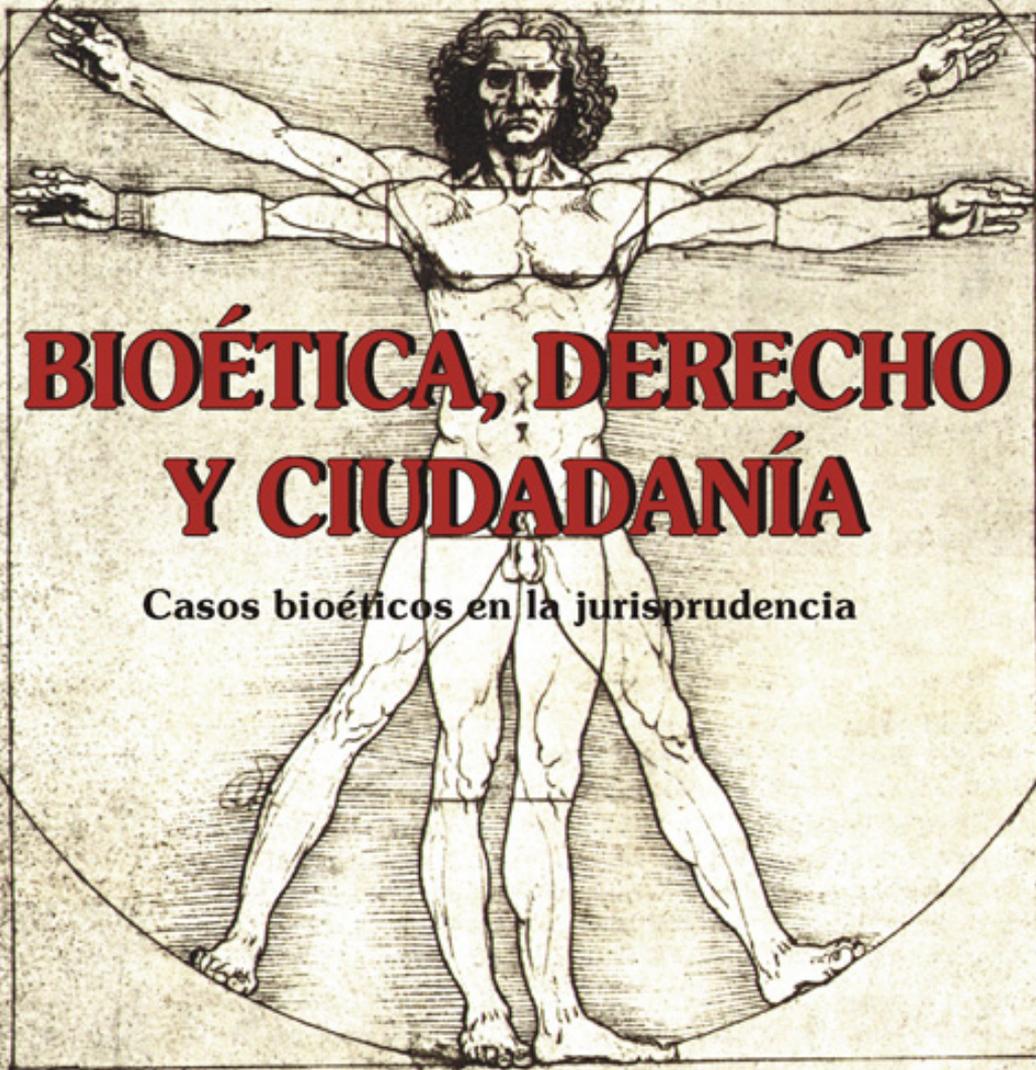


**PEDRO FEDERICO HOOFT**



# **BIOÉTICA, DERECHO Y CIUDADANÍA**

Casos bioéticos en la jurisprudencia

**TEMIS**



BIOÉTICA, DERECHO  
Y CIUDADANÍA



PEDRO FEDERICO HOOFT

Colaboradores  
Geraldine J. Picardi - Ricardo Gutiérrez  
Lynette G. Hooft

# BIOÉTICA, DERECHO Y CIUDADANÍA

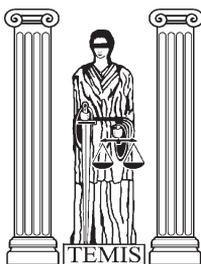
Casos bioéticos en la jurisprudencia

Prólogo

Diego Gracia

Presentación

Augusto M. Morello



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2022



#### ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Pedro Federico Hooft, 2022.
- © Editorial Temis S. A., 2022.  
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.  
[www.editorialtemis.com](http://www.editorialtemis.com)  
correo elec.: [editorial@editorialtemis.com](mailto:editorial@editorialtemis.com)

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 958-35-0526-9  
2178 200500040200  
ISBN e-book 978-958-35-1906-2

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

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

*A Olga, por el profundo amor que compartimos desde hace muchos años tanto en los momentos de alegría como de grave adversidad. Excelente esposa, compañera de estudios y de la vida. Entrañable amiga y madre de nuestros cinco hijos.*

*A la memoria siempre viva de Germán J. Bidart Campos, maestro del derecho y de la vida digna; paradigma de la verdadera sabiduría, a cuyas reflexiones desde la filosofía de los Derechos Humanos tanto debo.*



## PALABRAS PRELIMINARES

D) DIEGO GRACIA, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid y destacada figura de la Bioética con particular proyección en el mundo hispano parlante, en su muy meduloso Prólogo a *Bioética, derecho y ciudadanía*, observa que “Ética y Derecho son los dos sistemas normativos de que dispone toda sociedad. Nunca, al menos en la tradición occidental, ha sido posible prescindir de una o de otro. Ambos parecen absolutamente necesarios. Lo cual no significa que haya resultado nunca fácil establecer con claridad los modos de su relación...” ¡cuán ajustada a la realidad resulta esta reflexión! Es que todo el contenido del libro que hoy presentamos al espíritu libre del lector, muy especialmente cuando necesariamente debemos descender al análisis y resolución de situaciones concretas complejas, en las cuales a menudo distintos principios, valores y derechos colisionan, remite en buena medida a esa tan necesaria—pero al mismo tiempo difícil y oscilante—relación entre Ética y Derecho en un contexto en el cual el tan necesario diálogo inter y transdisciplinario (que requiere, por cierto, de la “integración” de otros saberes), se torna cada vez más acuciante.

En una línea de sentido coincidente con lo expresado anteriormente, AUGUSTO M. MORELLO, señero jurista argentino y con una proyección académica que trasciende notoriamente las fronteras nacionales, nos recuerda en las primeras líneas de su multifacética “Presentación” de la obra que “la sociedad, cada día más intensamente, se siente convocada por las cuestiones bioéticas...”. Al referirse luego al contenido del libro, interpreta fielmente el pensamiento del autor cuando hace mención a “una dupla central: Bioética y Derechos Humanos” y a las inevitables “tensiones entre los tres ejes o coordenadas mayores” que son compañía constante: “Vida, Bioética y Dignidad Humana...”.

Alrededor de tales “coordenadas mayores” —con particular énfasis en la dignidad humana como valor fundante del orden jurídico—, se estructura el intento de “síntesis” e integración de saberes, como tierra fértil de una “nueva forma de juridicidad”, menos apegada y preocupada por los derechos meramente patrimoniales y más atenta a la promoción y tutela de los derechos de persona humana y su dignidad inalienable.

El libro se divide en veinte capítulos, de los cuales, los diez primeros presentan un “sesgo” prioritariamente *académico, teórico* o de *fundamentación* mientras que los diez restantes versan sobre “casos” bioéticos resueltos judicialmente. Sin embargo, siempre existirán “vasos comunicantes” entre esa dimensión *académica* de la bioética y el proceso de deliberación —y diálogo interdisciplinario— que culmina en cada sentencia judicial que se corresponde con una “bioética en acción” en recíproca y fructífera complementación con un “derecho en acción”. Además, así como en los primeros diez capítulos la reflexión no se da en *abstracto* sino que estará abierta a las proyecciones sociales y personales en la vida cotidiana de los ciudadanos, en los diez capítulos restantes, referidos “casos” reales y concretos, nunca estará ausente la reflexión y fundamentación tanto bioética como jurídico-constitucional, abierta a los aportes interdisciplinarios.

II) Una característica por cierto que singular de *Bioética, derecho y ciudadanía. Casos bioéticos en la jurisprudencia* deriva de la particularísima circunstancia de ser quien suscribe tanto el autor del libro como, a su vez, de las “sentencias bioéticas” —dictadas en carácter de juez— en acciones constitucionales de amparo. Otra nota distintiva está dada por el hecho de haber requerido para ello dictamen u opinión de un Comité de Bioética en varios casos complejos incluidos en la obra.

III) *De los colaboradores.* Geraldine J. Picardi y Ricardo Gutiérrez, ambos graduados en Derecho, son destacados colaboradores en la tarea judicial cotidiana. Geraldine ha brindado su valiosa cooperación en la estructuración de los contenidos generales de la obra, y en particular con relación a los temas más directamente vinculados con la salud, mientras que Ricardo ha sabido canalizar con provecho su especial interés por la problemática ambiental y los aspectos más técnico-instrumentales propios de la acción de amparo, aportes que plasmara como colaborador directo de los capítulos IX y X (“Bioética, calidad de vida y ambiente” y “Bioética, acción constitucional de amparo”, respectivamente).

A su vez, Lynette Hooft ha prestado una colaboración inestimable, prioritariamente en todo lo referente a las múltiples tareas vinculadas con la edición y corrección del material finalmente incorporado al libro. Sin embargo, desde hace muchos años ha exteriorizado un particular interés por la Bioética a lo que se suma, y no en menor medida, su formación filosófica que mucho ha contribuido a que su labor se llevara a cabo con idoneidad y eficiencia.

IV) Particular reconocimiento debo a los muy destacados juristas y especialistas en bioética por la profundidad de sus “anotaciones” o “glosas” de varias sentencias *bioéticas* incluidas en el libro, cuyos nombres se consignan en los respectivos capítulos. Sus aportes exceden en mucho el simple comentario a las decisiones judiciales en cuestión y abren nuevas perspectivas u horizontes de los temas abordados. Muchas de estas reflexiones he retomado, en varias ocasiones, en sentencias posteriores.

Por último, enriquecen la obra las sabias palabras y oportunas reflexiones vertidas en los Prólogos de figuras de la talla de DIEGO GRACIA (en el campo de la Bioética y la Filosofía de la Medicina) y AUGUSTO M. MORELLO, jurista atento a las implicaciones éticas de las hondas transformaciones de la sociedad actual, calificada como “sociedad de riesgo”.

Todos ellos han sumado esfuerzos para que podamos “crecer en humanidad” y contribuir a la constitución de un mundo “más habitable”, con sentido de responsabilidad intergeneracional.

PEDRO FEDERICO HOOFT  
Mar del Plata, Argentina  
Marzo de 2005

## PRÓLOGO

Ética y Derecho son los dos sistemas normativos de que dispone toda sociedad. Nunca, al menos en la tradición occidental, ha sido posible prescindir de una o de otro. Ambos parecen absolutamente necesarios. Lo cual no significa que haya resultado nunca fácil establecer con claridad los modos de su relación.

Hay un dato que puede aclarar el porqué de esa dualidad. De antiguo vienen distinguiéndose dos tipos de deberes, llamados, respectivamente, “negativos” y “positivos”. Deberes negativos son aquellos que dicen lo que no hay que hacer o lo que no se puede hacer. Son prohibiciones. Por eso clásicamente se les ha llamados deberes negativos o de prohibición. Distintos de ellos son los deberes positivos, cuya característica más sobresaliente es que no marcan un límite sino que señalan una tendencia, una dirección. Un deber de prohibición es no matar. Sin embargo, el amar al prójimo, o el ser diligente, son deberes positivos, que señalan una tendencia pero no establecen un límite. Cuanto más se ame al prójimo, mejor. Y cuanto más diligente sea uno, también mejor. Por eso la tradición los llamó siempre deberes positivos, de promoción o de virtud. ¿Cuántas veces hay que perdonar las ofensas? ¿Hasta siete veces? “No te digo siete veces, sino hasta setenta veces siete”.

Pero hay más. Los deberes negativos parece que tienen que ser exigibles a todos por igual, dado que en caso contrario se estarían distribuyendo las cargas desigualmente, lo cual constituiría una grave injusticia. Y para que eso sea posible, su cumplimiento ha de llevar adscripta una sanción, castigo o pena. Esto no deja de resultar curioso, que la coacción sea un elemento compatible e incluso consustancial con un cierto tipo de deberes, en tanto que resulta incompatible con otros. Los deberes positivos no pueden imponerse a nadie por la fuerza, en tanto que los negativos, sí. En unos la coacción priva de moralidad al acto, en tanto que en los otros sucede exactamente lo contrario.

Hay una última nota diferencial que merece ser tenida en cuenta. Para que los deberes negativos puedan ser exigidos a todos por igual, es necesario que sean conocidos por todos o, al menos, que su conocimiento sea accesible a todos. Esto puede lograrse por varias vías, al menos por dos, cada una de las cuales ha tenido vigencia en un período distinto de la historia de Occidente. Una primera solución es pensar que ese tipo de deberes resulta consustancial con la razón natural, de modo que todo ser humano que esté en sus cabales accede directamente a su conocimiento. Esta es la solución más clásica, conocida con el nombre de doctrina de la “ley natural”. Del mismo modo que la razón teórica o especulativa se rige por unos principios inmutables y necesarios, como son los de identidad, contradicción, tercio excluso, etc., así sucedería también en el orden de la razón práctica. Principios como el de no matar, no robar, no mentir, etc., serían connaturales al ser humano, y sólo personas muy enfermas o muy perversas podrían no verlos con claridad o enjuiciarlos erróneamente. Adviértase que todos ellos se formulan de modo negativo, dado que se trata de prohibiciones. El principio primero y más genérico de la ley natural sería el *bonum est faciendum et malum*

*vitandum*, y de él derivarían los otros más específicos. Según esta teoría la ley natural es el fundamento tanto del Derecho como de la Ética. La función del Derecho es establecer normas positivas, pero a partir de los principios inviolables de la ley natural, de tal manera que sea su desarrollo, no su violación. Como esas normas habrán de ser iguales para todos deberán llevar adscripta una sanción que pueda aplicarse a quienes las incumplan. La Ética, por el contrario, deberá gestionar los que antes denominamos deberes positivos, de promoción o de virtud. De ahí que toda la ética clásica, hasta bien entrado el mundo moderno, fuera una ética de virtudes. La virtud se promueve y, además, carece de límite. Siempre se puede ser más virtuoso o, al menos, siempre cabe proponérselo. De ahí que durante la Edad Media, por ejemplo, la ética llegara a confundirse con la ascética.

Esa solución, generalmente conocida con el nombre de iusnaturalismo, tiene sus dificultades. Una, fundamental, es que parte del supuesto de que los principios de ley natural son universales y absolutos, como las leyes de la lógica. Esto significa que no pueden tener excepciones. No se conoce excepción al principio de identidad, tampoco al de contradicción, etc. Pero sí se conocen excepciones, y muchas, a los preceptos negativos antes señalados, el no matar, el no mentir, el no robar, etc. No me estoy refiriendo, naturalmente, a los actos que son claramente inmorales o incorrectos, sino a acciones contra la vida, o contra el principio de veracidad, que a todos nos parecen justificables moralmente. ¿Cómo hacemos para justificarlas? Sin duda, partir de algo muy parecido a lo que en la tradición se llamó primer principio de ley natural, hacer el bien y evitar el mal. El médico o la enfermera que no se atreven a decir toda la verdad al paciente, más aún, que creen que deben no decírsela, justifican su acto siempre de la misma forma, apelando al bien del paciente. Es que, en efecto, piensan que en ciertas situaciones el decir la verdad puede ser una auténtica agresión y, desde luego, una falta de respeto. De ahí procede el ancestral paternalismo de la sociedad y, más en concreto, de la medicina, de que se ha considerado que la primera obligación es hacer el bien, incluso cuando ello obliga a quebrantar ciertos preceptos negativos. Pero si esto es así, entonces resulta que tales preceptos no son absolutos, que tienen excepciones, y que lo que alguien puede ver como una prohibición, otro puede no considerarla así.

Este es el motivo de que poco a poco haya ido imponiéndose otro modo de entender nuestro problema. Esta segunda tesis, propia de la cultura moderna, parte del principio de que la razón humana no tiene capacidad para establecer preceptos morales o jurídicos absolutos y sin excepciones. El no matar no es un precepto absoluto, y el no mentir y el no robar, tampoco. Por más que esto resulte a todas luces evidente, hay casos en que puede parecer más dudoso. Esto es algo de lo que ya se dio cuenta el propio ARISTÓTELES. Pensemos, por ejemplo, en el no violar a otra persona. Parece que todo acto de violación es, por su propia naturaleza, malo, y que aquí no caben excepciones de ningún tipo. La violación siempre será moralmente negativa. Y, en efecto, así es. Pero ello se debe a un asunto que los lógicos conocen bien. Se trata de que el juicio “no violar es siempre malo” es claramente tautológico, porque en la definición del sujeto está ya incluido el predicado. Violar es yacer con otra persona en contra de su voluntad, y, como ya dijo KANT ni en el mundo, ni tampoco fuera de él, hay nada absolutamente malo, excepto una mala voluntad.

Todo esto significa que los llamados preceptos de ley natural no pueden considerarse absolutos y sin excepciones, ni tampoco idénticos en todos los seres humanos.

Volvamos, de nuevo, al más genérico, el que manda hacer el bien y evitar el mal. ¿Cómo hay que definir lo que es bueno? ¿Y quién tiene que hacerlo? ¿Lo dotaríamos todos del mismo contenido? ¿No influyen en esto de modo decisivo los valores y las creencias de las personas, que por definición no son idénticos en todos los seres humanos? Y si es así, ¿cómo hacer para que un conjunto de normas pueda ser exigibles a todos los seres humanos por igual? Si ya no cabe apelar al principio de que todos las conocen de modo natural, entonces es claro que no queda otro remedio que establecerlas por consenso. Ya no se puede ir de arriba abajo sino de abajo arriba. Es necesario partir de los sistemas de valores y creencias de los seres humanos que componen una sociedad, y a través de un complejo proceso de deliberación, ir estableciendo esos mínimos comunes que deben convertirse en ley pública exigible a todos, incluso coactivamente. Es la vía moderna, la vía del contrato. Ahora las normas sólo obligarán en cuanto estén positivizadas. Es el iuspositivismo, la alternativa moderna al clásico iusnaturalismo.

Pero esto, a su vez, plantea nuevos problemas. Ahora ya no podemos elevar a principio general el hacer el bien y evitar el mal, entre otras cosas porque hemos visto que los contenidos de esos términos, bien y mal, no son unívocos, varían con las personas, los credos, las épocas históricas, las regiones geográficas, etc. Ahora el punto decisivo es el respeto de los seres humanos, en tanto que agentes morales autónomos. Surge así, frente al paternalismo clásico, el respeto de la autonomía como principio fundamental. Es bien sabido que este término, autonomía, de raíz griega, nunca tuvo en Grecia otro sentido que el meramente político, y que la autonomía moral es un invento rigurosamente moderno, que no alcanza completa vigencia más que a partir de la obra de KANT.

Los seres humanos son sujetos autónomos, y como tales realidades morales. De ahí que se hallen dotados de dignidad como condición ontológica, a diferencia de lo que sucede con todos los demás seres de la naturaleza, que carecen de esa propiedad. Esto parece que dice mucho, pero luego se ve que en la práctica ayuda más bien poco. ¿Qué es eso de la dignidad?, ¿significa, volvamos al ejemplo de antes, que a los seres humanos no se les puede mentir, o no se les puede matar? Indudablemente, no. Esto nos lleva a concluir que la dignidad no puede ser otra cosa que un criterio formal, carente de contenido deontológico. De hecho, lo que a unas personas les parece digno, para otras puede no serlo, etc. Últimamente ha tenido lugar un interesante debate en bioética sobre la apelación a la dignidad como vía para resolver problemas concretos. La tesis de RUTH MACKLIN es que ese concepto es, en la práctica, muy poco útil (*Dignity is a useless concept*, es el título de su editorial en el *British Medical Journal*), y que a veces conviene más bien prescindir de él. Otros, naturalmente, han puesto el grito en el cielo. Pero la propia polémica demuestra hasta qué punto el término resulta problemático.

La dignidad designa más una condición ontológica que un principio deontológico. Y aquí también se advierte la dificultad del paso del *es* al *debe*, que denuncia la falacia naturalista. Eso explica que el Derecho haya intentado concretar el respeto de la dignidad de los seres humanos en un conjunto de principios positivos, como son los derechos humanos. Y también explica que la interpretación de éstos diste mucho de ser evidente o universal, y que haya que elaborar complejos consensos sobre su contenido y aplicación.

A partir de aquí pueden redefinirse las relaciones entre ética y derecho. El derecho es siempre y necesariamente derecho positivo. Y ese derecho positivo es el resultado de los sistemas de valores que coexisten en una sociedad. El derecho es siempre un epifenómeno. Dime cuáles son los valores de una sociedad y te diré qué derecho tiene. Pues bien, el objeto de la ética es el trabajo de reflexión en ese mundo de los valores, para promover las conductas más adecuadas. Si en el modelo clásico la ética aparecía como un epifenómeno, ahora se han invertido por completo las tornas.

Pero no es eso lo que me parece más importante. Porque más allá de las diferencias que entre ética y derecho existen, hay un punto, a mi modo de ver el fundamental, en que coinciden. El método de la ética es la deliberación. Y el del derecho, también. Sobre los valores se delibera, delibera cada uno en orden a tomar sus decisiones individuales, y deliberamos en conjunto cuando las decisiones son colectivas. Siempre se delibera sobre valores, sobre los valores que intervienen en una decisión concreta. La deliberación es un procedimiento técnico, por desgracia muy mal conocido. Urge educar en la deliberación a los niños ya desde el principio. Pero sobre todo tienen que saber deliberar quienes tienen a su cargo responsabilidades públicas, los médicos, los políticos, los educadores, los jueces. Hay una deliberación moral, que ARISTÓTELES describe en varios lugares de la *Ética a Nicómaco*, y hay también una deliberación jurídica. Pero en tanto que deliberaciones ambas son idénticas y tienen un mismo término, la toma de decisiones responsables y prudentes. Hay una jurisprudencia y hay una morisprudencia. Distintas entre sí, ambas son también complementarias.

Todo esto, para llegar al libro de PEDRO FEDERICO HOOFT, *Bioética, derecho y ciudadanía: Casos bioéticos en la jurisprudencia*. Él es un buen ejemplo de dónde están hoy las relaciones entre ética y derecho, y cómo el método de la deliberación es común a ambos dominios. Quiriendo hacer buen derecho, HOOFT tiene que utilizar argumentos morales. Y su resultado, estrictamente jurídico, es a la vez rigurosamente moral. Y es que resulta de todo punto imposible moverse en uno de esos dominios sin el concurso del otro. En una ocasión célebre, KANT escribió: “Los pensamientos sin contenidos son vacíos; las intuiciones sin conceptos son ciegas”. No creo que eso que dice KANT sea así, pero sí estoy convencido de que el derecho sin la ética es ciego, y que la ética sin el derecho resulta, al menos en parte, vacía. Y es que, volviendo al principio, *ética y derecho son los dos sistemas normativos de toda sociedad. El libro de PEDRO FEDERICO HOOFT es buena prueba de ello.*

DIEGO GRACIA

## PRESENTACIÓN

### I

La sociedad, cada día más intensamente, se siente convocada por “las cuestiones bioéticas”, y lejos de desentenderse de su contenido, implicación y proyecciones, va verificando que debe frecuentarlas y asumirlas porque constituyen duros desafíos a su propia existencia y que, de una y otra manera muy pronto, de hecho, los valores que están en ella comprometidos y han de privilegiarse suscitarán al enfrentarse entre ellos como un reto directo, enigma, dilema o encrucijada, de la que no podrá desistir, asumiéndola para, de modo reflexivo y severo, “tomar partido”. Elegir, optar, acordarle la primacía que esa encrucijada —cruce de caminos—, se abre en alternativas; dos senderos diversos para la delicada y trascendente respuesta última, inesquivable, que le lleva a inclinarse por una de esas salidas que “dividen” las primacías que instauran.

Allanar el camino para hacerlo más accesible y transitable no es tarea mansa, porque desde el inicio lo dificulta la concepción de un lenguaje que no es unívoco al desplegarse en diversos registros de contenidos y comprensiones diferentes. Lo cual complica la instalación de la tópica, sus proyecciones y límites. No ha de extrañar por ello que se formulen cautelosas precisiones e intentos de fijar fronteras y adecuadas metodologías de aproximación, en una tarea epistemológica que, previa y necesaria, no puede soslayarse, comenzando por pacificar los ruidos y desencantos que produce el lenguaje. Distintos mundos parecen influir en un denominador común: parte de la Filosofía que aborda, en la praxis, la dimensión moral (ética) de dos franjas (bioética y derecho) inescindibles que se articulan como un todo que, sistemáticamente, debe ser captado, al unísono, desde esas dos lecturas.

Tan basto territorio de fronteras y blancos móviles depara novedades a cada hora. En los días que escribimos ésta presentación el Tribunal de Estrasburgo acepta que la noción de *persona* no se aplique al feto. Lo hizo el 8/7/2004 al rechazar la demanda de una mujer que peticionaba que se considere homicidio involuntario un error cometido en un hospital francés que había provocado la pérdida de su hijo en el sexto mes de embarazo. La sentencia aceptó el argumento del Estado galo que había negado la noción de *persona* sea aplicable al feto, aunque evitó pronunciarse acerca de su personalidad jurídica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce “el atentado moral” cometido contra la voluntad de la madre y precisa que la protección jurídica del feto podría haberse hecho a través de la propia madre, pero se abstiene de condenar porque no se había promovido una pretensión resarcitoria contra la Administración, que acaso habría sido posible como consecuencia del error (mala praxis) del médico del hospital público<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *El País*, Madrid, 9/7/2004, pág. 24.

## II

Sentado lo anterior veamos cómo el estudioso y activo doctor PEDRO FEDERICO HOOFT, ha intentado pensar, con encomiable perspectiva, el mundo (actual) de la bioética, interrelacionado con el Derecho, hermanos siameses, que desde sus respectivos cotos, de modo íntimamente interrelacionado, avanzan en un gran abrazo para atrapar un contenido en continuo crecimiento que no cesa de enriquecerse con sensibles problemas, *de grave dimensión moral*, nuevos espacios sobre los cuales alumbre con potentes guías que iluminan un paisaje de múltiples tonalidades.

a) El siglo XXI —de la información, de la inteligencia y de los riesgos— invita a dejar atrás el mundo del ayer (STEFAN SWEIG) y a abordar los nuevos grandes temas de nuestra época, al estímulo de la necesidad íntima de estar en claro respecto de los que raudamente viene a ocupar presencia y se convierten en atrapantes motivadores de nuestro pensamiento y decisiones vitales. De allí que resulte conveniente mostrar la importancia de la nueva panorámica que se aloja en los flexibles pliegues de la bioética y acaso las ideas que *hoy* (seguida por la cláusula *rebus sic stantibus*, al conectarse con un consenso en continuas mudanzas y adaptaciones) parece cortar el torso de las ideas dominantes, jaqueadas por profundas crisis en el repertorio de los valores y en el cuadrante de la ética. Que porfían por anudar, en el reinado del neoliberalismo y la dominación del mercado, el área de los valores que construyen el suelo de la convivencia, horadando el mensaje de ejemplaridad y la presencia rectora imprescindible de un fuerte y luminoso faro de educadores, maestros, dirigentes, a partir de los padres, fundadores del carácter y de la línea de sentido de las hojas de ruta de las personas, de cabales hombres morales (EDUARDO MALEA). Porque todos ellos —y están faltando, ausencia que es la causa axial de las notables devastaciones formativas y culturales que nos debilitan como Nación—, porque no otros que ellos son los mentores que orientan “la construcción del carácter y del pensamiento” (GUILLERMO JAÍM ETCHVERRY).

b) La visión de la tabla de contenido aviva desde el comienzo el interés de zambullirse en las páginas que tratan tan excitante, provocativo e inspirador repertorio de filosos y arduos temas, que se desgranar en veinte capítulos. En el comienzo, el inicial nos acerca a la dupla central: *Bioética y derechos humanos* en el marco de la sociedad de estas horas. Desgrana conceptos conocidos, zonas grises y, sobre todo, las tensiones entre los tres ejes o coordenadas mayores que son compañía constante: Vida, Bioética y dignidad humana<sup>2</sup>. Emerge allí el principio de justicia y un engranaje clave que permite suministrar razones plausibles en las dos playas porque es el puente que enlaza la Bioética con el Derecho, visto la totalidad como *una nueva forma de juridicidad*. Prosigue con la crítica a las zancadillas del neologismo y el apócope *bioderecho*, aspecto que todavía está en plena discusión. A continuación, un tema caliente, el respeto de la voluntad privada por los medios y su campo de influencia, dependiente de un previo y esclarecedor consentimiento informado del paciente que, por sí mismo, es el que toma la determinación.

<sup>2</sup> Nos ocupamos en *El derecho en la vida*, Platense, 2002; *idem*, *Las edades de la persona en el cambiante mundo del derecho*, Hammurabi, 2003; *idem*, “La vida y el proceso. Una lección de ORTEGA Y GASSET desde la mirilla del derecho procesal”, comunicación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 22/4/2004 (en Anales de esa Corporación, t. 42, 2004).

### III

c) Y luego, un largo recorrido por los laberintos de la vida, la dignidad, los principios de la salud y un banco de prueba y experiencia que suministra la vivaz perspectiva de la trinchera judicial. Tantísimos “casos” ya juzgados por nuestros jueces —el primero de ellos el propio y tesonero doctor HOOFT—: interrumpir el embarazo (anencefalia), el repertorio continuamente aplicado de la “justicia sanitaria” (montados en amparos salutíferos), la delicada procedencia de la esterilización terapéutica, al igual que los fenómenos de la transexualidad, en la mira de la protección de la salud integral y calidad de vida. El aborto terapéutico y, aguardando turno lo que en pocos años más arribarán como *cuestiones justiciables*: eutanasia, clonación, etc.

d) Mas esa visión, tan abarcativa como sugerente y provocativa investigación, está asociada a una sólida y completísima lectura constitucional, transnacional y social —el famoso tríptico de la estructura y proyección del Derecho y la Justicia— según la vanguardista perspectiva que le ha adjudicado el criterioso fabricante de ideas que es el maestro florentino MAURO CAPPELLETTI. El despliegue de una modernísima cadena sentencial (no pocas provenientes del propio autor como juez de garantías o de instrucción, en Mar del Plata) que transporta a la solución concreta de cada controversia las conquistas científicas y las explicaciones teóricas que, con tanta solvencia, se han ovillado en las páginas de este provechoso y puntual libro que jalona la literatura moderna y en otros idiomas, como, se da cuenta en opulenta bibliografía, al final de la obra.

### IV

Vayamos ahora al encuentro del Dr. HOOFT y de su máxima potencialidad jurídica, de fino y comprometido operador de la sabia garantía instrumental *fuerte*, que es el amparo y que, con tanto acierto, constitucionalizó el artículo 43 de la Reforma de 1994 a la Ley Fundamental.

El Dr. HOOFT es muy competente y respetado juez de primera instancia —la plataforma más significativa de la pirámide judicial, laboratorio de la dinámica y avance del derecho, de su continua adaptación y perfeccionamiento—. En la sede primera. Allí anida, y chisporrotea en ebullición el reto de las tutelas, a la efectividad, a los resultados reales de la jurisdicción. El titular del servicio (poder) en esa sede actúa como “bombero general”, en contacto continuo con todo lo que pasa al hacerse la causa penal o el proceso civil. Palpita en vilo el principio de intermediación y la audiencia. Se reclama, se escucha, se actúa. No hay tiempo de espera ni de demoras indebidas cuando se disparan los amparos que resguardan la vida, la salud, la cultura, la igualdad de oportunidades, el ambiente, los derechos personalísimos, en roce o fricción entre ellos. En síntesis, los derechos fundamentales y la dignidad de la vida. Y en todo ello la herramienta (bisturí, escalpelo, llave de acceso, manto de protección en todo lo *preventivo y urgente*) que, *bien utilizado*, responsablemente, con imaginación, ingenio y destreza profesional (sin abusar de sus límites y misión), nunca dejará desairados a los operadores. Todo ello lo sabe muy bien el autor, que es el diestro timonel (en alguna ocasión se desplegó con demasía) en la navegación del amparo, y lo que es más importante, eso también lo saben la gente y los abogados de su jurisdicción. Que es garante de las magníficas posibilidades de esa técnica para brindar, *puntualmente*, la justicia constitucional prometida.

## V

Si dentro de treinta y cinco años podemos tener un mundo mejor según así lo imagina ALVIN TOFFLER, el inspirado futurólogo autor de *La tercera ola*, ese lapso al cabo no tan extenso en las etapas de la historia y en los pasos de avance de la humanidad, el Derecho deberá acompañar como sesuda acompañante, a que lo que venga sea más justo y equitativo, sin exclusiones.

Sólo nos resta dejar que el libro, en manos de ávidos lectores, atrape su atención y goce con una obra que les reportará, en el campo cultural y en el ejercicio de la noble fatiga del Abogado, réditos inigualables y que se interna con probada solvencia por los senderos contemporáneos de un escenario de contagiosa y gallarda calidad científica, que se nos va haciendo cada vez más familiar y al que debemos contribuir a consolidar con aportes que estén a la altura de esta sugerente entrega, para arribar a una sana y creativa convivencia.

AUGUSTO M. MORELLO  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

# ÍNDICE GENERAL

## CAPÍTULO I

### BIOÉTICA, DERECHOS HUMANOS Y SOCIEDAD CIVIL. CONCEPTOS INTRODUCTORIOS

	PÁG.
1. Un primer acercamiento a la bioética .....	1
2. Ética civil y bioética .....	4
3. Definición de bioética .....	7
4. Génesis histórica y contexto cultural .....	12
5. “Bioética médica”, “bioética global” y “bioética de las situaciones persistentes” .....	14
6. Caracterización de los problemas bioéticos .....	15
a) Ambivalencia del desarrollo técnico científico .....	15
b) Complejidad de los problemas bioéticos .....	15
c) Carácter dilemático .....	15
d) Pluralismo social, entre dogmatismo y relativismo .....	16
e) Bioética y derechos humanos, mínimos éticos .....	17
f) Distancia entre medios técnicos y nivel de humanidad .....	17
g) Tensión entre tecnificación y humanización .....	17
h) Tensión entre vida, bioética y dignidad humana .....	17
i) Propuesta en favor de “un uso humano y crítico de la tecnociencia” .....	18
7. Los principios bioéticos .....	18
a) Principio de autonomía personal .....	18
b) Principio de beneficencia - no maleficencia .....	19
c) Principio de justicia .....	20
8. Los derechos humanos como “puente entre la bioética y el derecho” .....	20
9. Reflexiones finales abiertas .....	24

## CAPÍTULO II

### ¿BIOÉTICA Y DERECHO O BIOÉTICA Y BIODERECHO? BIODERECHO: UNA CRÍTICA AL NEOLOGISMO

1. La tecnociencia y el desarrollo de la bioética .....	27
2. La bioética y una nueva forma de juridicidad .....	29
3. ¿Bioética y derecho? o ¿Bioética y bioderecho? .....	32
4. Conclusiones .....	33

## CAPÍTULO III

## CONSENTIMIENTO SUBROGADO

	PÁG.
1. Introducción .....	37
2. La doctrina del consentimiento informado. Su doble vertiente, jurídica (jurisprudencial) y bioética. Los “principios bioéticos” .....	37
a) Principio de autonomía personal, principio que en este trabajo abordaremos pormenorizadamente .....	39
b) Principio de beneficencia - no maleficencia .....	40
c) Principio de justicia .....	40
3. La “autonomía” como “principio de respeto a las personas”. La protección de las personas. La protección de las “personas vulnerables” .....	42
4. Los criterios éticos en la atención psiquiátrica: documentos internacionales relevantes .....	44
5. El principio de “no discriminación”, propuesta del “Scoping Study Committee”. Nuevas tendencias en el derecho comparado y el proyecto de Código Civil argentino de 1998 .....	45
6. Nuevos criterios en psiquiatría. Los enfoques interdisciplinarios. Bioética y derecho .....	46
7. El “Proxy Consent” en la jurisprudencia .....	50
8. Conclusiones. El respeto por los derechos humanos y la dignidad de la persona como valor fundante. La maximización de la libertad .....	50

## CAPÍTULO IV

## SALUD REPRODUCTIVA

1. Salud en sentido integral. Salud reproductiva: dignidad y calidad de vida. Documentos internacionales. Normas y principios constitucionales .....	53
2. La importancia de una adecuada información y la “procreación responsable”. Criterios jurisprudenciales y bioéticos .....	56
3. Impermeabilización “tubaria”. Criterios legislativos y casos judiciales .....	59
4. La Corte Suprema y la “píldora del día después”. Repercusiones del fallo desde la perspectiva bioética y jurídica .....	63
5. Reflexiones finales .....	66

## CAPÍTULO V

ANENCEFALIA E INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO.  
UNA VISIÓN INTEGRADORA A LA LUZ DE LA BIOÉTICA  
Y LOS DERECHOS HUMANOS

1. Introducción. Bioética y derechos humanos .....	67
2. Datos que ofrece la ciencia sobre la anencefalia .....	71
3. Consideraciones bioéticas .....	74

	PÁG.
4. La reflexión bioética y el derecho .....	79
5. La anencefalia en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina y del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires .....	85
6. Dictamen del procurador general y sentencia definitiva de la Corte Suprema de Justicia de la nación .....	86
a) Dictamen del procurador general .....	86
b) La postura de la mayoría en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia .....	88
c) Disidencia del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Julio S. Nazareno .....	91
d) Disidencia del ministro doctor Antonio Boggiano .....	93
e) Voto del ministro doctor Enrique S. Petracchi .....	94
7. Síntesis conclusiva provisional .....	94

## CAPÍTULO VI

## CLONACIÓN

1. Introducción. La bioética en el imaginario social .....	103
2. La sorpresa científica de la clonación. El síndrome bioético .....	107
3. La necesaria interacción entre bioética y derechos humanos. La perspectiva latinoamericana .....	110
4. La clonación como culminación de la utopía tecnocientífica .....	113
5. Consideraciones bioéticas sobre los derechos humanos y la filosofía de derecho .....	116
6. Reflexión final .....	122

## CAPÍTULO VII

BIOÉTICA Y DERECHO EN LOS FENÓMENOS  
DE TRANSEXUALIDAD

1. La transexualidad como espacio privilegiado de fructífero encuentro entre bioética y derecho. Aproximaciones y precisiones frente a un complejo “problema humano” .....	125
2. El ineludible deber del respeto a la “dignidad personal” .....	127
3. La necesidad de una reflexión interdisciplinaria que conjugue la filosofía de los derechos humanos con los aportes de la bioética .....	128
4. La transexualidad en el contexto del actual “bloque de constitucionalidad” .....	129
5. “La función de discernir justicia”. La superación de una “muerte civil” .....	130
6. Reflexión final .....	132

## CAPÍTULO VIII

JUSTICIA SOCIAL, BIOÉTICA Y JUSTICIA SANITARIA.  
UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL

1. Introducción .....	133
2. Supremacía constitucional y control de constitucionalidad .....	134

	PÁG.
3. La injusticia social que conduce a la exclusión social .....	138
4. El Documento Nacional de Identidad y una adecuada protección de derechos de raigambre constitucional .....	139
5. Derecho a la salud. El medicamento como bien social integra el derecho a la salud. Tutela judicial positiva de derechos fundamentales. La acción constitucional de amparo .....	147
6. Consideraciones finales .....	153

### CAPÍTULO IX

#### BIOÉTICA, CALIDAD DE VIDA Y AMBIENTE. UNA VISIÓN INTEGRADORA

Colaborador: RICARDO GUTIÉRREZ

1. Introducción .....	155
2. El problema ambiental y la ética: el hombre y su entorno .....	157
3. Aspecto normativo .....	159
4. La Ley General del Ambiente en Argentina .....	163
5. Vigencia sociológica .....	165
6. Fundamento de las garantías .....	167
7. Un caso resuelto judicialmente. Disposición de residuos domiciliarios. Desarrollo humano, salud y ambiente: una visión integradora entre bioética y derecho ambiental .....	170

### CAPÍTULO X

#### BIOÉTICA Y ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO

Colaborador: RICARDO GUTIÉRREZ

1. Introducción .....	199
2. El caso “Siri” (27 diciembre 1957, fallos, 239:459) .....	199
3. El caso “Kot” (5 septiembre 1958) .....	202
4. Legislación nacional y provincial. Receptación constitucional. La Constitución Nacional y la de la provincia de Buenos Aires .....	204
5. Mayor apertura jurisprudencial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tutela anticipada .....	215
6. La interdependencia y complemento de los derechos fundamentales. “Derechos negativos” o de abstención y “derechos positivos” o prestacionales. Las “omisiones inconstitucionales” .....	217
7. Casos bioéticos y acción constitucional de amparo .....	220

CAPÍTULO XI

CONSENTIMIENTO INFORMADO

	PÁG.
1. Introducción .....	223
2. La lectura de otro caso judicial complejo, a la luz de los principios y criterios desarrollados .....	232
3. Cuestiones abordadas en la sentencia .....	233
4. Sumario .....	233
5. Texto íntegro de la sentencia (inédita) .....	234

CAPÍTULO XII

“PROXY CONSENT”

1. Introducción .....	239
2. El caso .....	240
3. Cuestiones abordadas en el fallo .....	241
4. Sumario .....	242
5. Texto íntegro de la sentencia .....	244
6. Notas aprobatorias .....	255

CAPÍTULO XIII

ESTERILIZACIÓN “TERAPÉUTICA”. LA LIGADURA DE TROMPAS BILATERAL COMO “TERAPIA LÍMITE”

1. Introducción .....	267
2. Un caso resuelto en 1999 .....	270
3. Cuestiones abordadas .....	271
4. Sumario .....	271
5. Texto íntegro de la sentencia .....	272
6. Nota al fallo efectuada por el Dr. Eduardo L. Tinant .....	282

CAPÍTULO XIV

UN CASO JUDICIAL COMPLEJO.  
EMBARAZO INVIABLE. ANENCEFALIA

1. Introducción .....	295
2. El caso .....	297
3. Cuestiones abordadas .....	298
4. Sumario (síntesis de lo resuelto judicialmente) .....	298

	PÁG.
5. Texto íntegro de la sentencia (inédita) .....	299
6. Comentario a sentencia dictada por el mismo juzgado, en un caso análogo	310

## CAPÍTULO XV

### ABORTO TERAPÉUTICO

1. Introducción .....	321
2. El caso .....	324
3. Cuestiones abordadas .....	325
4. Sumario .....	326
5. Texto íntegro de la sentencia (inédita) .....	328
6. Comentarios realizados a sentencia del mismo juzgado en caso análogo .....	348

## CAPÍTULO XVI

### LA TRANSEXUALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA. UNA FRUCTÍFERA COMPLEMENTACIÓN ENTRE BIOÉTICA Y DERECHO

1. La transexualidad en la jurisprudencia .....	361
2. El caso .....	364
3. Cuestiones abordadas .....	366
4. Sumario .....	366
5. Texto íntegro de la sentencia .....	369
6. Anotación de la sentencia .....	383

## CAPÍTULO XVII

### DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD

#### Seguridad social y acción de amparo. Provisión de medicamento

1. Introducción .....	401
2. Algunos criterios jurisprudenciales sentados por el autor, como juez y por la vía de la acción constitucional de amparo en “casos bioéticos” .....	407
3. Criterios orientadores en casos de conflicto o controversia entre pacientes y prestadores de salud .....	408
4. El caso .....	410
5. Cuestiones abordadas .....	411
6. Sumario .....	411
7. Texto íntegro de las sentencias de primera y de segunda instancia (inéditas)	412

CAPÍTULO XVIII

DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD

Seguridad social y acción de amparo.

Terapia médica. Niño de corta edad, afectado por una parálisis cerebral.  
Obligaciones del sistema de salud. Convención Internacional  
de los Derechos del Niño

	PÁG.
1. Introducción .....	421
2. El caso .....	421
3. Cuestiones abordadas .....	422
4. Sumario .....	422
5. Texto íntegro de la sentencia .....	424
6. Comentario del fallo .....	437

CAPÍTULO XIX

DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD

Seguridad social y acción de amparo. Empresas  
de medicina prepaga (afiliación)

1. Introducción .....	441
2. El caso .....	441
3. Cuestiones abordadas .....	443
4. Sumario .....	444
5. Textos íntegros de la sentencia de primera y segunda instancia (inéditas) ...	446

CAPÍTULO XX

DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD

Seguridad social y acción de amparo. Afiliación pareja de conviviente

1. El caso .....	461
2. Cuestiones abordadas .....	463
3. Sumario .....	463
4. Texto íntegro de la sentencia .....	464
5. Comentario a la sentencia .....	472

APÉNDICE

DOCUMENTOS NACIONALES E INTERNACIONALES

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos .....	477
Aplicación de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos .....	483

	PÁG.
Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina .....	484
Convenio relativo a los Derechos Humanos y la biomedicina .....	484
Ley de Salud Pública. República Argentina (ley 25.673), por la cual se crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en el ámbito del Ministerio de Salud .....	495
Bibliografía .....	499
Índice de autores .....	529
Índice de materias .....	535

## CAPÍTULO I

# BIOÉTICA, DERECHOS HUMANOS Y SOCIEDAD CIVIL. CONCEPTOS INTRODUCTORIOS

“Los seres humanos son respetables porque son seres humanos, no porque tengan los mismos valores o compartan las mismas creencias”.

DIEGO GRACIA

### 1. UN PRIMER ACERCAMIENTO A LA BIOÉTICA

Hasta hace no muchos años, el vocablo *bioética* no se encontraba siquiera incluido en el diccionario de la Real Academia Española, omisión luego subsanada en las ediciones más recientes. Sin embargo, hoy día dicho término aparece en forma casi cotidiana en diversas informaciones recogidas en los distintos medios de comunicación social, aunque no siempre con el necesario rigor conceptual.

En razón de esta circunstancia, y en una primera aproximación, es aconsejable precisar qué entendemos por bioética, y para ello nada mejor que introducirnos empíricamente en este nuevo campo interdisciplinario que hoy ofrece un espacio de reflexión crítica para el abordaje de temas que, tanto por su acuciante actualidad como por su proyección hacia el futuro, involucran al ser humano —como individuo y como especie— en su relación con el mundo circundante.

Como bien se ha señalado<sup>1</sup>, la cuestión del nombre no es de mera etiqueta para la bioética, sino que interesa a la esencia y existencia misma de la disciplina.

Resulta, en esta cuestión pertinente, recurrir en primer lugar a la etimología de este neologismo, que enlaza los vocablos griegos: *bios* y *ethiké* en el sentido de ética *de la vida*, o aún más, *vida de la ética*. Al entrelazar estas dos dimensiones, la bioética procura alcanzar una nueva armonía, un nuevo punto de convergencia entre las ciencias de la vida (*bios*) y la *ethiké* en el sentido de principios y valores morales. Encontramos asociada esta necesaria articulación, por ejemplo, a noticias referidas a trasplante y ablación de órganos, investigación y experimentación con seres humanos, clonación —reproductiva y “terapéutica”—,

<sup>1</sup> JOSÉ A. MAINETTI, “Bioética: de nominis quaestio”, en revista jurídica *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial Bioética, coordinador Pedro F. Hooft, núm. 6113, Buenos Aires, 28 octubre 1998, págs. 1 a 4.

proyecto “Genoma Humano”, nuevas posibilidades en el campo de la procreación asistida, eutanasia, derecho a morir con dignidad y demás *problemas éticos relacionados con la vida*, en particular la vida humana (que incluye las cuestiones referidas a la denominada *ecología social*). Estos problemas adquieren hoy nuevas dimensiones y requieren, por tanto, urgentes respuestas, pero debidamente fundamentadas.

El vertiginoso y extraordinario desarrollo de las ciencias de la vida (“*life science*”), de modo especial a partir de mediados del siglo xx, ha planteado nuevos y acuciantes interrogantes éticos. El pluralismo de las sociedades democráticas occidentales, la velocidad de los progresos biomédicos, las repercusiones sociales que plantea la atención de la salud, como son el acceso, la justicia y la solidaridad, requieren el desarrollo de “una ética para la civilización tecnológica”, cuestión que motivó en el decenio del setenta la preocupación y guiara a las reflexiones ético-filosóficas de HANS JONAS en su libro *Das Prinzip Verantwortung*<sup>2</sup>.

Se trata, por cierto, de nuevos problemas que involucran el concepto de hombre que tenemos para nosotros mismos y para los demás; nuestro concepto de vida y de muerte y nuestro criterio y prudencia para que los avances tecnológicos sean usados para mejorar la calidad de vida y de muerte, y le otorguen prioridad al respeto a la persona humana y su dignidad. El otro aspecto novedoso de esta nueva manera de enfocar las cuestiones relacionadas con la ética de la vida es que el campo de reflexión no se limita ya a las consecuencias en las presentes generaciones, sino que tiene en cuenta también las generaciones futuras y al cuidado y protección del medio ambiente, con un sentido de responsabilidad “intergeneracional”, en un momento histórico en el que los avances científicos y el progreso técnico ofrecen posibilidades inéditas y desconocidas en épocas pasadas. En este nuevo contexto se ha desarrollado una sensibilidad histórica, una creciente preocupación ética por la calidad de vida en una relación inescindible con la idea de la dignidad humana<sup>3</sup>.

Ahora bien, cabe preguntar si estos nuevos profundos dilemas que con frecuencia se suscitan hoy muy especialmente en el campo de la atención sanitaria pueden encontrar respuesta desde una visión unilateral o reduccionista. La respuesta a nuestro juicio será que es menester siempre tener presente que “los problemas humanos no son exclusivamente biológicos sino también morales”. Ello implica que se torna necesario respetar los “valores, creencias y deseos del paciente —y su familia—” y resguardar su condición de persona, incluida su

<sup>2</sup> HANS JONAS, *Das Prinzip Verantwortung (El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para una civilización tecnológica)*, Francfort, 1979. Versión castellana de Javier M. A. Fernández Retenaga, Barcelona, Ed. Herder, 1995.

<sup>3</sup> JAVIER GAFO, *Diez palabras clave en bioética*, Navarra, Edit. Verbo Divino, 1997, págs. 11 y ss. EDUARDO LÓPEZ AZPITARTE, *Ética y vida. Desafíos actuales*, Madrid, Edic. Paulinas, 1990, págs. 5 y ss.

dimensión social, con miras a lograr una mejor calidad de vida<sup>4</sup>. Aparecen como elocuentes y apropiadas las sabias reflexiones de JEAN BERNARD —que fue presidente de la Academia de Ciencias y primer presidente del Comité Consultivo para las Cuestiones Éticas de las Ciencias de la Vida y de la Salud de Francia—, en el sentido de que “una persona es una individualidad biológica, un ser de relaciones psicosociales, un individuo para los juristas. Pero con todo, trasciende esas definiciones analíticas. Ella aparece como un valor”<sup>5</sup>.

Ampliando las ideas generales anteriores, puede también añadirse que la bioética consiste en un *conjunto de procedimientos para el examen de las normas técnicas y su legitimación sustentado en un diálogo interdisciplinario, situación que se advierte en la conformación y funcionamiento de comisiones y comités institucionales de bioética*. Pero, al mismo tiempo, *aporta una reflexión moral sobre las implicaciones, los factores condicionantes y el impacto de la investigación biomédica y psicosocial, todo ello en íntima relación “con el bienestar humano, la preservación del medio ambiente y la justicia social”*<sup>6</sup>.

Al articularse así los conceptos de *bios* y *ethiké*, y precisarse, en términos generales de *qué ética hablamos*, podemos afirmar que bien se ha sostenido que “el movimiento bioético, como fenómeno sociocultural de constitución de la disciplina en Estados Unidos, se caracteriza por la integración de un *bios* tecnológico y un *ethos* secular, la tecnificación de la vida y la liberalización de la moral”<sup>7</sup>.

Hablar entonces de bioética, como puente hacia el futuro y entre las dos culturas, —ciencia y humanidades—, como respuesta al desafío de la crisis bioética de la era tecnológica, importa dar un giro en la ética médica desde su posición tradicional, centrada en el médico, a la posición actual en torno a la persona del paciente y del ciudadano. Aquí la referencia al *ciudadano* nos lleva más allá de la idea tradicional de la individualidad de la ciudadanía política, para situarnos frente a una nueva teoría o concepto de ciudadanía, en el sentido de “ciudadanía social”<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> DELIO JOSÉ KIPPER y JOAQUIM CLOTET, “Principios da Beneficencia e Nao Maleficencia”, en *Iniciacao a bioética*, Conselho Federal de Medicina, Directores Sergio Ibiapina Ferreira Costa, Volnei Garrafa y Gabriel Oselka, Brasilia, 1998, págs. 37 y ss.

<sup>5</sup> JEAN BERNARD, *La bioetique*, Paris, 1994, pág. 80, cit. por KIPPER-CLOTET, *op. cit.* (cita 4).

<sup>6</sup> FERNANDO LOLAS STEPKE, “La bioética en el contexto de los programas globales de salud”, en revista *Panam Salud Pública* (Pan Am J. Public Health), 6 (1), 1999.

<sup>7</sup> JOSÉ ALBERTO MAINETTI, *Bioética sistemática*, La Plata, Edit. Quirón, 1991. Para una perspectiva más amplia referida a la visión interdisciplinaria de la bioética, puede verse: TEREZA ASNARIZ L.-JADRANKA JURIC, “Abordaje bioético. Un recorrido intertransdisciplinario espiralado”, en *Bioética: cuestiones abiertas*, AA. VV., Buenos Aires, Edit. Eledé, 1996, págs. 25 y ss.

<sup>8</sup> ADELA CORTINA, *Ciudadanos del mundo, hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

Esta visión integradora no sólo involucra las disciplinas filosóficas, e inclusive va más allá de los abordajes interdisciplinarios del saber sino que —como observa ADELA CORTINA— constituye una exigencia de la propia realidad social que en un mundo inmerso en el proceso de globalización, exige una orientación desde la ética<sup>9</sup>.

## 2. ÉTICA CIVIL Y BIOÉTICA

Sentadas estas primeras precisiones preliminares, podemos distinguir con GREGORIO PECES BARBA<sup>10</sup> entre ética *pública* y ética *privada*.

La ética *pública* como sinónimo de justicia, la moralidad con vocación de incorporarse al derecho positivo que orienta sus fines y sus objetivos como derecho justo. Cuando no se ha incorporado al derecho positivo y sirve como criterio para juzgar a este y como programa para alcanzar el poder, hablamos de “moralidad crítica”, y una vez incorporada, “moralidad legalizada o positivizada”. La ética pública marca criterios, guías y orientaciones para organizar la vida social; es un medio para un fin, que es el desarrollo integral de cada persona; no señala criterios, ni establece conductas obligatorias para alcanzar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad, ni fija nuestro plan de vida último. Por el contrario la ética *privada* es una ética de contenidos y de conductas que señala criterios para la salvación, la virtud, el bien o la felicidad; es decir, orienta nuestros planes de vida. Puede ser religiosa o laica, y su meta es la autonomía o independencia moral. Tiene dos dimensiones, la individual —regula la conducta como fin último— y la social —en el ámbito de nuestras relaciones sociales—.

Hecha esta distinción, podría concluirse que estamos en presencia de una *patología de la universalidad* —llevada a sus últimas consecuencias— cuando se estima necesario transformar la ética privada en ética pública, actitud que entra en colisión con la tolerancia y el pluralismo. Y en sentido inverso, llegamos a reduccionismos que empobrecen la vida moral.

Conviene aquí destacar que lo llamado por PECES BARBA “ética pública”, es encuadrado por otros autores en el concepto de ética civil. Así, MARCIANO VIDAL<sup>11</sup>, reconocido bioeticista español, entiende por “ética civil” el mínimo moral

<sup>9</sup> ADELA CORTINA, “El quehacer público de la ética aplicada”, en *Razón pública y éticas aplicadas. Los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista*, ADELA CORTINA y DOMINGO GARCÍA-MARZÁ (editores), Madrid, Edit. Tecnos, 2003, págs. 13-19.

<sup>10</sup> GREGORIO PECES BARBA, “Ética, poder y derecho”, en *Cuadernos Debates*, núm. 34, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, págs. 11-17.

<sup>11</sup> MARCIANO VIDAL, *Bioética. Estudios de bioética racional*. Madrid, Edit. Tecnos, 1989, págs. 20 y 21. Sobre esta misma cuestión ADELA CORTINA —figura destacada del pensamiento filosófico actual en España— hace suya una acertada caracterización de Pedro Laín Entralgo, quien entiende por “moral civil” aquella que “cualesquiera que sean nuestras creencias últimas...