantía constitucional se violaba por graduar de distinta manera el homicidio simple de aquel realizado por piedad. En este último caso la muerte se produce no por sentimiento de desprecio hacia la vida ajena sino para evitar el sufrimiento del otro, por lo cual la muerte puede ser vista como un acto de compasión o misericordia.

Lo llamativo del precedente es que **la Corte de Colombia no se limitó a decir que el artículo cuestionado era constitucional, sino que se dedicó a considerar si es ilegítimo que se penalice a una persona que comete homicidio por piedad pero atendiendo a la voluntad del propio sujeto.** (Cuestión esta que no había sometida a decisión).

La mayoría de la corte entendió que en el caso de los enfermos terminales cuando el sujeto pasivo lo solicita y la muerte le produzca un médico, no podrá derivarse responsabilidad penal.

Para llegar a esa conclusión el superior tribunal colombiano tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

- Que Colombia es un país democrático y pluralista y que en él no se puede imponer a la población una concepción de la vida como algo sagrado propia de una pensamiento religioso o moral determinado, ya que dentro del pluralismo se debe aceptar como válida la creencia que la vida es algo valioso pero no necesariamente sagrado, a la que se le puede poner fin por decisión de su titular cuando las circunstancias que la rodean no la hacen deseable de ser vivida.
- Que en aras de la dignidad de la persona humana y en base al principio de autonomía de la voluntad no se puede obligar a una persona a seguir viviendo en condiciones humanas indignas porque una mayoría considera inmoral producir el fin de la vida. Menos aún si el fundamento de ello se basa en fundamentos religiosos o morales que solo pueden constituir una opción.
- Que el deber del estado de proteger la vida debe ser compatible con el respeto a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por todo ello la Corte consideró que en el caso de enfermos terminales que sufren intensos sufrimientos el deber del médico de proteger la vida cede frente a los pacientes que desean morir en forma digna. La actuación del sujeto activo carece de antijuridicidad porque se trata de un acto solidario motivado por la decisión de aquel que por sus intensos sufrimientos piden que le ayuden a morir.

El Tribunal especificó que para que los jueces puedan exonerar de responsabilidad el sujeto activo debe ser un médico que produzca homicidio petístico a pedido del enfermo.

La Corte también dijo que debían expresamente verificarse a la competencia de las personas, la situación real del paciente, la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir., e instó al congreso para que legislara sobre el tema de la muerte digna , y consideró que mientras el tema no se regulara por una reforma legislativa en el caso del homicidio por piedad realizado por el médico a pedido del enfermo no podrá derivarse responsabilidad para el médico pues la conducta está justificada.

La minoría del Tribunal por su parte puso en relevancia que el tema de la asistencia al suicidio excedía el límite de la pretensión, y que al resolverlo la Corte se irrogaba facultades legislativas, porque modificaba el código penal y además reformaba la Constitución ya que en la constitución Colombiana el derecho a la vida es inviolable, y a partir del fallo deja de serlo.

3.SUPREMA CORTE DE E.E.U.U. Caso Vacco

a. Antecedentes

En Nueva York como en la mayoría de los estados de E.E.U.U es un delito el ayudar a otro a cometer un suicidio, aún cuando quien lo solicita sea un enfermo terminal.

Algunos enfermos terminales y algunos médicos plantearon la inconstitucionalidad de la prohibición de la ayuda al suicidio por violatoria al principio de la igualdad, ya que consideraron que se vulnera la garantía de la igualdad si a algunos enfermos se les permite acortar su vida aceptando la negativa a recibir tratamientos médicos que podrían prolongársela , mientras que a otros enfermos se

les priva de tal posibilidad al no asistírselos medicalmente en el suicidio. En definitiva se partió de la base que la negativa a someterse a tratamientos médicos era equivalente al suicidio.

b. Las decisiones del Tribunal de Distrito y de la Corte del Segundo Distrito

El Tribunal del Distrito rechazó el planteo de los actores y la Corte de Apelaciones del Segundo distrito hizo lugar al pedido de inconstitucionalidad porque consideró que la ley de prohibición de ayuda al suicidio no trata de igual manera a aquellos que por estar en las etapas finales de la enfermedad y depender de sistemas que los mantengan con vida se les permite apresurar sus muertes al ordenarse el cese de esos sistemas; de a aquellos que están en una situación similar, con la excepción que no dependen de sistemas para mantener con vida y no se les permite apresurar sus muertes por medio de la autoaplicación de drogas autorizadas. En opinión del tribunal *“la terminación de la vida por medio del retiro de sistemas que mantienen con vida a los pacientes no es nada mas ni nada menos que el suicidio asistido”*

c. Sentencia de la Corte Suprema

La Suprema Corte de Justicia de los E.E.U.U. revocó el fallo del segundo distrito y señaló que la prohibición del suicidio asistido a la vez que permite que un enfermo terminal rechace el tratamiento médico no viola la “cláusula de igual protección” porque las situaciones no son iguales ya que en el primer caso la causa de la muerte es una patología o enfermedad subyacente mientras que en el otro caso la causa de la muerte es la ingesta de medicamentos prescrita por un médico.

El tribunal puso de relevancia que no existe violación a la igualdad ya que todos los ciudadanos pueden rehusar al tratamiento médico no querido y al mismo tiempo todos los ciudadanos tienen prohibido ayudar a otro en el suicidio.

Además se consideró que un médico que retira el tratamiento médico para mantener con vida o que acepta el rechazo del paciente de no comenzar con aquel intenta deliberadamente respetar únicamente los deseos de sus pacientes y dejar de hacer cosas inútiles y fútiles o degradantes para el paciente cuando este ya no está en condiciones de seguir beneficiándose con aquellas. Sin embargo el médico que asiste a un suicidio debe tener la intención de matar.

La Corte enfatizó la importancia de la intención para distinguir entre la asistencia al suicidio y el retiro de los tratamientos agresivos, en el primero la acción es llevada a cabo en “razón de matar” mientras que en el otro caso la acción es llevada a cabo “a pesar” que el fin será la muerte y aceptó que podían existir zonas grises, pero insistió que la lógica y la práctica actual apoyan la decisión del Estado de Nueva York de que los dos actos son diferentes, por lo tanto el Estado de Nueva York está facultado para tratarlos en forma distinta.

3 Suprema Corte de E.E.U.U.Caso GLUKSBERG.

a. Antecedentes del caso.

En Washington existe una ley que prohíbe la asistencia al suicidio, cuatro médicos que normalmente atendían enfermos terminales y tres enfermos que murieron durante el proceso plantearon la inconstitucionalidad de dicha ley. Entendieron que ella era violatoria de la ley del debido proceso de la Enmienda XIV que según su

criterio abarcaba la libre elección de una enfermo terminal de solicitar ayuda a un médico para morir

B Decisión del Tribunal Federal del Distrito y de la Cámara de Apelaciones del Noveno Circuito.

El Tribunal de primera instancia declaró la inconstitucionalidad de la ley que penaba la asistencia al suicidio basándose en que ella era violatoria de " liberty interest."

La Cámara de Apelaciones del Noveno Circuito (San Francisco), confirmó la inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Federal del Distrito. Consideró que existían seis motivos por los cuales los estados pueden penar la asistencia al suicidio: 1) El interés genérico en preservar la vida 2) el interés mas específico en evitar los suicidios. 3) el interés mas específico evitar la participación indebida de terceras personas. 4) el interés en proteger la integridad de la profesión médica 5) el interés en evitar consecuencias adversas que darían lugar la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

El Tribunal no consideró que estos derechos fueran lo suficientemente importantes – ni individual ni conjuntamente – como para primar sobre el derecho a como terminar con la propia vida.

Señaló que no hay ninguna diferencia ética ni constitucionalmente reconocible entre la acción de un médico que desenchufa un respirador y aquella en la que receta fármacos que permiten a un enfermo poner fin a su vida.

Los demandados dedujeron un writ of certiorari ante la Suprema Corte.

Decisión de la Suprema Corte.

La Corte de Los E.E.U.U. revocó el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones del noveno distrito por entender que la asistencia al suicidio no era un “liberty interest”, que no había sido correctamente descrito el interés superior que se pretendía proteger y que son esa ley el Estado protegía tenía intereses superiores como el de la protección a la vida la protección de la ética médica.

Concretamente señaló que la asistencia al suicidio no era un Liberty Interest fundamental protegido por la enmienda XIV porque:

- Para ser considerado un liberty fundamental debe estar enraizado con la historia y la tradición Norteamericana, en este caso no se podía decir que estuviera enraizado en la tradición del derecho anglo – americano ya que durante 700 años en éste había primado la idea de censurar la ayuda al suicido sin poner excepciones porque la víctima fuera un enfermo terminal. Además recordó que el Presidente de los E.E.U.U. había firmado un acta “Federal Assisted suicide Funding restriction” por la cual prohíbe el uso de fondos federales para costear el suicidio asistido por un médico.
- Declarar que la asistencia al suicidio no debe ser penada es ir en contra de años de tradición, atentar contra una idea generalizada de rechazo a la asistencia al suicidio y equivale a declarar inválida las leyes de la mayoría de los estados.

Además entendió que el estado tiene un interés legítimo en prohibir la asistencia al suicidio, y que ese interés tiene relación con a) la prohibición de homicidios intencionales b) la preservación de la vida humana c) la prevención del serio problema de salud pública del suicidio especialmente entre los anciano, los jóvenes y aquellos que sufren de dolores no tratados de depresión o de desordenes

mentales d) la conservación del rol de los médicos como curadores de sus pacientes.
e) la protección de los pobres, los ancianos, los incapacitados, los enfermos terminales y los miembros de otros grupos vulnerables a la indiferencia, prejuicio y presión psicológica y financiera para que terminen con sus vidas, y evitar un posible deslizamiento hacia la eutanasia voluntaria y quizás aún hacia la involuntaria.

La Corte de los E.E.U.U. finalizó señalando que la ley que penaliza la asistencia al suicidio está estrechamente vinculada con esos intereses superiores y que por tanto debe ser considerada constitucional.

GRACIELA MEDINA