

BIOÉTICA Y DERECHO

Por : ALEJANDRO YZAGUIRRE LUCAR (*)

SUMARIO.- 1. Antecedentes 2. Bases de la cultura occidental y bioética en una nueva era histórica. 3. Los métodos de la bioética. 2.¹ Tipos de racionalidad de la bioética. 3.² Métodos de la bioética. 3.³ Los dilemas morales de la bioética. 4. Bioética - su vinculación con el Derecho. 5. De la bioética al bioderecho. 6. La Bioética, el Derecho, sus dificultades. 7. Principios bioéticos como principios jurídicos. 7.¹ Principio de respeto por las personas 7.² Principio de no-maleficencia - beneficencia 7.³ Principio de justicia. Anexo: Carta de Derecho en Genética.

1- ANTECEDENTES.

Se considera a Javier Gafo Fernández, como pionero de la Bioética, quien nace en Madrid el 31 de julio de 1936 y murió también en Madrid el 5 de marzo de 2001. Su dedicación a la bioética surgió de su estudio de Doctorado que realizó sobre el aborto y el comienzo de la vida humana: La bioética, nexo de unión entre la cultura científica sociológica y la cultura humanística, trata de hacer juicios éticos sobre los hechos sociológicos para obrar en consecuencia. Puede tener como directo al hombre (bien sea a nivel de individuo, de población o de especie), al resto de los seres vivos (micro organismos, plantas y animales) o, aunque parezca un contrasentido, a la propia naturaleza

inanimada.

El término "bioética" fue propuesto en 1970 por el estadounidense Van Rensselaer Potter.¹ Bioética es una palabra que deriva de dos voces latinas: bio y ética. El diccionario de la lengua española define dichos términos: bio, que significa vida; ética como parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre². Según el diccionario de la Real Lengua Española, bioética es la "disciplina científica que estudia los aspectos éticos de la medicina y la biología en general, así como de las relaciones del hombre con los restantes seres vivos"³.

El Boletín de la organización Panameri-

(*) Profesor Asociado de la Facultad.

¹ POTTER, Van R. *Bioethics, Bridge to The Future*. Englewood Cliffs. Nueva Jersey. Prentice-Hall, 1971.

² Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española* 21 Ed. Madrid, 1992 pág 293-224.

³ *Ibidem*. pág. 293.



cana de la salud (OPS) referida a la bioética dice “estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias biológicas y atención de la salud, en la medida en que esta conducta se examine a la luz de los valores y principios morales”. Para Lacadena Calero Juan R., esta ciencia trata de unir los valores éticos con los hechos biológicos⁴.

Varsi Rospigliosi señala “la bioética es la ciencia que se encarga de estudiar las relaciones de la ética con la vida, de los procedimientos y políticas vinculadas con la esencia vital y los márgenes en los cuales deben desarrollarse. Se sustenta en la influencia de la medicina y biología en la evolución del hombre de manera tal que, busca mantener la naturaleza y las técnicas biomédicas⁵.”

Obiglio, da diferentes definiciones, como: “ciencia que estudia el valor de la vida humana y sus implicaciones para el comportamiento responsable de los hombres”; “estudio sistemático de la conducta humana de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, en cuanto que esta conducta es examinada a la luz de los valores y principios morales”; “ciencia que estudia la moralidad de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida”; “disciplina que estudia los aspectos éticos de la medicina y la biología en general, así como de las relaciones del hombre con los restantes seres vivos”; estudio de la moralidad de la conducta humana en el campo de

las ciencias de la vida”⁶.

En resumen, la bioética es la disciplina encargada del análisis de los avances de las ciencias y las tecnologías y del establecimiento de postulados éticos aplicables para conciliar la utilización de aquellas desde el máximo respeto a la dignidad del hombre y a la conservación de la biosfera.

2 - LAS BASES DE LA CULTURA OCCIDENTAL Y LA BIOÉTICA EN UNA NUEVA ERA HISTÓRICA.

Al respecto nos dice Ciuro Caldani, puede ser interesante pensar donde estamos instalados históricamente en la problemática bioética, porque estamos donde estamos. Me parece que al instalarnos en la bioética tenemos, que comprender una diversidad de problemas muy agudos, que surge desde las raíces mismas de la cultura occidental la bioética y su problemática son y son como son porque occidente las ha producido.

En primer lugar hay que diferenciar dos niveles en la bioética, lo que quizás podríamos llamar microbioética y lo que llamaríamos macrobioética. En la primera están los principios generales de la bioética que hoy son reconocidos: autonomía, beneficio, intimidad, no-discriminación (es típicamente occidental), sobre todo la autonomía. La intimidad, e incluso la idea de no-discriminación. La segunda nos lleva reconocer un enorme fenómeno

⁴ LACADENA CALERO, Juan Ramón. Ingeniería Genética y Reproducción Asistida Madrid. 1989. Pág.19.

⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético. Lima 2001 pág. 54. s

⁶ OBIGLIO, Hugo O.M. “Pensamiento sobre una Etica para el hombre de nuestro tiempo: una mirada sobre la Bioética “en Rev. de Magistrados y Funcionarios de Justicia Nacional”. Año XII. N° 23, Julio / Setiembre. 1999.pág. 217.



de globalización y marginación (occidente las produce), incluye a quienes necesita y excluye a quienes no le son necesarios. Occidente culmina un proceso de planetarización que sólo ha sido posible por la tecnología occidental, por la historia que culmina en la tecnología y en la economía occidentales pero esa economía vive una gran tensión en nuestro tiempo, por un lado está para mí el todo poderoso mercado, por el otro está la democracia ⁷

No es posible hablar de bioética sin reconocer que la vida es gobernada por una enorme plutocracia y tecnocracia y no por los seres vivos y que occidente a producido una línea que separa al mercado y su economía por una parte y su plutocracia y, tecnocracia y por la otra la democracia y los derechos humanos.

El gran problema macrobioético es la vida sobrante, de modo que no podemos hablar de bioética, sin tener en cuenta el problema de la "vida sobrante", que produce violencia externa, es decir hay una violencia de la gente marginada. Podemos afirmar expresa Ciuro Caldani que este marco tecnológico esta generando una nueva era de la historia, no una nueva edad, sino una nueva era de la historia.

La nueva era parece una era triste, la fiesta es sustituida por el espectáculo, en la fiesta todos protagonizamos, pero no vivimos en una sociedad con conciencia de la fiesta sino que vivimos en una sociedad con espectáculos (.....) desesperadamente bus-

camos caminos alternativos como la televisión interactiva para salir de la pasividad, para salir del espectáculo, pero lo que más me preocupa a mí es que occidente puede estar perdiendo cierto sentido, una de las cualidades humanas más importantes, y es la piedad en una sociedad que me parece impiadosa ⁸. La piedad está más allá de la justicia.

En este punto preguntamos ¿Qué es Occidente?, En primer lugar Occidente es una cultura de equilibrio entre el mar y la tierra. Hegel expresaba que el hombre marino es un hombre audaz, porque renuncia a tener piso. Occidente es hijo del Mediterráneo, probablemente no hubiera existido sino existiera el mar Mediterráneo y es hijo del atlántico, es hijo de un equilibrio entre mar y tierra, es el mismo hombre que renunció a tener piso para volar, y hoy renuncia a pisos inmemoriales como la manera de reproducir la vida humana, como el patrimonio genético consagrado, que pronto será modificado, Occidente es la cultura más audaz de la historia.

La primera gran presencia de occidente está en Grecia la que creyó con Prometeo en el pecado eficaz. Prometeo es el pecado triunfante, nos guste o no Occidente a través de Grecia recoge una ilusión común a muchos hombres, la autogeneración. ¿Qué es la clonación sino atenea nacida de la cabeza de Zeus?, Occidente es filosofía es saber que no se sabe, es la capacidad de dar la vida por el saber, Occidente es Sócrates, es la ciencia y también en

⁷. CIURO CALDANI, Miguel Angel. En Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho – Asociación de Abogados de Buenos Aires Facultad de Derecho y Ciencias

⁸ CIURO CALDANI, Miguel Angel- Ibidem Jornadas



frecuente conflicto, la técnica ⁹.

Hoy la bioética busca recomponer el conflicto entre la filosofía y la técnica, en razón de estar escapándose la técnica, es el sueño de Pigmaleón y es la democracia, la primera vez que un pueblo hizo el ensayo de gobernarse asimismo. El otro pilar es Roma, con su capacidad de constituir un derecho privado, de él surgirá la idea de intimidad, de contrato y de autonomía; un derecho patrimonial opuesto al Estado; el César era muy poderoso, pero el derecho privado frenaba sus ambiciones, con mayor facilidad podía matar a José, que privarle de su propiedad privada y su libertad de contratación, Occidente es la enorme capacidad de administración de Roma que construyó un imperio grande y perdurable, Occidente es también en gran medida el Judeocristianismo, que nos dio Adán la claudicación del pecado, nos dio la referencia a un Dios, persona distinta de la naturaleza, nos dio un Dios omnisciente, omnipotente y omnipresente.

¿Qué es la genética sino el sueño de la omnisciencia, la omnipotencia, la omnipresencia que se están haciendo realidad.? Después de haber recorrido miles de años hoy somos en cierto modo omniscientes, omnipotentes y omnipresentes.

Muchos crímenes se cometieron en nombre del cristianismo, la diferencia es que desde él se podía ver que eran crímenes. Los germanos nos dieron una concepción de individualidad, de la disciplina social; que nosotros no lo tenemos, somos demasiado latinos, pocos germanos, sea el germanismo alemán o él inglés.

Occidente fue eso, en 1200, 1100 comienza el capitalismo, es el dominio de la cosa que técnicamente producirá ante el capitalismo, Occidente dio dos respuestas: una la de Tomás de Aquino, una síntesis entre la razón y la fe, entre que y qué, es decir entre Dios y el mundo:

El riesgo de que la religiosidad trabará el empuje de Occidente, poco tiempo después la cultura anglosajona rompe el sistema de Tomás y allí nace el Occidente dominante; hoy Guillermo de OCAM expresa, que a Dios se le conoce por la fe, pero al mundo se le conoce por la experiencia. La religión en cierto modo claudica ante el capitalismo; la religión en el calvinismo con todas sus grandezas y limitaciones terminó enseñando que el éxito en los negocios es una clave de la elección divina, luego viene Smith (cultura británica) dice que la verdadera moral es la libertad de mercado, y luego la distinción entre derecho y moral, no sería posible toda la audacia que hoy concebimos en la bioética y en la biotecnología, sin una distinción entre derecho y moral.

Posteriormente llega Kant y la fulminación de la metafísica tradicional y la moral flotante, para bien y para mal una moral sin ontología, sin metafísica, una moral que hoy no se pregunta lo que es bueno ni lo que es malo.

Vino la Revolución Industrial, solo posible en Occidente por toda esa herencia y ya Goethe nos muestra cosas sorprendentes, el mejor Fausto, no se puede en-

⁹ CIURO CALDANI, Miguel Angel Ibidem. Jornadas



tender la bioética sin entender a Fausto, éste vende el alma, la cultura al diablo, a la contracultura para alargar la vida, pero también Goethe nos enseñó el Aprendizaje de Brujo, aquel que puso en marcha a una escoba convirtiéndola en un siervo, que hacía cosas pero no sabía pararlo, al final llegó el brujo y todo terminó bien, claro habla de un Occidente moderno.

Aparece después Nietzsche como se puede entender la biotecnología sin remitirnos a Nietzsche el superhombre y para serlo hay que matar a Dios: la gente creyente va a tropezar siempre porque nuestra biotecnología casi siempre pretende instalarse con razón o sin ella más allá del bien y del mal.

El estallido de la bomba atómica (6-8-45) en Hiroshima, estallaba un mundo, décadas después está estallando la clave del patrimonio genético de la humanidad.

3. DE LOS MÉTODOS DE LA BIOÉTICA.

Hablar sobre los métodos de la bioética y mutatis mutandis de cualquier otra forma de ética aplicada, implica hacer una referencia a la naturaleza de la ética y de sus instrumentos utilizados para aclarar y tratar de resolver conflictos de intereses y de valores. Implica, en particular:

- 1) Tener claridad sobre los abordajes descriptivos y de comprensión de los conflictos.
- 2) Un abordaje deductivo e inductivo del

raciocinio que pretende legitimar una decisión.

- 3) Un abordaje pragmático de la relación entre los medios, fines y agentes involucrados, el cual pretende ponderar los efectos de la decisión en pauta¹⁰.

Los métodos, son los caminos, en la búsqueda de instrumentos susceptibles de dirimir conflictos morales que se presentan en el campo de la bioética en las sociedades seculares, para ello acudiremos preferentemente al método analítico del análisis racional, imparcial aplicado a los problemas concretos, por ser la que está más cerca del ideal comunicativo de una sociedad moral universal, pero antes es necesario conocer la naturaleza de la racionalidad, para justificar una ética racionalista y pragmatista.

3.1.- Tipos de racionalidad de bioética

La forma de la ética aplicada aparece entre los años 50 y 60 conocida como neoaristotelismo o rehabilitación de la filosofía práctica en Alemania y como neopragmatismo en los Estados Unidos producto de una conjunción entre los abordajes deductivo, inductivo, descriptivo y pragmático de los conflictos morales y que a su vez es el resultado de una nueva alianza entre teoría y práctica¹¹: producto de la consideración de la doble naturaleza de la propia racionalidad, es decir la práctica y la teoría.

La distinción entre razón teórica y razón práctica es antigua. Su primera sistemati-

¹⁰ SCHRAMM, Fermín Roland. Conferencia acerca de los métodos de la bioética para el análisis y la solución de los dilemas morales. Facultad Derecho y Ciencias Sociales de la U. de Buenos Aires. Agosto 2000.

¹¹ SCHRAMM. Fermín Roland, Ibidem -



zación lógica se debe a la metafísica de Aristóteles, el autor distinguió tres tipos de saberes: Teórico (relativo al conocimiento de la verdad), práctico (relativo a la acción entre individuos y ciudadanos) y práctico (que no interesa directamente al tema).

Para Aristóteles, "sabiduría práctica" estaría en la "sabiduría política", esto es, el saber, capaz de justificar las normas y valores para lograr una convivencia ordenada y sin conflictos, por ende justa, de esta manera ética, política, y moral pública estarían vinculadas.

Asimismo, existiría, un vínculo entre el saber teórico y saber práctico, que a pesar de ser distintas, la vida práctica sería la condición necesaria de la vida contemplativa o teórica aun que ésta sea el fin último de la existencia y que en la visión Aristotélica existirían principios tanto en la teoría como en la práctica, siendo los primeros formulados por vía deductiva y los segundos por vía inductiva; de modo que la razón teórica como la razón práctica serían herramientas indispensables de la bioética. La primera evalúa la calidad cognitiva y lógica de los raciocinios morales (su consistencia) y la segunda evalúa la calidad moral de las acciones legitimadas por tales raciocinios. Técnicamente razón teórica y razón práctica se distinguen debido a mayor o menor rigor del silogismo. Aristóteles distingue el silogismo propiamente dicho (categórico) del silogismo práctico. Un silogismo es un tipo de inferencia de una proposición (o conclusión) a partir de sus premisas, ejemplo todos los animales tienen cuatro patas, todos

los seres vivos que tienen cuatro patas son cuadrúpedos, luego todos los animales son cuadrúpedos; en el silogismo categórico cada premisa tiene necesariamente un término en común con la conclusión y un término con la otra premisa, lo que garantizará su consistencia lógica.

En los silogismos no categóricos, la primera premisa se refería a una característica deseable o a un objetivo. La segunda identificaría un ejemplo y la conclusión sería una acción dirigida para la satisfacción del deseo, o para atender tal objetivo ejemplo: "todos los alimentos no venenosos son saludables, el arroz es un alimento saludable, luego comeré arroz.

Ningún silogismo práctico en la conclusión de un argumento lógicamente necesario, por lo que la acción que lo acompaña no es lógicamente inteligible, teniendo en cuenta que una acción se refiere a una situación específica y las conclusiones de un silogismo categórico se refieren a situaciones no específicas, es decir: no contingentes, luego necesarias ¹²

La bioética, en cuanto ética aplicada, deberá por lo tanto tener en cuenta ambos tipos de raciocinio en sus trabajos, esto es lo que genera un campo de conflictos interpretativos y pragmáticos.

3.2 - Métodos de la bioética.

Presentar los métodos de la bioética implica considerar la doble naturaleza de la racionalidad, desde el ámbito de la ética aplicada: a) su naturaleza teórica (descriptiva y comprensiva) y b) su naturaleza prác-

¹². SCHRAMM, Fermín. Roland; *Ibidem*



tica (aplicada), implica considerar el contexto sociocultural de los conflictos de intereses y valores en el cual la bioética debe funcionar y para los cuales sus herramientas pretenden encontrar una solución razonable y justa, por ende aceptable por todos los actores involucrados en situaciones específicas, pertenezcan por derecho y de hecho al universo comunicacional respectivo y sus intereses considerados de forma imparcial por todos.

Este es el campo en donde la bioética actúa y donde surgen las preguntas éticas de tipo: ¿cómo debo saber si una acción es justa o injusta, bueno o mala?, como puedo decidir como persona, como ciudadano, como miembro de una categoría profesional o de una comunidad específica, cuáles son los adjetivos legítimos de mi acción y cuáles son los valores y principios morales susceptible de defraudarlos: cómo puedo demostrar para otras personas que tales respuestas son justas o erradas.

¹³

Los tres tipos de preguntas muestran el campo interdisciplinar de la bioética, determinado por los nexos del “saber” (cuestión cognitiva), el “decidir” (cuestión pragmática) y el “demostrar” (cuestión comunicacional), en la cual lo que decidimos hacer está bien ordenando, correcto y aceptable por los otros; pero lo que une a estas preguntas es el adverbio “como” que se refiere a los métodos que debemos utilizar para responder a ellas (preguntas).

Así como hablamos del método, no debe-

mos olvidar la cuestión de los fundamentos, la primera pretende ofrecer una justificativa en una relación de hecho circular: el fundamento legitima el camino que pretendemos utilizar que, a su vez, es el único medio que nos asegura la pertinencia operacional de lo fundamental. En ese sentido, el método sería de hecho, una manera de que tengamos certeza de nuestra práctica, aún en la ausencia de un fundamento real, pues como resumió el poeta español Antonio Machado, “caminante son tus huellas / el camino, y nada más; / caminante, no hay camino, / se hace el camino al andar”¹⁴.

El método tiene un objetivo complementario, se presenta como una moral del pensamiento correcto, teniendo en cuenta como debo proceder para que lo que considero “verdadero”, “cierto”, “útil”, “bueno” puede ser aceptado por cualquier persona razonable; que la lógica de la acción es una moral del pensamiento, cómo la moral es un lógica de la acción.

3.3. Los dilemas morales de labioética

La bioética utiliza el análisis racional e imparcial de los argumentos en campo, cuando haya una disputa de intereses con un fondo moral, pero utiliza además la sabiduría práctica, para establecer cuál de las soluciones propuesta se considera la más razonable, del punto de vista de la ponderación de sus consecuencias.

Las principales herramientas utilizada por la bioética son la racionalidad y la razonabilidad; es decir la inteligencia teó-

¹³ SCHRAMM, Fermín Roland. Ibidem.

¹⁴ SCHRAMM, Fermín Roland. Ibidem.



rica capaz de iluminar la argumentación que sustenta una acción y la inteligencia práctica, capaz de tornar posible y aceptable la acción.

¿Qué es lo que distingue un argumento racional de los otros argumentos?.

1. Para ser clasificado como “racional” un argumento debe explicar los términos que serán utilizados, su campo de aplicación y sus límites. (Permite un argumento claro y pertinente).

2. Debe saber encadenar de forma inteligible las premisas o presupuestos con el desarrollo del raciocinio y la conclusión de la argumentación. Esto permite que cualquier ser racional tenga acceso *ceteris paribus* al código de la argumentación y se encuentre en la situación de poder evaluar si el raciocinio está bien formulado o no.

3. Debe proceder paso a paso en la argumentación capaz de asegurar el acceso y la comunicación de todos los participantes de la disputa moral.

4. Debe satisfacer el requisito formal, consistente en aceptar el axioma principal del pensamiento racional: Principio de no contradicción (dos proposiciones contradictorias referidas a la misma realidad, no puede ambas ser válidas). Estas cuatro condiciones garantizan en principio la racionalidad argumentativa, esto es su consistencia del punto de vista de la razón teórica¹⁵.

Sin embargo, la bioética deberá en algunas situaciones hacer un llamado a la intuición; para detectar las conclusiones contra intuitivas. Es decir no son inmediatamente coagentes para someterlas a nuevas inves-

tigaciones y ponderaciones, dicho de otro modo al papel de la intuición moral consiste en una “regulación” de la razón teórica en el sentido de limitar los excesos racionalistas, pero por regla general tiene un papel en el comienzo del raciocinio moral.

Por consiguiente, es un medio que debe ser utilizada con cautela y sometido a un análisis crítico.

El otro medio utilizado y requerido por la racionalidad práctica son los buenos ejemplos (se refiere de modo general a hechos y situaciones concretas), que permite muchas veces, una economía argumentativa. Está unida directamente a la herramienta (medio) anterior el uso de analogía, facilitan la argumentación de campo, pues pueden aclarar el problema, que puede ser formulado de varias maneras:

- a) Permitiendo reagrupar casos juzgados, sino idénticos, al menos parecidos (representa economía de medios).
- b) Permitiendo inventar situaciones capaces de aclarar un caso, utilizado en situaciones complejas, se conoce como “experimento mental”.
- c) Como función crítica mostramos que un argumento está creado. Pero es el análisis racional crítico que en definitiva deberá señalar sus límites y la especialidad del caso en análisis.

Otro medio práctico utilizado en situaciones inéditas, es el argumento de la “ladera deslizante”, preocupado primordialmente

¹⁵ SCHRAMM, Fermín Roland. *Ibidem*.



con las posibles consecuencias negativas y los abusos potenciales, resultantes de la acción; motivado por el principio de la prudencia, cuya función es alertar sobre lo que puede ocurrir en determinadas situaciones; generalmente es utilizado negativamente con la pretensión demostrativa de aquello que ciertamente puede ocurrir; pero, no prueba nada, a no ser la existencia de temores frente a situaciones inéditas.

Otra herramienta utilizada es ocupar la posesión de abogado del diablo en la argumentación; de resultados positivos cuando es asumida consigo mismo; esto con relación a sus propios argumentos, que puede fortalecer la reflexión, argumentativa.

Encontramos también una herramienta más pragmática, representada por la búsqueda de compromiso, que consiste en encontrar, en cada situación de conflicto, una solución pacífica, en la medida de lo posible, herramienta que deberá ser evaluada críticamente, pues ella conlleva el peligro de perder la racionalidad de la argumentación, más aún el peligro de aceptar una posición amoral, si no cínica.

Vemos que la bioética debe utilizar dos tipos de herramientas: de la razón crítica y de la razón práctica por varios motivos: 1) La razón se refiere a la propia naturaleza de los objetivos de la bioética, al tener que ver con el nacer vivir y morir, que penetran prácticamente en todos los ámbitos de la vida individual y colectiva, por lo que sus problemas, conceptos, métodos son en principio objeto de interés de especialistas y de un supuesto espectador ideal, racional e imparcial. Esa razón

justifica la utilización del raciocinio práctico.

2) Por tener que ver con situaciones moralmente polémicas, la bioética debe también utilizar la racionalidad teórica que es un medio de segundo orden, que se arrastrará desde la tradición filosófica que permite iluminar a aquel laboratorio cultural en donde las reflexiones y revisiones sobre la moralidad del actuar adquieren visibilidad y comprensión gracias a un lenguaje racional, riguroso y consistente; de este modo la bioética puede ser considerada como un campo ínter y transdisciplinar, pues en ella, influyen varias competencias disciplinarias y varias herramientas metodológicas, necesarias y útiles para solucionar el conflicto que preocupan, al filósofo, al sociólogo, al jurista, al médico entre otros, sobre todo al ciudadano informando y atento a los cambios en las prácticas y hábitos que se presentan en la sociedad y que requieren de legitimidad moral para ser considerados buenos y justos por las personas.

4. VINCULACIÓN CON EL DERECHO

Expresamos que la bioética es una ciencia "pluridisciplinaria". Los avances tecnológicos se ven determinados, de manera general, por cuestiones científicas, filosóficas, éticas, económicas, religiosas y jurídicas suscitando un sin número de interrogantes en la medida que las investigaciones atañen a los seres vivos, y esencialmente al hombre. "Ética", "moral", "conducta", "comportamiento", son palabras constantes, en las definiciones de bioética; tal vez no sea justo que tales vocales aparezcan desde el año 1971 como "apropiados" por la medicina, puesto que



todas las ciencias y disciplinas que tienen agregado el prefijo “bio” a la palabra, pero la “ética”, estaba debía estar presente para marcar el horizonte de los profesionales y sus prácticas.

El debate sobre la relación que ha de haber entre derecho y ética ya viene del siglo XIX. En ese siglo surgió el Positivismo, que es una concepción del Derecho que lo desvincula totalmente de toda moral que pudiera orientarlo y dirigirlo. Con esta concepción del Derecho se rompe la unidad entre la legitimidad y la legalidad. La legitimidad, en palabras de Legaz Lacambra, es “una forma manifestativa del derecho (...), es lo mismo que decir que el derecho consta de normas”. Lo legal viene a ser el aspecto formal del Derecho, lo que la norma transcribe. La legitimidad, por otro lado, pertenece a los aspectos fundamentales del Derecho, y se refiere al orden de los principios justificativos del mismo. La legitimidad es, por tanto, el aspecto ético del Derecho, los principios que impregnan las normas jurídicas. Así, con el Positivismo, no todo lo legal será legítimo, por mucho que la ley lo reconozca.¹⁶

El Derecho es resultado de la interacción dinámica de conductas intersubjetivas, valores y normas jurídicas y la vida humana se constituye como el elemento primario del mismo. Todo el Derecho está en la vida y quien no logra captar esta básica premisa, no conocerá en toda su dimensión y profundidad el rol del Derecho en la vida social humana.

Derecho como fenómeno ordenador se encarga de regular conductas, vivencias y relaciones humanas a fin de lograr la paz social y la sana convivencia. Pero el Derecho no es inerte ni estacionario, es variable y dinámica puesto que debe adecuarse a los cambios (sociales, políticos, económicos y científicos) que influyen sobre la vida del hombre.

Muchas veces el derecho espera demasiado tiempo para regular un hecho y una situación. Su carácter previsional así lo exige a efectos de medir a priori las consecuencias sociales que genere. Mientras el Derecho es paciente, las ciencias son audaces, de allí hay quienes sostienen que el Derecho cumple un rol conservador dentro de la sociedad civil. Por ello el derecho no ha caminado a la par en su desarrollo, no ha seguido el ritmo vertiginoso impuesto por las ciencias.

El Derecho a través de una coordinación ética-imperativa, regula la vida humana recurriendo al auxilio de las demás ciencias a fin de crear un marco eficiente de protección a la persona. Ejemplo: el juez puede necesitar de un informe pericial de un biólogo con el fin de poder aplicar el derecho en la solución del conflicto en un caso concreto.

5. - DE LA BIOÉTICA AL BIODERECHO:

Los avances biotecnológicos nos enfrentan al “ancestral dilema de los límites del obrar humano – si deben existir y cuáles son – lo cierto es que la respuesta ética

¹⁶ LEGAZ LACAMBRA., citado por Alex Gratacos - J. Vidal - Bota Conferencia sobre bioética y Derecho – Associació catalana – Estudis Bioètics. AUBIH – Aula universitària de Bioètics i Humanitats-udl. <http://www.aceb.org/be-dah.htm>.



resultante no ha alcanzado – hasta el presente – la profundidad, la amplitud y la riqueza que el tema en estudio requiere. De más está decir que, ante la falta de una estructura de justificación ética coherente, la respuesta legal es incompleta, irregular o directamente inexistente”¹⁷. A raíz de los acuciantes dilemas generados por aquellos avances, surge la bioética como disciplina.

Se ha definido a la Bioética como “el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales”.

“En 1971 Potter proponía el nombre de bioética para una nueva disciplina que, al tratar de unir los valores éticos con los hechos biológicos sirviera de puente entre las dos culturas-ciencia y humanidad – que durante largo tiempo habían sido incapaces de dialogar entre sí..... “la humanidad necesita con urgencia una nueva sabiduría que le proporcione el conocimiento de cómo usar el conocimiento” para la supervivencia del hombre y la mejora de la calidad de vida. La bioética intenta relacionar nuestra propia naturaleza biológica y el conocimiento del mundo biológico con la formulación de actitudes y políticas encaminados a promover el bien social”¹⁸.

La facultad de descubrir y utilizar datos

genéticos de los individuos plantea, dos interrogantes básicos: ¿Cómo deben adquirirse los datos?, y ¿Cómo deben utilizarse?. Estas cuestiones deben ser abordadas profundamente, para permitir el uso evitando el abuso.

A fin de ordenar el accionar de la comunidad científica, se debe considerar como base a dos ciencias que deben asociarse en defensa de la persona humana, otorgando un marco moral y jurídico: BIOETICA Y DERECHO.

Ambas disciplinas se unen bajo ciertos denominadores comunes, “su punto de conexión está dado por la necesidad de sincronizar el ser con el deber ser, y el poder hacer”. La conducta del hombre es el punto común de estudio, se combinan “lo bueno y lo malo; igualmente con lo justo y lo injusto”¹⁹.

La bioética buscará las respuestas morales a los interrogantes planteados, y el Derecho traducirá dichas respuestas en normas jurídicas, esenciales por su carácter genérico y obligatorio- a fin de equilibrar las conductas que tiendan hacia resultados disvaliosos para la sociedad. “La proposición entre el costo y el beneficio de un determinado adelanto tecnológico, las reacciones religiosas a ciertos proyectos, el costo global de ciertas políticas científicas, su adecuación a los imperativos de los derechos humanos, de la seguridad medioambiental –entre otros- tienen en el

¹⁷ MARINEZ, Stella Maris. Ingeniería genética: el desafío actual de la bioética. Cuadernos de Bioética N°10. Editorial Ad. Hoc. Buenos Aires. 1996.p.80.

¹⁸ LACADENA CALERO, Juan Ramón. Ingeniería genética y reproducción asistida. Madrid. 1989. p. 19.

¹⁹ LOYARTE, Dolores y ROTONDO, Adriana. Procreación Humana Artificial. Un desafío bioético. Ed. Desalma. 1995. p.11.



campo del Derecho su espacio en la constitución de la norma. Así, lo científicamente verdadero negociará con lo socialmente útil, lo económicamente rentable, lo políticamente realizable, de acuerdo a lo establecido como lo éticamente deseable”²⁰.

De este modo, con una visión integradora e interdisciplinaria, el BIODERECHO debe gestar el sustento jurídico necesario para afrontar los desafíos de los siglos venideros.

La Bioética y el Derecho tienen la función de limitar la labor y posterior utilización de la investigación científica mediante “principios bioéticos y jurídicos” que deben respetarse con el único objeto de proteger al “Hombre” en toda su dimensión.

Hay consenso internacional en que estos principios bioéticos y jurídicos deben ser universales; “la bioética procura establecer un puente entre las diversas culturas para evitar que los nuevos poderes derivados de la genética agraven las discriminaciones y las exclusiones”²¹.

Un logro indiscutido del desarrollo bioético, está en el ingreso del “bios” al ámbito de las ciencias sociales con lo que ha dejado de ser patrimonio exclusivo de la biología.

Hay varias concepciones bioéticas acorde a las distintas convicciones personales por ejemplo sobre aborto, crioconservación,

eutanasia, y en fin la idea del mundo y del hombre por un lado; por otra parte hay una ética de tono dogmático, con respuestas de carácter universal anclada en fundamentos y principios que se imponen como únicas verdades.

Ni al absolutismo ni al relativismo a ultranza deben gobernar las reglas éticas. Una ética responsable y racional que atienda los reclamos sociales de la generalidad de sus miembros es lo que se conoce en el terreno de la ética filosófica actual con el nombre de “mínimos morales” que fijan el nivel de lo obligatorio, objetivamente exigible para todos.

La búsqueda de solución en el Derecho impulsa a considerar los datos sociales para entender que en un momento determinado y en un espacio propio, las respuestas deben atender las demandas.

Esta posición que se sugiere como “ética racional es la actitud básica, estrictamente lógica, la única posible –habiéndose descartado la violencia de la imposición y el absurdo de la total relativización- con lo que podemos entrar en el debate bioético.

Las exigencias de la sociedad han marcado -en un principio- el cambio operado en la biomedicina, donde los derechos de los pacientes han tomado el papel preponderante²².

Hoy está a la vista la posible existencia de una ética racional, tal como se desprende del trabajo de los cientos de Comités de Bioética que por todo el mundo se han puesto de acuerdo en cuestiones funda-

²⁰ ZAMUDIO, Teodora. Los conceptos de persona y propiedad, la necesidad de su revisión jurídica ante las nuevas realidades genéticas. Cuaderno de bioética. N° 0. Editorial Ah. Hoc.. Buenos Aires. 1996. p. 98.

²¹ LEONAIR, Noelle, quien preside desde su creación el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO en “El correo de la UNESCO”. Setiembre. 1997.p.7.

²² KRAUT, Alfredo, Los derechos de los pacientes - Ed. Abeledo Perrot - Buenos Aires.



Alejandro Yzaguirre Lucar

mentales si bien discrepan atendiendo a los reclamos de las diversas sociedades en que están inmersos, "la ética civil es la que mejor se corresponde con la conciencia autónoma de las personas y el significado moral de la democracia"²³.

De acuerdo con la situación secular y pluralista de la sociedad democrática, la bioética debe ser planteada dentro de una racionalidad ética demarcada por los parámetros de la democratización, del diálogo pluralista y de la convergencia integradora.

Esta ética racional constituye la moral colectiva que reclama soluciones legales para los nuevos problemas que plantea en este caso la aplicación de la biología.

Hans Kung dice que el planteo ético está cambiando la escena del debate: la ética tradicional ha sido ética de la convicción a la que califica como ahistórica y apolítica porque ignora las dificultades y las tensiones de la realidad social, y propugna una ética de la responsabilidad, por que si no -agrega- la ética viene a reducirse a dejarlo a uno en paz consigo mismo. Se trata, en síntesis, de la exigencia de responsabilidad.

La bioética como ciencia social en el ámbito de lo moral crea reglas que no son pautas absolutas de actuación y constituye consejos, sugerencias ante los problemas concretos. La diferencia entre la moral y el derecho está a la vista.

La moral pertenece al ámbito del hombre y la sanción al incumplimiento de sus normas trae como efecto la condena de la conciencia, o en su caso, religiosa. "La moral valora la conducta en sí misma, y es de cumplimiento facultativo.

El Derecho, por el contrario, valora la conducta desde un punto de vista relativo, en cuanto al alcance que tenga para los demás y para la sociedad. El terreno en el cual se proyecta el derecho es el de la coexistencia y cooperación sociales" y tiene la característica de la coercibilidad como elemento esencial del derecho positivo.

Biociencia, biotecnología, bioética; después aparece el Bioderecho que es la respuesta jurídica a todo este nuevo universo, que incluye la valoración exigida por la ética. Christian Laval afirma que el Bioderecho no será más que un instrumento que permita tratar las consecuencias sociales de los avances tecnológicos.

El bioderecho debe estar dentro de los límites de la razonabilidad, de lo posible. La biopolítica condiciona como curso de acción al bioderecho, pues, se trata de la decisión de poder adoptar una u otra de las soluciones jurídicas alternativas.

"La materia a reglamentar es extraordinariamente compleja y heterogénea. De entrada los daños de intervención sobre el embrión son múltiples: Procreación asistida, donación de órganos, experimentación, manipulación genética. Y todas ellas en un grado distinto de regulación: así in-

²³ BRUSSINO, Silvia N. Bioética, racionalidad y principio de realidad. En Cuadernos de Bioética N°0. Ed. Ad.hoc., Buenos Aires. 1996. P. 39 y siguiente.



tervenir sobre la línea genética de la especie humana, clonar una célula o interrumpir el desarrollo de un embrión cuando se ha identificado que él lleva un gen portador de una enfermedad mortal incurable no son actos absolutamente comparables"²⁴. La diversidad de intereses -que muchas veces son contradictorios- requiere del Derecho que arbitre soluciones: intereses parentales, del infante a nacer, del individuo, enfermo o no, expectativas del sujeto de una experimentación, de las medicinas de elección, de las diferentes profesiones de la salud como así también los intereses de la industria farmacéutica, también los seguros, empleados, y, en fin todo esto es materia del bioderecho.

6. LA BIOÉTICA, EL DERECHO Y ALGUNAS DE SUS DIFICULTADES

La primera dificultad en la relación entre el derecho y la bioética se debe a que trata de ciencias diferentes: el Derecho es una ciencia valorativa de conductas que afectan a las relaciones entre las personas, en tanto que la Biología es una ciencia experimental que se basa en datos empíricos, y la Ética es una ciencia abstracta que busca solución al ser de las cosas y a su actuación según ese ser. Se trata de tres ciencias con diferentes objetivos de estudio. En algunas ocasiones el Derecho necesitará acudir a estas ciencias para poder emitir un juicio de valor. Por ejemplo: un juez puede necesitar de

un informe pericial de un biólogo con el fin de poder aplicar el derecho, o el Congreso puede, en alguna ocasión, nombrar un comité de ética para que emita un informe sobre un tema concreto.

Sin embargo, lo habitual es que cada ciencia mantenga su autonomía respecto a las otras. Así, el derecho regula aspectos en los cuales la ética, la medicina o labiología no intervienen en ningún caso, ya que son cuestiones de organización o de mera convención social.

Se puede tomar como ejemplo el Código Civil español, en el que muchas de las normas de este texto son meramente dispositivas, es decir, se dejan a la elección de las partes interesadas. También hay situaciones en las que el Derecho no regula cuestiones éticas porque no son jurídicamente relevantes, ya que no afectan a la sociedad. Por ejemplo, el Derecho no hará una valoración jurídica de las normas de educación, y no tiene por qué hacerla: únicamente realizará esta valoración jurídica en la medida en que una falta de educación afecte a un bien jurídicamente protegido. Esto ocurre incluso en el ámbito del Derecho Penal, en el que la relación entre el derecho y la ética es más estrecha.

En el derecho penal se distingue entre un crimen y un delito: el crimen atenta contra el orden natural de las cosas (es decir, un acto que va contra la ética), mientras que el delito atenta contra lo socialmente pactado.

²⁴. NEIRENNCK, Claire. Director de los "Bioethique aubio-droit" utiliza el termino "bioderecho" como un paso posterior de la bioetica Ed., L.G.D.I Paris, 1994.



Alejandro Yzaguirre Lucar

Esta falta de relación plena entre el derecho, la ética, la biología y demás ciencias se debe a que cada ciencia debe mantener un cierto grado de autonomía con respecto a las otras. Así, el Derecho no puede estar siempre supeditando a lo que digan las otras ciencias, por las razones ya mencionadas.

7. LOS PRINCIPALES BIOÉTICOS COMO PRINCIPIOS JURÍDICOS

Los Principios bioéticos de no máleficencia-beneficencia, respecto por las personas o autonomía y justicia (sin desmedro de tal condición) pueden asumir la modalidad especial de principios jurídicos a la hora en que se torna indispensable brindar tutela jurisdiccional oportuna y eficaz a determinadas situaciones humanas límites.

7.1. Principios de respeto por las personas

El hombre por su esencia y estado natural no puede ser objeto para la ciencia. La libertad de las investigaciones no deben atentar contra la individualidad del mismo, esto en base de la defensa de los derechos fundamentales de la persona como son el derecho de todo ser humano a la vida, a la integridad física y así como los derechos de la familia y del hijo.

Dentro este principio se incluyen, los casos de información y el consentimiento que debe permitirse al paciente. De allí que sea conocido en la doctrina también como el principio de la autonomía, significando que debemos tratar a las personas respetando su libertad y autodeterminación.

7.2. Principio de no maleficencia - beneficencia

Todo procedimiento o medida médica aplicada al ser humano debe basarse en la utilidad, beneficio y solidaridad de sus resultados. Es decir, los fines que se busca con las intervenciones médicas son positivas y de orden terapéutico. Todo acto que tiende a perjudicar la vida debe ser evitado.

7.3. Principio de justicia

No debe establecer discriminación alguna de en la aplicación y ejecución de los tratamientos médicos. Todos los seres humanos tienen derecho de ser asistidos clínicamente y de acuerdo a las necesidades y urgencias que requiere su salud. La igualdad en el tratamiento científico, es fundamental.

Anexo. Carta de derecho en genética.-

Admitiendo que históricamente el pueblo ha formulado cartas de derechos para limitar las violaciones de valores fundamentales, el Consejo para una Genética Responsable ("Council for Responsible Genetics") ha desarrollado una Carta de Derechos en Genética. Promotores entusiastas de ingeniería genética fracasan en admitir cuán poco saben de los sistemas complejos que manipulan, y "han emprendido una aventura imprudente, manoseando la genética humana y el medio ambiente". Las agencias gubernamentales han hecho poco para proteger al público, mientras que ha crecido la demanda pública para un debate genuino. Por ello, el Consejo ofrece esta Carta de Derechos como un marco para establecer standars y límites públicos apropiados para la biotecnología:



(Se omite el Preámbulo)

“Para proteger nuestros derechos e integridad humana y la integridad biológica de la tierra, proponemos esta Carta de Derechos en Genética:

1. Todas las personas tienen el derecho a la preservación de la diversidad biológica y genética de la tierra.
2. Todas las personas tienen el derecho a un mundo en el cual los organismos vivos no pueden ser patentados, incluyendo seres humanos, animales, plantas, microorganismos y todas sus partes.
3. Todas las personas tienen el derecho a un suministro de alimento que no haya sido genéticamente logrado.
4. Todas las personas indígenas (nativas) tienen el derecho a dirigir sus propios recursos biológicos, a preservar su conocimiento tradicional, y a proteger a éstas de la expropiación y biopiratería, por los intereses científicos, corporativos o gubernamentales.
5. Todas las personas tienen el derecho a la protección contra toxinas, otros contaminantes, o acciones que puedan dañar su construcción genética y su descendencia.
6. Todas las personas tienen el derecho a la protección contra medidas eugenésicas como esterilización forzada o procedimientos obligatorios dirigidos a abortar o manipular embriones o fetos seleccionados.-
7. Todas las personas tienen el derecho a la privacidad genética, incluyendo el derecho a prevenir la toma o almacenamiento de muestras corporales para información genética sin su voluntario consentimiento informado.-
8. Todas las personas tienen el derecho a ser libres de discriminación genética.
9. Todas las personas tienen el derecho a pruebas de ADN para defenderse en procedimientos criminales.
10. Todas las personas tienen el derecho a haber sido concebido, gestado y nacido, sin manipulación genética ²⁵.

BIBLIOGRAFIA

1. BRUSSINO, Silvia N, Bioética, Racionalidad y Principio de Realidad, en Cuadernos Bioética, N° 20 Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, Argetina,

²⁵ (Genewatch (2000)13 (2), 1-3)., (Bulletin of Medical Ethics, Number 158, May 2000,p.7).- (Traducción libre de Geraldina J. Picardi).-



- 1996.
2. Carta de Derechos en Genética, Genewatch 2000, Bulletin Of. Medical Ethies, N° 158 mayo 3000 Traducción Libre de Geraldina J. Picardi.
 3. CIURO CALDANI, Miguel Angel. Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Argentina - agosto 2000 Biblioteca Electrónica.
 4. KRAUT, Alfredo. Los Derechos de los Pacientes, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.
 5. LACADENA CALERO, Juan Ramón, Ingeniería Genética y Reproducción Asistida, Madrid 1989.
 6. LEGAZ LACAMBRA, Citado por Alex Gratacos – J. Vidal – Bota Conferencia sobre Bioética y Derecho, Asociación Catalana, Estudios Bioéticas, AUBIH.
 7. LEONAIR, Noelle. Comité Internacional de Bioética de la UNESCO en “El Correo de la UNESCO, septiembre 1997.
 8. LOYARTE, Dolores y ROTONDO, Adriana. Pro creación Humana Artificial, un desafío bioético, Ed. Depalma Madrid, 1995.
 9. MARTINEZ, Stella Maris. Ingeniería Genética: El desafío actual de la bioética, Cuadernos de Bioética N°10, Editorial Ad.Hoc, Buenos Aires Argentina 1996.
 10. NEIRENNCK, Claire. Director de los “Bioétique aubio-droit” Bioderecho como un paso posterior de la bioética, Ed. L.G.D.I. Paris, Francia, 1994.
 11. OBIGLIO, Hugo O.M. Pensamiento sobre una Etica para el Hombre de nuestro Tiempo: una mirada sobre la Bioética, en Revista de Magistrados y Funcionarios de Justicia Nacional año XII- N° 23 julio Madrid.
 12. POTTER, VAN. R., Bridge To the Future, Englewood Cliffs. Nueva Jersey, Prentice – Hall, 1971.
 13. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, 21 Ed. Madrid, 1992.
 14. SCHRAMM, Fermín Roland. Conferencia acerca de los métodos de la bioética para el análisis y la solución de los dilemas morales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires agosto 2000, Argentina.
 15. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético, Lima, 2001.
 16. ZAMUDIO, Teodora. Los Conceptos de persona y propiedad, la necesidad de su revisión jurídica ante las nuevas realidades genéticas, Buenos Aires, Argentina, 1996.