

# RELACIONES ENTRE BIOÉTICA, BIODERECHO Y ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO

Por **Lily R. Flah**

Las conexiones entre la bioética y el derecho son muy estrechas. Afectan a las bases de la vida social y no se limitan a una regla o previsiones ocasionales. Las metáforas primigenias pueden cambiar en la medicina o en el derecho, pero el cambio no altera el enfoque jurídico en la sociedad ni su influencia bioética. El derecho no se limita al discurso legal. La fuerza de la ley es una fuerza de realidad<sup>1</sup>.

Podemos afirmar que la libertad y la salud son valores muy próximos; hoy en día son prácticamente idénticos. El derecho a la vida del sujeto, que ocupa un lugar principal en las declaraciones de los derechos humanos en Europa, Estados Unidos y América latina, juega un papel importante: el derecho a la salud pasa por ser entendido social, bioética y legalmente como un correlato del derecho a la vida<sup>2</sup>.

En ese sentido se inscriben los artículos 2 y 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que se refieren al derecho a la vida y al derecho a respetar la integridad física de la persona, como, por ejemplo, el derecho a no padecer tortura, trato degradante y castigo inhumano. Es importante el nexo semántico entre el derecho y la medicina para evaluar si el tratamiento médico puede considerarse en ocasiones como “trato degradante” al paciente. Legal-

---

(1) Conf. Broekman, Jan M., “Intertwinements of law and medicine”, *Leuven Law Series 7*, Leuven University Press, 1996, págs. 28 y ss.

(2) Tratado Europeo de Derechos Humanos, Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

mente se tiende a proteger toda clase de intervenciones médicas y el tratamiento está definido a partir del principio de buena fe. La información es el núcleo de este principio, elemento fundamental para hallar el equilibrio entre la *buena fe* y el *trato degradante*. Pero a fin de lograr un equilibrio correcto y sostenido es necesario el abordaje en términos jurídicos.

“El derecho y la medicina asignan funciones de bienestar y de salud a la persona, que para ser portadora de esta función requiere que se le reconozca su autonomía.

“Esta asignación compleja de funciones es uno de los valores vigentes más poderosos de nuestra cultura. No solamente cabe considerar el bienestar, la salud, y en segunda instancia el derecho a la vida, sino también la autonomía de la persona como condición previa para cualquier recuperación de la salud”<sup>3</sup>.

La medicina comparte con el derecho una necesidad de individualidad y subjetividad, necesidad que refuerza la *representación* como una razón filosófica básica. Por consiguiente, la autonomía del paciente es una virtud de la curación y de los cuidados modernos.

La biotecnología de nuestro tiempo genera enormes desafíos para todo el conjunto de la cultura y entre ellos se encuentran los que produce en el campo jurídico, originando incluso el nacimiento de una rama jurídica “transversal” que no significa negación, pero sí complemento de otras ramas: el Bioderecho<sup>4</sup>.

El Bioderecho está presente en todas las ramas del derecho que, manteniendo sus respectivas áreas, deben atender a los desafíos de la biología: Derecho Constitucional, Civil, Comercial, Laboral, Penal.

Cabe destacar la enumeración de los planteos que surgen con la aplicación de las nuevas técnicas en el ámbito científico:

- a) “individualidad biológica, que atañe al inicio de la vida y de la existencia de la persona humana;
- b) “la integridad somática que involucra las cuestiones relativas a la manipulación genética en el ser humano: el genoma humano;
- c) “la identificación genética, con su aplicación práctica a temas como la determinación de la paternidad y de la maternidad;
- d) “la procreación asistida, que incluye, entre otros, el problema de la procreación del ser humano y la regulación legal de las técnicas de reproducción asistida”<sup>5</sup>.

En síntesis, entre los contenidos que se considera que integran el Bioderecho cabe mencionar el origen de la vida (inseminación artificial, fecundación extracorpórea, cesión de vientres y de esperma, aborto, etc.), las situaciones vi-

(3) Broekman, Jan M., *Implicaciones jurídico-filosóficas de la genética* en *Giovani Realtá*, 1991, págs. 19 y ss.

(4) Ver Ciuro Caldani, Miguel A., “Introducción general al Bioderecho” en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 22, pág. 19, Bioética y Bioderecho N° 2, pág. 11.

(5) Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, *Bioderecho*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, pág. 29.

tales críticas (consentimiento informado para las medidas relacionadas con la salud, producción y uso de medicamentos, encarnizamiento terapéutico, problemática social del SIDA, nuevas prácticas eutanásicas, etc.) y el desempeño respectivo de los medios de comunicación de masas.

Un tema de singular trascendencia es el vinculado con el fin de la vida, y en ese ámbito cabe prioritariamente distinguir el suicidio de la eutanasia. El primero consiste en quitarse violenta y voluntariamente la vida y la segunda está definida como la anticipación intencional de la muerte de otro, en su exclusivo interés y ante la inminencia de su deceso<sup>6</sup>.

En consecuencia, el suicidio es un hecho ideado, decidido y efectuado directamente por quien atenta contra su vida, en tanto que la eutanasia o, mejor, el acto médico eutanásico supone la actuación de un tercero, además de las dos condiciones citadas, que justamente la diferencian de un mero homicidio.

Sostiene el Dr. Luis Niño que "...distinto es el caso de quien induce o ayuda a quien resuelve ultimarse. La permanencia de preceptos que describen tales conductas en la abrumadora mayoría de las legislaciones contemporáneas implica que se mantiene el interés general de preservación por parte de terceros al supremo objeto de protección jurídica, la vida humana.

"Paralelamente, de cara a la eutanasia, si se acepta la definición apuntada párrafos atrás, es posible discernir algunas modalidades, cuanto menos, justificadas, en base al conflicto de intereses planteado entre la vida de un sujeto, reducida –por patología o accidente grave– al nudo soporte biológico y, por lo demás, próxima a extinguirse, y la libertad o, si se prefiere, el autodomínio o autonomía moral de ese mismo sujeto. Es el caso de la eutanasia activa indirecta o de doble enlace (vgr.: el acortamiento del curso vital como efecto no querido de la medicación paliativa, suministrada en proporción a los síntomas del paciente); el de la eutanasia pasiva (por ej.: cese o abstención de medidas terapéuticas mortificantes, destinadas a enfrentar patologías intercurrentes o nuevas manifestaciones de una misma enfermedad) y el de la *adistanasia*, vale decir, el retiro de medios artificiales de reanimación<sup>7</sup>.

En este estado, es de sumo interés recordar lo señalado por Juan Pablo II en la Encíclica *Evangelium Vitae*, en 1995, que sostiene:

"...Ciertas intervenciones médicas ya no adecuadas a la situación real del enfermo, por ser desproporcionadas a los resultados que se podrían esperar, o bien por ser demasiado gravosas para él o su familia. En estas situaciones, cuando la muerte se prevé inminente e inevitable, se puede en conciencia renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia sin interrumpir, sin embargo, las más normales debidas al enfermo en casos similares. Ciertamente existe la obligación moral de curarse y hacerse curar, pero esta obligación se debe valorar, según las situaciones concretas; es decir, hay que examinar si los medios terapéuticos

(6) Niño, Luis F., *Eutanasia. Morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales*, Ed. Universidad de Buenos Aires, 1994, pág. 130.

(7) Niño, Luis F., "Significación jurídica de la ayuda al suicidio: el caso Sanpedro", *JA*, octubre 28/1998, pág. 22.

a disposición son objetivamente proporcionados a las perspectivas de mejoría. La renuncia a medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia”.

No todo lo que es técnicamente posible resulta moral y éticamente aceptable. No puede darse una auténtica promoción de la vida humana sin una creciente humanización de la medicina, que se coloca más allá de la mera aportación científica y técnica.

Es en esta temática que el Comité Hospitalario de Ética cumple una función primordial, aconseja al médico y al paciente y, eventualmente, actúa amparándolos, para que la relación médico-paciente se realice en el clima de privacidad y respeto que la constituye esencialmente.

La defensa de los derechos de las personas está dada en Occidente por la tradición judicial; el principio de autonomía y el paulatino reconocimiento de los derechos de los pacientes es un tema que los hombres de derecho introdujeron en el mundo médico. En la tradición norteamericana, el reconocimiento de los derechos fue impuesto en los estrados judiciales mucho antes de la existencia de normas al respecto, a partir de 1950, fecha en que comienza a perfilarse la denominada doctrina del consentimiento informado. Se trata de una reacción contra los abusos cometidos contra seres humanos en los campos de concentración nazis y aun ciertas experiencias realizadas en ese país, que derivaron en interesarse respecto al suministro de información y la posibilidad de los pacientes de ejercer su derecho a la autodeterminación<sup>8</sup>.

Finalizada la guerra y conocida la magnitud de los crímenes cometidos, se constituye un Tribunal para juzgarlos y se promulga el Código de Núremberg en 1947.

Es de destacar la declaración de Helsinki (1964) que adopta la Asociación Médica Mundial, la cual establece los principios generales, consagrando la función social y natural del médico de velar por la salud del ser humano. Marca un hito en la materia al requerir el consentimiento informado, diferenciando con precisión la investigación terapéutica de la experimentación sin finalidad terapéutica y extremando los recaudos en este último supuesto.

La declaración mencionada fue objeto de revisiones en Tokio (1975), Venecia (1983) y Hong Kong (1989), conocidas como Helsinki II, III y IV respectivamente<sup>9</sup>.

En nuestro país, formado en otras tradiciones, la concepción autonomista y de defensa de los Derechos Humanos ha ingresado con posterioridad pero, paulatinamente, a través de la jurisprudencia, la obra de destacados juristas y los fallos de la Corte, se asiste a un cambio en el que se reconocen conceptos e instituciones fundamentales de la bioética, como el principio de autonomía y su correlato, el consentimiento informado, del mismo modo que adquieren relevancia los Comités Hospitalarios de Ética.

(8) Hooft, Pedro Federico, *Bioética y Derechos Humanos*, Ed. Depalma, Bs. As., 1999, pág. 102.

(9) Flah, Lily R. y Smayevsky, Miriam, “El deber de información y las prácticas eugenésicas”, ponencia presentada en I Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho, Bs. As., agosto de 2000.

Felizmente, esto implica la creación y afianzamiento de un “Bioderecho” que constituye un aporte importante al reconocimiento jurídico del paciente como persona y sus derechos como tal.

Resulta de interés lo apuntado por Kottow en cuanto sostiene: “La investigación médica que se hace en seres humanos debe ser consentida, benéfica e inocua. El rigor de estas exigencias es máximo en investigaciones no terapéuticas –que no tendrán beneficios directos para el probando–...

“En pacientes que no pueden dar su aprobación, sólo se podrá experimentar con fines terapéuticos directamente beneficiosos para ellos previo consentimiento vicariante.

“Mientras más urgente sea aplicar terapias no establecidas, tanto menos justificación tiene el rigor científico que pudiera asignar el paciente al grupo control que recibe placebo.

“La investigación médica no puede cumplir con los postulados metodológicos de las ciencias naturales, porque su función terapéutica siempre prima sobre la experimental”<sup>10</sup>.

Una serie de leyes hacen suya la regla básica mencionada del consentimiento informado, tanto en la práctica médica general, a partir de la ley 17132, como en especial con la ley de trasplante de órganos (24193), la ley de lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (23798) y la de protección de personas incluidas en investigaciones científico-médicas, de la provincia de Buenos Aires (11044).

Pero es obvio –y así lo reconocieron las recomendaciones de la Conferencia Nacional de Abogados (San Salvador de Jujuy, abril de 2000)– que resulta necesario legislar específicamente sobre esta temática.

El Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio<sup>11</sup> propone el texto de los artículos que guardan relación con los actos de disposición del propio cuerpo.

Art.110.- Actos de disposición sobre el propio cuerpo: “Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resultan contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, salvo que sean requeridos para la curación o el mejoramiento de la salud de la persona. La dación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo, no puede ser suplido y su revocación no causa responsabilidad alguna”.

Art.111.- Prácticas eugenésicas: “Quedan prohibidas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos. Ninguna modificación puede ser realizada a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres de la descendencia de la per-

(10) Kottow, Miguel H., *Introducción a la bioética*, Colección “El mundo de las ciencias”, Ed. Centro Interdisciplinario de Bioética de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1985, pág. 97.

(11) Redactado por la Comisión designada mediante el decreto 685/95.

sona, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas.

“Es prohibida toda práctica que afecte la integridad de la especie humana, o que de cualquier modo tienda a la selección de las personas, o la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas”.

Art. 112.- Consentimiento de paciente: “Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera que sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario”.

Art. 113.- Sustitución del consentimiento: “Si el paciente es incapaz de ejercicio o no está en aptitud de expresar su voluntad, debe recabarse el consentimiento de su representante legal, cónyuge o pariente más próximo o allegado que en presencia del médico se ocupe de él. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

“La negativa injustificada de las personas antes mencionadas a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del incapaz, se suple por autorización judicial”.

Art. 114.- Consentimiento informado: “Cuando las circunstancias lo aconsejan, el paciente o quien debe dar su consentimiento en el caso del artículo precedente, debe ser informado razonablemente sobre el procedimiento médico, sus consecuencias y sus posibilidades curativas”.

Se trata de proteger el derecho a la intimidad, a la integridad psíquica y física, a la no discriminación, en síntesis, aquello que hace a la dignidad de la persona. Y ésta considerada como fuente de la cual derivan todos los demás derechos. Sinónimo del valor que se le reconoce al hombre por el solo hecho de serlo<sup>12</sup>.

Desde otra perspectiva disciplinaria, Foucault se inclina por considerar que “consistiría en una reelaboración de la teoría del sujeto. Esta teoría fue profundamente modificada y renovada en los últimos años por unas teorías o, aún más seriamente, unas prácticas entre las que cabe destacar con toda claridad el psicoanálisis que se coloca en un primer plano. El psicoanálisis fue ciertamente la práctica y la teoría que replanteó de la manera más fundamental la prioridad conferida al sujeto, que se estableció en el pensamiento occidental a partir de Descartes”<sup>13</sup>.

(12) Bergel, Salvador Darío, “Derechos Humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos humanos”, *ED*, 179-1159.

(13) Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa S. A., Barcelona, 2000, pág. 15.