

LAFFERRIÈRE, JORGE NICOLÁS (2011): *IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL DIAGNÓSTICO PRENATAL: EL CONCEBIDO COMO HIJO Y PACIENTE\** (BUENOS AIRES, EDITORIAL UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA) 832 PP.

El vertiginoso avance de las ciencias médicas y el gran conocimiento que se ha podido obtener a través de la biomedicina y la biotecnología, ha suscitado que los criterios éticos de la profesión médica y científica sean materia cuestionada y debatida, de la cual el Derecho no ha podido estar ausente. La capacidad de poder interferir en la vida humana desde sus inicios exige reflexionar sobre los aspectos éticos y jurídicos de ciertos procedimientos, que si bien pueden significar un aporte para la salud a través de un diagnóstico y una terapia, también pueden suscitar un riesgo de instrumentalización de técnicas para vulnerar bienes humanos básicos como la vida, la integridad corporal y la identidad genética.

La indagación sobre la presencia o ausencia de alguna enfermedad o trastorno corporal o genético en la criatura concebida que aún no ha nacido, llamado diagnóstico prenatal, es uno de estos procedimientos capaces de interferir en la vida humana desde sus inicios y que el profesor de Derecho Civil y experto en Bioética de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Jorge Nicolás Lafferrière, eligió como objeto de su investigación doctoral, y cuyos resultados se publican en esta enjundiosa y completa obra. El tema es de particular interés y actualidad, prueba de lo cual puede ser la reciente Ley francesa N° 814, de 7 de julio de 2011, sobre Bioética, que incluyó un capítulo denominado “diagnósticos antenatales: diagnóstico prenatal y preimplantatorio” en el Código de la Salud Pública, a la vez que permitió a la pareja interesada en una técnica de fertilización *in vitro* no “seguir adelante” con su proyecto parental en caso de detección de una anomalía en el diagnóstico preimplantatorio, y más aún autoriza la interrupción del embarazo cuando “existe una fuerte probabilidad de que el niño por nacer padezca una afección de una particular gravedad reconocida como incurable al momento

del diagnóstico” (art. L2231-1 *Code de la Santé Publique*).

El libro se divide en cuatro partes. Las dos primeras están destinadas a ilustrar los presupuestos contextuales de la investigación: en primer lugar, en qué consiste y cómo se desarrolla el diagnóstico prenatal en el estado actual de las ciencias biomédicas; y en segundo lugar, cuál debe ser el estatus jurídico del individuo o criatura que es sometida a este tipo de exámenes. Esta segunda parte es fundamental para la elaboración de criterios de admisibilidad y de utilización de las técnicas diagnósticas. De este modo sus conclusiones aparecen esbozadas en el subtítulo de la obra: “El concebido como hijo o paciente”. El autor realiza un breve pero persuasivo estudio de la consideración jurídica del *nasciturus* para llegar a la conclusión de que este debe ser reconocido, tanto por razones antropológicas como de normas positivas, como persona humana con la dignidad que le es propia; siendo así, el concebido merece el trato que los padres dan a sus hijos y el que los médicos brindan a sus pacientes. En este sentido, se señala que el diagnóstico prenatal puede ayudar a tratar de manera efectiva ciertas anomalías sufridas por el feto, por medio de cirugía prenatal, farmacoterapia e incluso terapia génica.

De esta forma, el diagnóstico prenatal no puede tener la categoría de fin en sí mismo, sino que es un medio que debe estar orientado a un fin compatible con la ética médica y con los bienes humanos cuyo respeto impone la ley natural. En este contexto, el autor define este tipo de procedimientos diciendo que el diagnóstico prenatal es “el acto médico de conocimiento de la condición de la salud del niño por nacer, auxiliado por técnicas instrumentales y de laboratorio, a fin de individualizar patologías, realizar un pronóstico y elaborar estrategias preventivas, terapéuticas o paliativas en beneficio del concebido y, en su caso, de asesoramiento y contención profesional a la madre y al padre para la aceptación y cuidado del hijo enfermo” (p. 40).

\* Traducción del título: *Legal implications of prenatal diagnosis. The unborn as child and patient.*

El Derecho, que se basa en el principio de alteridad y que es una ciencia práctica que regula las relaciones orientándolas hacia el bien común y que promueve dar a cada uno lo suyo propio y debido, no puede dejar de intervenir en la evaluación y regulación de este procedimiento, ya que el “diagnóstico prenatal presupone que se trata de una relación en que se verifica ‘alteridad’ entre el médico, los padres y el concebido, quien es diagnosticado y merece un reconocimiento como ‘otro’ distinto” (p. 146).

A este respecto no podemos dejar de observar que el autor reseña que el Código Civil de Chile (como el de Ecuador que lo siguió) se apartó de la tradición romanista al no recoger la regla de que el concebido se equipara al nacido. Nos parece errónea esta conclusión tan categórica, porque la regla se encuentra implícita en el art. 77 para los derechos patrimoniales y en el art. 75 para la vida y la salud. Todo ello sin considerar la definición de persona natural que se encuentra en el art. 55 y que incluye indudablemente al concebido: “Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad...”.

En la parte III del libro, titulada, “Las consecuencias jurídicas de la procedencia del diagnóstico prenatal”, se analizan los problemas derivados del consentimiento informado, el consejo médico y las condiciones que deben cumplirse para que estemos en presencia de una acción legítima. Según el autor, los principios éticos y jurídicos imponen la conclusión de que el diagnóstico prenatal solo cabe cuando, sin producir un riesgo grave o desproporcionado para el concebido, existe la posibilidad de aplicar alguna medida terapéutica para solucionar o al menos paliar la anomalía o patología detectada en el mismo niño no nacido. Los estudios genéticos prenatales solo serán admisibles cuando exista un directo beneficio y tratamiento para el concebido, ya sea antes de nacer o inmediatamente después del nacimiento, y no cuando son meramente predictivos, presintomáticos o de susceptibilidad de padecer a futuro alguna dolencia. Si el diagnóstico genético se realiza antes de la implantación del embrión, y en el contexto de una fecundación *in vitro*, se concluye, a nuestro juicio con razón, que resulta también desvirtuado en su finalidad terapéutica,

ya que lo que se busca en tal caso es la selección (eugenésica) para determinar cuáles embriones se transfieren a la mujer y cuáles son desechados o criopreservados. La técnica es aquí semejante a un control de calidad más propio de los procesos de producción o fabricación, que de una acción curativa o de salud.

Se puede plantear la pregunta de si es legítimo el diagnóstico cuando lo que se busca es detectar una anomalía o enfermedad que no es tratatable en el embrión o después de nacer, pero no con la finalidad de eliminar al niño enfermo, sino como manera de preparar a los padres a recibirlo de la mejor manera posible. Es lo que se plantea por ejemplo en los casos de niños con síndrome de down. El autor se decanta por la respuesta positiva, ya que en su opinión “la finalidad terapéutica se puede expresar simplemente en la generación de condiciones adecuadas para la acogida del concebido que presente una malformación o discapacidad” (p. 380).

La cuarta parte del libro se focaliza en la inviolabilidad de la vida humana del concebido, y en las amenazas que el diagnóstico prenatal plantea en un contexto cultural y jurídico en el que se legitima la privación de este bien al ser humano en gestación cuando padece alguna anomalía o discapacidad. Se observa cómo una expansión y banalización del diagnóstico prenatal va de la mano de una mentalidad abortista y de un desprecio no solo de la vida humana en sí, sino de las personas que sufren algún tipo de discapacidad. El mensaje de leyes que legitiman el diagnóstico prenatal para eliminar a fetos que presenten enfermedades incapacitantes, afecta también a los que ya han nacido y sufren alguna de estas dolencias y es que parece decirseles: “sería mejor que no hubieran nacido”. Se explica la corriente desarrollada en Inglaterra denominada “*the disability rights critique*”, según la cual tanto el diagnóstico prenatal como el aborto, expresan un mensaje dañino para los discapacitados y fomentan una suerte de intolerancia hacia la diversidad no solo en la sociedad sino al interior de la misma familia.

Además, el mismo aborto que suele admitirse por malformaciones o enfermedades del concebido, constituye una presión tanto para los médicos como para los padres para

transformar el diagnóstico prenatal en una sentencia de muerte que si no es cumplida puede tener consecuencias impensadas. Es lo que ha sucedido con los supuestos de responsabilidad civil denominados *wrongful birth* (acción de los padres por no haber podido hacer uso del aborto frente a un niño que viene con una malformación o enfermedad no diagnosticada por negligencia médica) y *wrongful life* (demanda del hijo contra su padre por el daño que le significa haber nacido y no haber sido abortado). Laferrière sostiene que “estas acciones no reúnen los requisitos de antijuridicidad, daño y relación de causalidad que configuran la responsabilidad civil. La procreación no es un hecho antijurídico, el nacimiento no es un daño y el médico no es causante de la enfermedad o malformación”, así como que “en las acciones de *wrongful life* subyace la pretensión jurídica de un ‘derecho a no nacer’ que plantea un absurdo jurídico” (p. 700). En el fondo estas acciones provienen, además de la legitimación del aborto (que va mucho más allá de una pretendida despenalización), de una subversión del diagnóstico prenatal, que ha traicionado la finalidad terapéutica que lo justifica y lo caracteriza como acto médico.

Como asevera el autor, para que la potencialidad bienhechora del diagnóstico prenatal se despliegue plenamente, es precisa “una cultura de la vida que realiza la justicia según principios éticos” (p. 730).

Por lo mismo, y gracias a la lucidez, profundo y detallado análisis que hace Laferrière de este importante tema jurídico y médico, podemos cuestionar la conclusión a la que llega, después de analizar los pros y los contras, en cuanto a la conveniencia de legislar sobre los requisitos y condiciones del diagnóstico prenatal (pp. 468-472). Si se trata de un acto médico, que debe ser realizado con fines terapéuticos, en el contexto cultural al que están también expuestos países como Argentina y Chile que no teniendo leyes de aborto sufren una presión fuerte de ciertos sectores para imponerlo, parece más prudente entregar la regulación de este diagnóstico (como los postnatales) a la ética médica y a las reglas generales, constitucionales, civiles y penales, de respeto a la vida, a la salud y a la dignidad de todas las personas, incluidas las que aún no han nacido.

GONZALO CARRASCO ASTUDILLO  
HERNÁN CORRAL TALCIANI

