

# Bioética y derecho (s): Algunos alcances

## Bioethics and right (s): some perspectives

Miguel Kottow Lang\*

### Resumen:

La interrelación entre la bioética y los derechos humanos ha sido debatida desde que esta ética aplicada se desarrolla a lo largo de casi cinco decenios. Persistentes controversias sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos, el carácter disciplinario de la bioética, y la interacción de ambas propuesta por la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, requieren nuevas reflexiones.

Los debates teóricos enfrentan la realidad social global que mantiene, e incluso naturaliza, desigualdades sociales regionales y transnacionales, en un clima moral resentido por el individualismo y la generalización del pensamiento neoliberal, que reduce la protección social y desatiende el bien común. El robustecimiento del discurso bioético reflexivo es planteado en este artículo como elemento primordial en prácticas sociales que tienden a la juridicidad.

### Abstract:

Interrelations between bioethics and human rights have been debated ever since this applied ethics has developed over the last 50 years. Persistent controversies regarding the Universal Declaration of Human Rights, the disciplinary status of bioethics, and their interaction as presented by the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, all require renewed reflection. Theoretical debates have had to face the reality of global social issues with their tendency to maintain, even naturalize, social, regional and transnational inequalities, in the weakened moral climate of late modernity's individualism, the dominance of neoliberalism, and reduced social protection that neglects the common weal. The present article reinforces the need for reflexive bioethical discourse as a crucial element in social practices that tend to be legalized.

### Palabras clave:

Bioética - Bioderecho - Derechos Humanos

### Keywords:

Bioethics - Biolaw - Human Rights

### Sumario:

1. Introducción - 2. Derechos y deberes - 3. Derechos humanos - 4. Ciudadanía - 5. Ética y derechos humanos - 6. Bioética y derechos humanos - 7. Bioética y bioderecho - 8. Conclusión - 9. Bibliografía

\* Médico, Doctor en Medicina, Magíster en Sociología. Profesor Titular, Universidad Central de Chile. Maestro de la bioética chilena. Contacto: miguel.kottow@uccentral.cl

## 1. Introducción

Aun cuando, frecuentemente, olvidada, la disciplina de la bioética nace, en sus inicios con Hellegers y el Kennedy Institute of Ethics, en la intención de recuperar los derechos del paciente, amagados por la expansión biotecnocientífica y la sofisticación instrumental de la medicina clínica. No obstante, el despliegue del discurso de derechos humanos y el de la bioética han tenido variaciones de concordancia y divergencia. El tema se ha desgastado en lugares comunes y automatismos retóricos, por lo que requiere ser revisado ante todo por las observaciones críticas de la incongruencia entre teoría y práctica: los derechos humanos de primera generación continúan siendo violados con demasiada frecuencia, en tanto, las crecientes desigualdades y alta prevalencia de poblaciones severamente desmedradas, acusa de incumplimiento de los derechos positivos de segunda generación. Así, el presente texto intenta relevar que la relación entre bioética y derechos, necesita con urgencia revisión y corrección.

## 2. Derechos y deberes

Interés y preocupación por el discurso de derechos han tenido una evolución histórica bimodal con una primera fase expansiva en torno a la Revolución Francesa, una segunda a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, la creación de las Naciones Unidas y la proclamación de los Derechos Humanos Universales (1948). La persistente atención que el tema concita, tanto a nivel de experticia académica, como en su incorporación en el lenguaje cotidiano, provoca frecuentes distorsiones conceptuales que erosionan los límites, o crean barreras artificiales: jusnaturalismo/juspositivismo, entre derechos y deberes, y sus variaciones de subjetividad/objetividad, negatividad/positividad, individualidad/universalidad.

Jeremy Bentham, quien tenía una pobre opinión de la idea de derechos naturales, considerándola una “tontería en zancos”, sostenía que de derechos solo puede hablarse en un marco legal, donde reconocer un derecho es un modo de establecer que su portador puede reclamar el beneficio de un deber legal de cumplimiento por otro(s)<sup>1</sup>. El jurista W.N. Hohfeld desarrolló un análisis más profundo de correlación entre derechos y deberes, resumidas en una tabla jurídica<sup>2</sup>:

|                                      |  |                                  |  |
|--------------------------------------|--|----------------------------------|--|
| Derecho<br>( <i>Right or claim</i> ) | Privilegio o libertad<br>( <i>Privilege or liberty</i> ) | Potestad<br>( <i>Power</i> )     | Inmunidad<br>( <i>Immunity</i> )       |
| Deber<br>( <i>Duty</i> )             | No-derecho<br>( <i>No-right</i> )                        | Sujeción<br>( <i>Liability</i> ) | Incompetencia<br>( <i>Disability</i> ) |

De acuerdo a esta tabla, el derecho, propiamente tal, (*right or claim*) es el único que se correlaciona con un deber correspondiente, pudiendo darse en forma impersonal -derecho *in rem*-, o referirse a un reclamo ante determinadas personas -derecho *in personam*-<sup>3</sup>. Se deduce, asimismo, que los deberes requeridos por un derecho pueden ser de dos tipos: de no interferencia -no derecho a interferir en un privilegio o libertad-, y el deber de realizar “que algo sea el caso”, referido a un derecho positivo que implica un deber de ejecución. Diversos autores colapsan estas categorías, considerando que la no interferencia es una forma positiva de facilitar la libertad, una reducción que otros consideran lesiva al desarrollo de derechos positivos que quedarían desamparados al no ser enfrentados con una obligación de cumplimiento o realización.

En líneas generales, el juspositivismo enfoca en los derechos desde la discusión jurídica, con fuerte inclinación individualista. Una extrapolación informal ha sugerido la validez del discurso legal para el ámbito moral, más centrado en deberes, una perspectiva jusnaturalista y en doctrinas deontológicas donde la separación de Estado y religión son más porosas.

1 W.A. Edmunson, *An Introduction to Rights*, 2nd. Ed. (New York, Cambridge University Press, 2012).

2 A.M. Peña Freire, Cinco teorías sobre el concepto de los derechos, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (2009; 32): 665-686 (666).

3 J. Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, (N.J. Princeton University Press 1980).

Derechos y deberes no se debaten solo en claustros académicos o estudios jurídicos, son materia cotidiana en ámbitos públicos, privados, profesionales, donde el recurso a derechos ha de respetar ciertas condiciones básicas:

1. Reclamar un derecho ha de arraigar en un ordenamiento legal o en fundamentos morales a su vez anclados y reconocidos en la cultural social vigente.
2. Todo derecho implica una obligación, de no interferencia en la libertad, ora cumpliendo las exigencias que el derecho legítimo reclama.
3. Un derecho es siempre facultativo -discrecional y prudencial-, pasible de ser o no reclamado. Si así no fuese, sería una obligación.
4. Siendo facultativo, la obligatoriedad correlativa ha de estar siempre disponible y preparada para intervenir cuando el derecho es reclamado.

El recurso a derechos y deberes en bioética es siempre tormentoso y debatido, en buena parte por no respetar las condiciones citadas: el derecho al propio cuerpo no tiene un deber correlativo de respetar la inviolabilidad corporal, sino, por el contrario, se presenta como el “derecho” de exigir una intervención (aborto, eutanasia) cuando aún no está sancionado por la ley. Los “derechos reproductivos” aparecen como un doble vínculo: a impedir la concepción cuando la mujer así lo decide, o a facilitar la reproducción si la mujer lo solicita. El “derecho a no haber nacido” implicaría que hubo un deber -no una opción-, de interrumpir el embarazo antes de la viabilidad fetal.

### 3. Derechos humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es el hito fundamental de prevalencia discursiva y social, celebrada y respetada, protagónica anual cada 10 de Diciembre, del “Día de los Derechos Humanos”, que, desde 1968, celebra la Declaración y los Pactos que configuran la “Carta Internacional de Derechos Humanos”. No obstante, se alzan voces disidentes que reclaman su acendrado tenor individualista y su consecuente inadecuación para el pensamiento oriental que releva los vínculos de toda persona con su entorno familiar y natural. Esta crítica no va a la substancia sino a la pretendida universalidad de la Declaración, en distinción a una lectura demoledora que concluye afirmando que *“la Declaración define derechos pobremente, y dice prácticamente nada sobre los deberes correspondientes. Ninguna inspección de la Declaración Universal muestra quién es requerido de hacer qué para quién, o por qué se le requiere de hacerlo”*<sup>4</sup> (cursivas en original).

La suspicacia de la filósofa británica se extiende hasta cuestionar la ineffectividad del lenguaje de derechos y la conveniencia de hablar sobre deberes, susceptibles de más clara especificación y, por ende, de ser fiscalizados. Reconociendo que la distinción entre derechos universales de libertad y derechos universales a bienes y servicios, carece de nitidez y claridad, confirma unas “genuina asimetría”: los derechos de libertad generan una obligación universal que no requiere instituciones de cumplimiento, ya que siendo universales obligan a todos, pero sí han de elaborar estructuras que denuncien, impidan, protejan y reparen las violaciones a estos derechos.

La proclamación de derechos universales a bienes y servicios -sean de necesidades básicas o de bienestar-, requiere la constitución de instituciones responsables de cumplir las obligaciones solicitadas por los derechos, caso contrario, el reclamo de derechos positivos queda navegando en la incertidumbre<sup>5</sup>. El incumplimiento de derechos positivos, presenta una “opacidad sistemática acaso debe hablarse de violación [de derechos universales]

<sup>4</sup> O. O’Neil, *A Question of Trust*, (Cambridge U.K.: Cambridge University Press, 2002), 28.

<sup>5</sup> A. Zuñiga, “Más allá de la caridad. De los derechos negativos a los deberes positivos generales”, *Revista 2º Semestre: 621-638. niversidad Cata los deberes positivos generales. a crucial element in social practices that tend to Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2009; 2º Semestre): 621-638.

o más bien de incertidumbre” acerca de quién ha de ser imputado. Las debilidades de las proclamaciones de derechos se subsanan, al menos en parte, “comenzando por obligaciones, en una perspectiva que requiere más realismo, claridad y honestidad con respecto a cargas, su justificación y distribución”<sup>6</sup>. Los deberes positivos, aunque limitados por contingencias de diverso orden, son más efectivos que los derechos positivos manifestados<sup>7</sup>.

No obstante, las obligaciones que generan no son materia de ética global, como sostiene el pensamiento holista, sino que son, decididamente, asunto nacional:

*“[D]ebemos concluir, a diferencia de nuestro modo habitual de expresión, que ellos [los derechos humanos] no tienen alcance universal. En otras palabras, los derechos humanos institucionales no son, en sentido estricto, derechos humanos invariados. Mas bien, tienen mayor semejanza con derechos políticos, que son reconocidos por naciones particulares en base a su propia y singular cultura política y prioridad de valores.”<sup>8</sup>*

La virtud de justicia universal que emplea el lenguaje de derechos de libertad requiere ser complementada para los derechos positivos de bienes y servicios atentos a las vulnerabilidades humanas “*características y persistentes*”, apelando a otras virtudes que atiendan a vulnerabilidades *variables y selectivas*<sup>9</sup>.

La justicia no lo es todo en lo referente a derechos humanos, pues mientras más se relacionan con deberes específicos, más evidente se hace la presencia de otras virtudes morales como excelencia y tolerancia. Se abre la puerta a reconocer la justicia distributiva para cubrir necesidades básicas o acceder a bienestar, además de generar las condiciones socioeconómicas para el cumplimiento de los deberes correspondientes. Del extenso e influyente trabajo de A. Sen, es pertinente señalar su propuesta de enriquecer “la correspondencia binaria entre cumplimiento de derechos (y violaciones) y la realización (y no realización) de deberes y acciones específicas, enfatizando en cambio la relación tripartita entre agentes, metas (o resultados) a las cuales el agente tiene derecho y las asociadas obligaciones y deberes”<sup>10</sup>.

Se desarrolla la noción de que entre los derechos humanos fundamentales debe incluirse el desarrollo de capacidades para hacer uso de la libertad en la prosecución y obtención de bienes primarios. En esta postura, Sen se opone a las ideas libertarias que dan valor absoluto, no contingente y no condicionado a las libertades y derechos humanos individuales, argumentando a favor de algún grado de restricción si ello es indispensable para la prosecución de derechos positivos básicos. Por otro lado, estos derechos positivos requieren ser realizados en democracia y acompañados del empoderamiento necesario para que los individuos obtengan las competencias necesarias para su inserción en la sociedad y el despliegue de su proyecto de vida<sup>11</sup>.

El valor ético de la teoría de Sen se apoya en la primacía que otorga al reconocimiento de intereses humanos básicos, asistido por el desarrollo de libertades sustantivas; su propuesta se enfoca sobre la mitigación y eliminación de pobreza, hambre e inanición, insistiendo en incluir educación y atención médica entre los derechos primarios.

6 O. O’Neil, *Towards justice and virtue*, (Cambridge, U.S.: Cambridge University Press, 1998).

7 J. Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1980), 153-154. Los “escritores de manifiestos... que parecen identificar necesidades, o al menos necesidades básicas con lo que denominan “derechos humanos”, se describen con más propiedad... como proponiendo a la comunidad mundial el principio moral de que *todas* las necesidades humanas básicas debieran ser reconocidas como *reclamaciones* merecedoras de simpatía y sería consideración inmediata aun cuando, en muchos casos, no pueden aún ser plausiblemente tratados como reclamaciones *válidas*, vale decir, como fundamentos de deberes a cumplir por otros”. La reclamación moralmente válida o justificada solicita su reconocimiento como derecho moral.

8 Arras y Fenton; “Bioethics & Human Rights”, *Hastings Center Report*, (2009; 39(5)): 27-38, 35.

9 O. O’Neill, *Towards Justice*, 192-193; M. Kottow, Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética. *Derecho PUCB*. (2012, 69): 25-44.

10 P. Vizard, “The Contributions of Professor Amartya Sen in the Field of Human Rights”, *CASEpaper 91* (Enero 2005). <http://ssrn.com/abstract=1159322>. Consultado 31-03-2016.

11 A. Sen, *Development as Freedom*, (New York: Alfred A. Knopf, 2000).

Citando a Sen, y a J. Raz, el filósofo del derecho G. Palombella sostiene:

*"[E]s mejor evitar la identificación conceptual entre derechos humanos y derechos fundamentales. El de los derechos humanos es un concepto sobre todo filosófico, que articulamos de forma diferente en función de nuestras concepciones acerca de lo que pertenece a los seres humanos en cuanto tales y las concepciones filosóficas pueden diferenciarse entre ellas. En cambio, los derechos humanos llegan a ser "fundamentales" en el momento en que entran a formar parte de las estructuras fundamentales de un ordenamiento jurídico y son definidos jurídicamente."*<sup>12</sup>

Todo indica que la teoría de derechos humanos debe evolucionar hacia una práctica social, ética y política de derechos fundamentales orientada hacia la realización de necesidades humanas básicas y el empoderamiento para asegurar la libertad de todo individuo en la prosecución de su existencia en comunidad: es *"el deseo de vivir bien con y para otros, en instituciones justas"*<sup>13</sup>.

Junto con celebrar "el meritorio trabajo de los partidarios de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948," el filósofo italiano R. Esposito pone en serias dudas la efectividad de "algo como los 'derechos humanos'... El simple repaso estadístico, en términos absolutos y relativos, de los muertos por hambre, por las enfermedades, por la guerra, que marcan todos los días el calendario contemporáneo, parece refutar de por sí la propia enunciación de un derecho a la vida"<sup>14</sup>.

La acusación es seria viniendo de un eminente pensador contemporáneo, pero es en cierta medida injusta, porque el énfasis en el discurso sobre derechos humanos no puede, de por sí, resolver las miserias del mundo, puesto que lo valioso en la puesta en marcha de ordenamientos e instituciones sociales cuyo propósito es emprender la marcha hacia el progresivo cumplimiento de las metas positivas.

Las críticas al pensamiento de los derechos humanos tiene dos caras: una de condena a la violación de derechos de libertad, y otra de indiferencia por las omisiones al cumplimiento de derechos de bienes básicos y de empoderamiento. En esta última perspectiva, la crítica de Esposito es razonable si el "repaso estadístico" no muestra una tendencia de mejoría.

El extremo de descalificación de los derechos humanos proviene de E. Posner, quien sostiene que el avance en este terreno ha sido mínimo y debido a factores de política internacional que poco tienen que ver con la profusa pero inefectiva extensión de los derechos. Es difícil oponerse al argumento que cualquier mejoría de las miserias humanas es de tipo *post hoc ergo propter hoc*, es decir, se debe a otras causas que el énfasis en la DUDH, e insistir que la "fuente moral" se encuentra en el corazón del sistema de derechos humanos, no siendo ahora el tiempo de abandonarla"<sup>15</sup>.

La pertinacia de pensadores libertarios en limitar los derechos humanos al resguardo de las libertades individuales y a la condena de su limitación o violación, da origen a la idea del "derecho a interferencia humanitaria". Si los oprimidos son despojados de sus derechos humanos, ciertas potencias se sienten llamadas a reinstalarlos en su nombre, interviniendo política, económica, cultura y militarmente, mediante recurso a presiones económicas y acciones bélicas<sup>16</sup>.

Este breve vistazo al intrincado laberinto de lo pensado y escrito sobre derechos humanos deja en claro que el debate oscila en un extenso campo de indefinición e indeterminación,

12 G. Palombella, "De los derechos y de su relación con los deberes y los fines comunes". *Derechos y Libertades*, (2007; 17 Época II): 115-169, 158.

13 P. Ricoeur, *Oneself as Another*. (Chicago, London: The University of Chicago Press, 1992), 239.

14 R. Esposito, *El dispositivo de la persona*, (Buenos Aires: Amorrortu, 2011), 58.

15 E. Massimino, "The Power of Human Rights Law. *Human Rights*", (2015; 41(2)):2-25.

16 S. Zizek, "Against human rights", *New Left Review*, (2005, 34):1-13.

<http://www.newleftreview.org/?page=article&view=2573>. Accesado 02-05-2016.

una situación que permite continuar la gesta contra la violación de derechos de libertad, pero no puede, por sí sola, impulsar el tema de derechos humanos positivos, de segunda generación, haciendo necesario recurrir a otras perspectivas.

#### 4. Ciudadanía

*“La ciudadanía es un status que se otorga a los que son miembros de pleno derecho de una comunidad. Todos los que poseen ese status son iguales en lo que se refiere a los derechos y deberes que implica. No hay principio universal que determine cuáles deben ser estos derechos y deberes, pero las sociedades donde la ciudadanía es una institución en desarrollo crean una imagen de la ciudadanía ideal en relación con la cual puede medirse el éxito y hacia el cual pueden dirigirse las aspiraciones”<sup>17</sup>.*

El planteamiento sociológico de Marshall, presentado en la post-guerra de Inglaterra, da por conquistados los derechos civiles en el S. 18., los políticos en el 19., y pone como tarea en ciernes del siglo 20. el establecimiento de los derechos ciudadanos sociales. En la lectura de su trabajo seminal destacan dos características fundamentales: a) El Estado garantiza una provisión mínima de bienes y servicios esenciales (tales como asistencia médica y alimento, cobijo y educación) o una renta mínima para gastos imprescindibles; b) El derecho ciudadano consiste en la igualdad de oportunidades.

El pensamiento de Marshall es contextual al momento histórico de su país, pero contiene ideas generales que no han perdido la vigencia, ante todo en su traslación de los derechos humanos universales, hacia poco promulgados, a derechos de una ciudadanía nacional, igualitaria, haciendo el distingo entre derechos humanos y derechos fundamentales: “los derechos humanos son *también* fundamentales, (si y) porque los consideramos *fundamentales* en nuestra vida *común*, los consideramos imprescindibles para los individuos no en abstracto, sino al interior de un sistema social organizado”<sup>18</sup>. “*La garantía de estos derechos humanos da origen al estatus de ciudadanos quienes, como sujetos de derechos igualitarios, poseen una reclamación -claim- a ser respetados en su dignidad humana*”<sup>19</sup> (*cursivas en original*).

Los derechos humanos son reconocidos, los derechos ciudadanos son otorgados, significando que no todo los seres humanos son ciudadanos que pueden reclamar derechos sociales. Esta distinción entre habitantes y ciudadanos, que toma dimensiones dramáticas en el siglo 21., ha sido observado de Hanna Arendt, al identificar a seres humanos que carecen del derecho a tener derechos, porque viven marginados e imposibilitados de alcanzar el estatus de ciudadanos, para quienes “los Derechos del Hombre se vuelven derechos de quienes no tienen derechos, los derechos de los nudos seres humanos sometidos a inhumana represión e inhumanas condiciones de existencia”<sup>20</sup>.

Si los derechos humanos son violados o no son reconocidos para las personas que no tienen estatus ciudadano, quedan retenidos e ignorados los derechos fundamentales. La realización de derechos humanos a través de la ciudadanía resulta ser una trampa que aprisiona a todos los que no son ciudadanos del país en que habitan<sup>21</sup>. En regímenes dictatoriales, los ciudadanos pueden ser despojados de su ciudadanía y sometidos a violaciones de sus derechos humanos de libertad, y ello tanto en dictaduras como, en escala menor, en democracias que declaran con cierta ligereza “estados de excepción” al establecer condiciones biopolíticas tanatológicas y caducar derechos tan esenciales como el *habeas corpus*<sup>22</sup>.

17 T.G. Marshall, “Ciudadanía y clase social”, *Reis*, (79/97): 297-344, 312-313. [catedras.fsoc.uba.ar/isuani/marshall.pdf](http://catedras.fsoc.uba.ar/isuani/marshall.pdf). Accesado 1-4-2016.

18 G. Palombella 2007 *op. cit.*, 161.

19 J. Habermas, “The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights”, *Metaphilosophy*, (2010; 41(4)): 464-480.

20 J. Rancière, “Who is the subject of the Rights of Man?”, *The South Atlantic Quarterly* (2004;103:2/3): 297-310, 306.

21 Hay opacidades insolutas en hablar de ser humanos en condiciones inhumanas, en pensar a *homo sacer* como despojado de su *bíos* y sometido a la animalidad de *zoé*, a la minimalismo existencial de un *muselman* (P. Levi). El *homo sacer* es, a diferencia del animal, incapaz de sobrevivir a menos que sea paradójicamente sustentado por quienes lo precipitaron al estado de vida nuda.

22 G. Agamben, *Estado de excepción*, (Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 2004).

## 5. Ética y derechos humanos

*“La idea de dignidad humana es la articulación conceptual que conecta la moralidad del igual respeto para todo individuo con la ley positiva y la legislación democrática de tal modo que su interacción podría dar lugar a un orden político fundamentado en derechos humanos”<sup>23</sup>.*

La DUDH abre con la proclamación de que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. La dignidad es el reconocimiento del valor de la persona, que ha pasado a ser originalmente una reconocimiento de distinción, a la “dignidad que el estado constitucional garantiza a todos los ciudadanos por igual”<sup>24</sup>. La dignidad, entonces, no es inherente al ser humano sino reconocida por un poder político, más precisamente, concedida a quienes tienen el estatus de ciudadanos. Si se la considera un atributo humano esencial y primario, no podrá ser definida con recurso a otro concepto más general, con lo cual no se vuelve un concepto “inútil” como impropriadamente fue tildado por R. Macklin, pero sí en una idea fragilizada por su empleo inflacionario, indeterminado y ambiguo. Con recurso a Schopenhauer, se ha insistido en opacidad, polisemia e insubstancialidad del concepto dignidad<sup>25</sup>. Por otra parte, ha sido celebrado por su contextualidad cultural, que contribuye a la mejor “comprensión entre personas y culturas” siempre que se evite monopolizar su significación<sup>26/27</sup>.

Al diferenciar el uso de “derechos humanos” y “dignidad” queda a la vista que se trata de un ideario ético que busca su instalación jurídica en el ordenamiento político de las naciones:

*“Los derechos humanos deberían funcionar efectivamente como condiciones mínimas de convivencia allí donde los derechos fundamentales deberían señalar las formas de realización y de institucionalización más apropiadas desde el punto de vista del espesor y significado ético. En otros términos, los derechos humanos constituyen un umbral que debe marcar la tutela mínima de una convivencia libre, mientras que los derechos fundamentales coinciden con los fines y los valores que de un modo variable a lo largo de la historia y la geografía, éticas diversas pueden configurar diversamente”<sup>28</sup>.*

*“[T]odos los individuos, grosso modo, necesitan la misma cantidad de alimento (medida en calorías) y de agua (medida en litros) para sobrevivir. Las diferencias relevantes son evidentemente cualitativas (tipo de dieta, pureza del agua). Las cuantitativas, en cambio al no ser sostenible ecológicamente, están en la base de desigualdades abismales contra las que es menester alzarse”<sup>29</sup>.*

## 6. Bioética y derechos humanos

A falta de acuerdo sobre el estatus académico y la delimitación de su campo disciplinario, el debate bioético ha de ser abordado previo reconocimiento de la perspectiva empleada. La homologación de bioética y ética médica, frecuente en el ámbito anglosajón es, con toda razón, rechazada por quienes incluyen en el debate los aspectos de la investigación biomédica, la salud pública, la ecología y asuntos globales de equidad socioeconómica. Tampoco se sustenta la propuesta que los principales, si no los únicos, problemas propios de la bioética sean los suscitados por la investigación y desarrollo biomédicos y biotecnológicos.

23 J. Habermas, The concep of human (...), 469.

24 J. Habermas, The concep of human (...), 473.

25 Brinbacher, D. Mehrdeutigkeiten im Begriff der Menschenwürde. 1995. <http://www.gkpn.de/singer2.htm>. Accesado 30 de Marzo, 2016.

26 M. Häyry, “Another Look at Dignity”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, (2004; 13): 7-14.

27 En el debate sobre eutanasia, se utiliza “morir con dignidad” para negar la intervención en el proceso natural de morir, como para sostener, por el contrario, que la dignidad del morir consiste en el poder autónomo de controlar y programar la propia muerte.

28 G. Palombella, *De los derechos y de su relación (...)*, 165. Transcrito literalmente, aceptando el giro sintáctico original de la traducción al español consultada.

29 U. Mattei, *Bienes comunes*, (Madrid: Trotta, 2011), 110.

En el presente contexto, se entiende la bioética como “la reflexión sobre los valores comprometidos en las intervenciones humanas sobre procesos vitales y naturales”<sup>30</sup>. Las tensiones entre sustentar una bioética global versus reconocer la puesta en contexto social y regional a debatir, quedan resueltas con una decidida orientación hacia desarrollar la voz propia de las naciones de Latinoamérica que, para el tema aquí abordado, coincide con que los derechos humanos son fundamentales pero no universales, y que su concretización ha de realizarse al interior de las naciones más que en utópicas e irrealizables cosmopolíticas. En esto, se reconoce la continuidad con el discurso propio de nuestros países sobre la relación entre derechos humanos y bioética<sup>31/32</sup>.

En octubre de 2005, UNESCO proclamó la “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos” (DUBDH), producto de un mandato interno de “preparar una declaración sobre normas universales en bioética”. De inmediato se produjo una agria discusión sobre la propiedad de que fuese UNESCO, y no la OMS, la llamada a elaborar este documento. Otros cuestionaron acaso la bioética había alcanzado suficiente madurez disciplinaria para sustentar una declaración formal, al mismo tiempo poniendo en duda la universalidad del discurso bioético. La pregunta más pertinente, en el presente contexto, es por qué vinculó bioética y derechos humanos, a diferencia de proclamar una menos ambiciosa declaración general sobre bioética.

Los documentos preparatorios de la DUBDH destacan la intención dominante como “un logro importante” consistente en anclar los principios que sostiene firmemente en las reglas referidas a la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales”. El vínculo entre bioética y dignidad tiene dos fundamentos:

*“las prácticas biomédicas están íntimamente relacionadas a prerrogativas de todo ser humano, a saber, el derecho a la vida y a la integridad física y mental... [segundo], porque comienza a ser considerado que la noción de dignidad humana constituye la última barrera contra la alteración de algunas características fundamentales de la especie humana que pudiesen resultar de prácticas como la clonación reproductiva o las intervenciones en la línea germinal. Es de notar que recurrir a los derechos humanos es insuficiente para enfrentar con estos nuevos desafíos por cuanto los derechos humanos solamente se aplican a individuos existentes o a grupos de individuos, no a la humanidad como tal”<sup>33</sup>.*

Aspecto alguno de esta explicación ha sido recibido sin críticas y oposiciones, creando una plétora de debates que no sería pertinente analizar en el presente estudio. Más interesante es indagar la significación que la DUBDH adopta para vincular formalmente a la bioética con los derechos humanos o, visto de otro modo, ¿por qué la DUBDH debió ser enriquecida con una nueva Declaración que incluyese la bioética?

La conjunción “y” que relaciona bioética con derechos humanos en la Declaración puede explicarse de 3 modos: identidad, complementariedad o distinción entre ambos. Si fuese identidad, la declaración sería redundante sin agregar algo substantivo a la DUBDH; la interpretación de que ambos sean distintos haría barruntar que cada concepto por sí solo es incompleto. La explicación más plausible es que se trata de una “complementariedad precaria” que influyó en que el texto de la Declaración fuese menos pragmático de lo deseado, producto de la disputa entre quienes redactaron la DUBDH por emplear el vinculante verbo “shall” porque conlleva “obligaciones jurídicas”, versus el empleo del condicional “should”, que es jurídica y moralmente más débil, en español traducido por “debería”<sup>34</sup>.

30 M. Kottow, *Introducción a la bioética*, 3ª ed., (Santiago: Editorial Mediterráneo, 2016), 8.

31 J.C. Tealdi (Director), *Diccionario latinoamericano de bioética*, (Bogotá: UNESCO/Universidad Nacional de Colombia, 2008).

32 M. Kottow, *Bioética en salud pública: Una mirada latinoamericana*, (Santiago, Editorial Universitaria, 2014).

33 R. Andorno, “Artículo tres: dignidad humana y derechos humanos”, en *The UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, ten Have, H.A.M.J. y Jean, M.S. (eds.): (Paris: UNESCO, 2009), 91-109. (92).

34 J.C. Tealdi, “Bioética y Derechos Humanos”, *Revista Brasileira de Bioética*, (2007; 3(3)):360-376.

Considerando la historia del derecho de los derechos humanos y la realidad del mundo de hoy, una declaración universal de bioética y derechos humanos, luego de sistematizar los valores y principios del cuerpo normativo heredado, debería poner especial atención en las prácticas de respeto de aquellos valores y principios y en las reglas de procedimiento que procuren hacerlos efectivos<sup>35</sup>.

El intertexto de esta cita sugiere un distanciamiento progresivo entre derechos humanos y “la realidad del mundo de hoy”, requiriendo de la bioética un reforzamiento para lograr una efectividad práctica de los DDHH. Sería del todo inapropiado evaluar el impacto de una Declaración Universal a solo diez años de su proclamación, pero es, igualmente, carente de fundamento sostener que la DUBDH es un pilar de la agenda biotecnocientífica mundial del presente siglo, al mismo tiempo reconociendo que es poco conocida por la ciudadanía y por el mundo académico<sup>36</sup>.

Lo que debe preocupar a la bioética es, ante todo, reconocer que la Declaración constituye un llamado a la bioética por “hacer efectivos” los DDHH, asunto más simple de enunciar que de llevar al mundo de las realidades, en el cual han aumentado las desigualdades intra e intersociales por efecto de la globalización, así como la debilidad de los Estados por proteger a sus ciudadanos. En lo que respecta a salud, la industria farmacéutica ha robustecido su posición monopólica, dominando en virtud de sus intereses la investigación clínica y el mercado de fármacos. El despliegue de acuerdos TRIPS-plus y las cláusulas del Trans-Pacific Partnership (TPP) facilitan y refuerzan las políticas monopólicas de la industria farmacéutica.

Hay escasas razones históricas o empíricas que sugieran una nueva dinámica socio-cultural a partir de la DUBDH. Las DDHH aparecieron en forma reactiva a una cruenta guerra con entretelones de genocidio y holocausto, en un clima social receptivo a la proclamación, solo parcialmente a la acción. La DUBDH, en cambio, no reacciona a crisis alguna, más bien emerge como un mensaje en la botella lanzado en mares turbulentos donde navegan y zozobran los intentos de reorientación y distensión, que apenas son registrados por el acuciante problema mundial de las desigualdades crecientes de todo orden, con todas las nefastas consecuencias resultantes.

La interacción sinérgica entre derechos humanos y bioética, desde siempre implícita, ahora proclamada en forma explícita, ha dado frutos de carozo frágil y carne mustia. Los intentos de solución global (Singer, Pogge y muchos otros) son ingenuos e irreales, enfrentados con una realidad dura y consecuente; otras posturas han sido más directas, basadas en la universalidad de los derechos humanos, y de la dignidad del ser humano que los sustenta y da substancia al concepto de “naturaleza humana” (Annas).

Nacidas juntas, la bioética americana y los derechos humanos internacionales fueron separados al nacer, pero es hora de reunirlos a los mellizos distanciados, que pueden trabajar mucho más eficazmente juntos en la arena sanitaria global, de lo que lo pueden hacer separadamente. Ni la bioética sola, como tampoco los derechos humanos solos son suficientes para prevenir abusos de los derechos humanos.

La historia, desde la segunda mitad del siglo 20, lamentablemente, avala esta incompetencia aislada, pero nada permite esperar que su reunión sería más efectiva para cautelar a la humanidad de sus males y daños prevenibles. Más aún, la tarea de la bioética latinoamericana es no solo resguardar libertad y autonomía, sino exhortar a los Estados en el cumplimiento de sus deberes, para institucionalizar la satisfacción de necesidades básicas -salud, educación, protección social-, y asegurar el empoderamiento de todos los miembros de la nación.

35 J.C. Tealdi, “Para una declaración universal de bioética y derechos humanos: una visión de América Latina”, *Revista Brasileira de Bioética*, (2005; 1(1)): 7-26.

36 R. Caetano, V. Garrafa, “Comunicação como ferramenta para divulgar e promover a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos”, *Revista Bioética*, (2014; 22(1)): 34-44.

La idea de una bioética global tiene dos componentes: extender el temario de la bioética para abarcar temas transnacionales (pandemias, desnutrición), y universalizar a los detentores de derechos humanos a respetar y cumplirlos. Lo primero es obvio, pero la universalización prescriptiva, más allá de ser filosóficamente insostenible, tiene el obstáculo de que la ciudadanía y los derechos sociales son asuntos a dirimir y resolver dentro de los límites de una nación, su sistema político, jurídico y social, que no tiene potestad más allá de las fronteras de cada país.

La bioética global es un sofisticado discurso académico producido por sociedades de consumo que hablan de “floreamiento” humano que, curiosa ceguera moral, pretende ser propugnado en un mundo con mayorías que bregan por el día a día y por la nuda sobrevivencia.

Defensa y proclamación de conceptos ontológicamente frágiles y polémicos, como naturaleza humana, dignidad, derechos universales, derechos naturales, han gatillado un accionar jurídico que pretende más eficacia desplegando la “nueva” vertiente del bioderecho.

## 7. Bioética y bioderecho

Las limitaciones inherentes a un texto de extensión acotada solo permiten una mirada preliminar a algunos puntos que relacionan la bioética y el derecho, respetando que el tema se encuentra en plena ebullición, en permanente análisis desde la política, la jurisprudencia, la ética, la sociología. No obstante, el texto hasta aquí desarrollado muestra una enorme brecha entre el pensamiento bioético y las prácticas sociales que le corresponde estudiar y orientar, destacando las insuficiencias de los caminos convencionales por legitimar el discurso bioético como fuente de prescripciones morales y jurídicas.

*“El recurso a la regla del derecho se legitima por la naturaleza y amplitud de los asuntos ligados al desarrollo de técnicas médicas, en especial aquellas que sobrepasan el ámbito terapéutico. En la medida que conciernen a la persona y al cuerpo humano, la única regla de naturaleza adecuada es la regla legal, sometida a debate democrático, votada por el Parlamento, asegurando la representación popular y el respeto del hecho mayoritario”<sup>37</sup>.*

Para ser eficaces y respetuosas del “patrimonio histórico y cultural propio de cada Estado”, leyes y jurisprudencia deberán ser de orden nacional, legitimadas por la voluntad ciudadana, lo cual en nuestra región se cumple en forma muy fragmentaria.

*“Las relaciones entre derecho y bioética son comparables a aquellos del derecho, a saber, que la regla del derecho puede encontrar su fuente en la moral para integrar el ámbito del derecho. En materia de bioética, es un hecho que la reflexión desplegada en ese ámbito ha permitido tomar consciencia de la necesidad de prohibir o enmarcar ciertas prácticas posibilitadas por la evolución del progreso de la biomedicina, pero una vez que son establecidas, esas reglas son puramente jurídicas y no deben ser confundidas con su fundamentación”<sup>38</sup>.*

La tendencia a la “medicalización de la vida” y la “juridificación de la sociedad” ha ido en busca de una mayor vinculación entre bioética y derecho, bajo denominaciones diversas como bioderecho, bioética y derecho, bioética y bioderecho, de todas maneras insinuando un desplazamiento de la reflexión bioética a la normativa jurídica<sup>39</sup>. La interacción entre ambas disciplinas requeriría una “Bioética -laica, plural y flexible-” cooperando con “una consideración ‘flexible’ del derecho” premunido de una normativa que asegure el respeto por los Derechos Humanos<sup>40</sup>.

37 V.Sebag, *Droit et bioéthique*, (Bruxelles: Larcier, 2007), 35.

38 V.Sebag, *Droit et bioéthique*, 37.

39 P. F. Hoof, *Bioética, derecho y ciudadanía*, (Bogotá: Temis, 2005).

40 M. Casado, “Hacia una concepción flexible de la bioética”, en *Estudios de Bioética y Derecho*, M. Casado(comp.). (Valencia: Tirat Lo Blanch, 2000):21-34.

El asunto pivota en torno a lo que en la práctica social se entenderá por “flexible”, reconociendo que la bioética siempre tiende a la reflexión tímida ante toda resolución, en tanto el derecho se inclina por normas vinculantes y predecibles, a riesgo de caer en rigidez conceptual. Quienes confían en que “bioética teórica y Derecho comparten principios a medida que se puede afirmar que hay un triunfo de una bioética principiología”<sup>41</sup>, tendrán que debatir con posturas que se distancian de una bioética basada en principios.

## 8. Conclusión

Difícilmente podrá ser ignorado que los Derechos Humanos proclamados en el siglo pasado, y recientemente reforzados por su vinculación con la bioética, no han logrado que los derechos básicos negativos sean universalmente respetados, ni el cumplimiento de los derechos positivos orientados a cubrir las necesidades básicas de los seres humanos y proporcionarles el empoderamiento necesario para permitirles la inserción social, convivial y productiva de sus existencias. La bioética ha recorrido un trayecto de falsa expansión, productiva en la academia, hesitante en la práctica, de escaso impacto en las áreas sociales donde su presencia debiera ser esencial.

Es preciso desplegar una bioética con bases sociales claras, reflexivas, resolutivas, resistentes a influencias legales y jurídicas que abrevien la deliberación y determinen, *volens nolens*, limitaciones indebidas al ejercicio de la autonomía individual en una sociedad que se acerca cada vez más a un clima post-secular que dé cuenta de la laicidad insegura y la religiosidad debilitada de nuestros tiempos<sup>42</sup>.

## 9. Bibliografía

Andorno, R. 2009. Artículo tres: dignidad humana y derechos humanos. En *The UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, ten Have, H.A.M.J. y Jean, M.S. (eds.). París: UNESCO.

Arras, J.D., Fenton, E.M. 2009. Bioethics & Human Rights. *Hastings Center Report*.

Caetano, R., Garrafa, V. 2014. Comunicação como ferramenta para divulgar e promover a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. *Revista Bioética*.

Edmunson, W.A. 2012. *An Introduction to Rights*. 2nd. Ed. Cambridge. New York: Cambridge University Press.

Eposito, R. 2011. *El dispositivo de la persona*. Buenos Aires: Amorrortu.

Feinberg, J. 1980. *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.

Peña Freire, A.M. 2009. Cinco teorías sobre el concepto de los derechos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*.32: 665-686 (666).

Habermas, J. 2010. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*.

Kottow, M. 2016. *Introducción a la bioética*. 3ª ed. Santiago: Editorial Mediterráneo.

Kottow, M. 2014. *Bioética en salud pública: Una mirada latinoamericana*. Santiago: Editorial Universitaria.

41 A.A.S. Oliveira, N.M.S. Carreiro, “Interconexão entre Direito e bioética à luz das dimensões teórica, institucional e normativa”, *Revista Bioética*, (2013, 21(1)): 53-61.

42 J. Habermas, *An Awareness of What is Missing*, (Cambridge/Malden: Polity Press, 2010).

- O'Neill, O. 2002. *A Question of Trust*. Cambridge U.K.: Cambridge University Press.
- O'Neill, O. 1998. *Towards justice and virtue*. Cambridge, U.S.: Cambridge University Press.
- Palombella, G. 2007. De los derechos y de su relación con los deberes y los fines comunes. *Derechos y Libertades*.
- Ricoeur, P. 1992. *Oneself as Another*. Chicago, London: The University of Chicago Press.
- Sen, A. 2000. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf.
- Tealdi, J.C. (Director). 2008. *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO/ Universidad Nacional de Colombia.
- Tealdo, J.C. 2007. Bioética y Derechos Humanos. *Revista Brasileira de Bioética*.
- Tealdi, J.C. 2005. Para una declaración universal de bioética y derechos humanos: una visión de América Latina. *Revista Brasileira de Bioética*.
- Zúñiga, A. 2009. Más allá de la caridad. De los derechos negativos a los deberes positivos generales. *Revista 2º Semestre: 621-638. niversidad Cata los deberes positivos generales. a crucial element in social practices that tend to Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso-2º Semestre*.