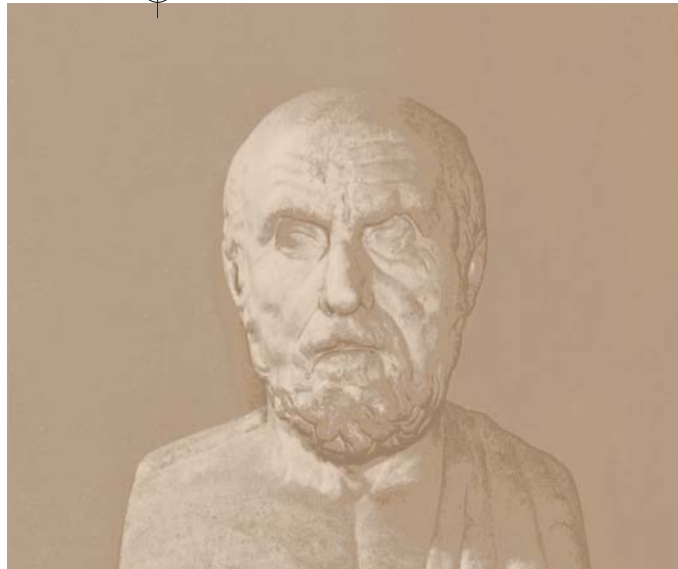


SECÇÕES

Bioética e Direito



Busto de Hipócrates. Museu Capitolino, Romana

Esta Secção destina-se a discutir os vários aspectos que ligam a preocupação ética na área sanitária à formulação jurídica do direito à saúde, seja quando disciplinada em lei, seja quando decidida pelos juízes - individualmente ou nos tribunais. Espera-se receber tanto comentários relativos às decisões na matéria quanto informações que possibilitem o exame ético-sanitário das decisões. Do mesmo modo, serão bem-vindas manifestações semelhantes pertinentes a projetos de lei, ou mesmo à legislação vigente, que polemizem princípios morais na área da saúde

José Geraldo de Freitas
Drumond

Los Derechos Humanos y la Bioética

Enrique Varsi Rospigliosi

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió el 28 de abril de 1999 la Resolución N° 63 denominada "Los Derechos Humanos y la Bioética", en la que se presta especial interés a los siguientes temas:

A. Los derechos del hombre

El ser humano, por su naturaleza de ser libre y digno, tiene valores inherentes y derechos que le permiten su desenvolvimiento total e integral, es decir, la consecución o ejecución de ideales, iniciativas y proyectos. Estos derechos de la persona se sustentan en la exigencia moral de cautelar y respetar la dignidad del ser humano, brindándole una protección, un escudo o manto protector, en su desarrollo bio-psico-social.

Los derechos de la persona, como aclara Norberto Bobbio: "...no nacen todos en un momento. Nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que acompaña inevitablemente al progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre de dominar la naturaleza y a los demás, crea nuevas amenazas a la libertad

del individuo o bien descubre nuevos remedios a su indigencia: amenazas que se desactivan con exigencias de límites al poder; remedios que se facilitan con la exigencia de intervenciones protectoras del mismo poder...".

Así, el avance científico ha determinado que la vida humana experimente cada vez mayores y radicales cambios por lo que el Derecho, al no ser un "producto inmóvil, estático, perenne", sino *dinámico, fluido, cambiante, ya que "se nutre de la vida humana social en cuanto cultura"*, ha ido adecuando sus instituciones y su normatividad en defensa de la persona, ofreciendo *"la respuesta más idónea para solucionar lo que sucede y sucederá igual, con regulación o sin ella"*, tomando como sustento principios generales y de esencia natural. Sobre este punto Mariano Grondona nos refiere que hay un principio, que podríamos llamar de orden universal, que es *"el carácter sagrado de la vida humana"* del cual se desprende que la esterilización, los métodos contraceptivos, el aborto y la manipulación genética afectan directamente la unidad y la proyección vital de la persona al ser contrarios a su naturaleza y esencia, por lo que estas prácticas deben ser drásticamente sancionadas en defensa del ser humano.

Antonio Enrique Pérez Luño reflexiona que: *"La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos"*. De esta manera, existiendo la llamada

generación de derechos humanos: de primera (civiles y políticos), de segunda (los derechos económicos, sociales y culturales) y los de tercera generación (los derechos de solidaridad), la defensa del ser humano frente a los avances biotecnológicos y la manipulación genética debe encontrarse resguardada dentro de alguna de estas fases. Es así como el autor citado encuadra conjuntamente con el derecho a la paz, a la calidad de vida y a la libertad informática, como derechos representativos de la tercera generación, al derecho a morir con dignidad, al derecho al cambio de sexo, al aborto libre y gratuito y a las garantías frente a la manipulación genética.

B. Los derechos clásicos y los nuevos derechos de la persona

Los derechos se estructuran en base a valores fundamentales como son la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad que más que derechos (en realidad, metaderechos de la persona) son la fuente o esencia para otorgar la protección y seguridad al ser humano.

Los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos de la persona, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos.

Así tenemos, entre otros:

- *Derecho a la integridad*, protege la esencia genética, el genoma en toda su dimensión.

SECCIONES

- *Derecho a la existencia*, busca proteger los elementos biológicos del ser humano que tienen un contenido vital pero que no tienen vida en sí, pero sirven para producirla (gametos, células *stem* o totipotenciales) y que merecen una protección especial.
- *Derecho a conocer el propio origen biológico*, a efectos de resguardar legalmente el derecho a la identidad de la persona, permitiendo el ejercicio de averiguar quiénes son sus progenitores, información que, por distintas causas, puede ser desconocida, estar en discusión o ser debatible.
- *Derecho a la investigación de la paternidad*, para cautelar el legítimo interés, facultando a todo sujeto a iniciar las acciones legales a fin de averiguar su nexo filial.
- *Derecho a la intimidad genética*, fundamentado en la protección de la información más personal del hombre, la genética.
- *Derecho a saber*, sustentado en la facultad para conocer los resultados obtenidos de un *biotest*.
- *Derecho a no saber*, sustentado en la facultad de ignorar los resultados obtenidos de un *biotest*.
- *Derecho a la individualidad biológica*, a efectos de proteger la unicidad (ser único e irrepetible) y la unidad (ser una sola cosa) del ser humano.
- *Derechos reproductivos*, que se dividen en *negativos* (legitimando los métodos de planificación familiar) y *positivos* (atendiendo a la aplicación de procesos asistidos para tener descendencia).
- *Derecho a sobrevivir*, el cual es una proyección al derecho a la vida pudiendo referirnos al mismo, en el caso específico de los embriones crioconservados. Seres humanos a quienes, sin haberseles privado de la vida, han sufrido una paralización en su proceso fisiológico, con el fin de algún día 'reiniciarlo' de verificarse ciertas circunstancias preestablecidas por otros. La dignidad del hombre impide estas prácticas.

C. Los valores, los derechos y los deberes humanos

La Resolución n° 63, denominada “*Los Derechos Humanos y la Bioética*”, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se sustenta en los siguientes principios:

Especial consideración debe tenerse en cuenta al momento de legislar sobre un asunto tan amplio, delicado y cambiante como es el avance biotecnológico, la procreática y el análisis del genoma humano. Cualquier dispositivo, por más moderno o actual que se presente, puede caer en desuso o resultar inaplicable por una nueva técnica genética. A ello debe agregarse el hecho que una normatividad sobre temas de Bioética o Derecho Genético debe ser lo sufi-

cientemente precisa, pero a la vez amplia, a fin de proteger de manera efectiva al ser humano en su conjunto, fijando los fines y propendiendo el desarrollo de la biotecnología en pro del ser humano. En este orden de ideas, deberá considerarse la forma efectiva en la que ha de cautelarse las relaciones personales así como los derechos y deberes de las partes a intervenir.

El ámbito normativo deberá incidir en:

Normas de protección de la vida y reguladoras de la relación biojurídica (Derecho sustantivo).

Normas de aplicación de los procesos (Derecho adjetivo).

Normas de represión y sanción (Derecho penal).

Normas de tramitación y homologación (Derecho administrativo).

Una moderna regulación jurídica sobre el tema debe estar sustentada más que en un sistema casuístico o detallista, en un sistema normativo de principios, cuyas raíces sean los valores, ideales y, sobre todo, tener en cuenta, la teoría de los derechos y deberes humanos ya que los mismos tratan de la protección del ser humano sobre la base de la equidad, libertad, justicia y la paz que son la estructura sobre la cual se complementa la dignidad, la igualdad y el desarrollo de la familia como célula básica de la sociedad.

Una normatividad sustentada en el valor humano tendría una tendencia a la permanencia, evitando así su desactualización.

D. Goce de los beneficios científicos

El derecho no puede poner freno o sentar escollos al avance científico, pero lo que no debe permitir es que dicho progreso se logre utilizando al ser humano como un medio para obtener un fin meramente económico o utilitario.

Está entre los deberes del Estado reconocer el derecho a la libertad de creación científica así como facilitar el desarrollo científico y tecnológico en el país, de tal manera que se logren satisfacer de modo efectivo todas y cada una de las necesidades de las personas sobre la base del progreso.

El progreso y desarrollo de las ciencias, y en especial de las biociencias para nuestro estudio, es *por el hombre para el hombre*. Debe de estar siempre claro, y ser principio esencial, que el progreso científico es en beneficio del ser humano.

E. No a los experimentos médicos ni científicos sin consentimiento

En nuestro medio el marco legal de la experimentación científica la tenemos en la Constitución ya que regula el derecho de la persona a su integridad moral, psíquica y física (Art.2, ine.1). El Código civil establece el carácter irrenunciable del derecho a la integridad física (Art.5) y, en concordancia, indica la prohibición de los actos de disposición del propio cuerpo excepto en casos de estado de necesidad, orden médico o quirúrgico o por motivos humanitarios (Art.6). La Ley General de

SECCIONES

Salud, en cuanto al tema especial del consentimiento informado del paciente, determina que toda persona usuaria de los servicios de salud tiene derecho a no ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos sin ser debidamente informada sobre la condición experimental de estos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento escrito o, él de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere, o si estuviere impedida de hacerlo (Art.15, inc. d).

Como un principio esencial en el derecho médico peruano, la voluntad y libre determinación del ser humano es esencial en el tema de la investigación y de la experimentación médica.

F. Proteger al niño de toda forma de violencia

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño (Art.4 de la Constitución) por esta razón, el Código de los Niños y Adolescentes garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental (Art.1).

Esta protección normativa se hace extensiva a la gran diversidad y formas de manipulación genética como la fecundación de embriones por mezcla de componentes genéticos, transgénesis, clonación, selección de sexo, procesos de hibridación, quimerización, crioconservación, cesión de útero, ovodonación, embriodonación, entre otros.

Establecer una tipificación penal para estas conductas contrarias a la integridad, dignidad e individualidad del ser humano es fundamental, ya que deben tipificarse estos métodos científicas como delitos por manipulación genética o por manipulación ginecológica.

G. Principio de ética

El establecimiento claro y a la vez concreto de la moral (buen actuar) y de las obligaciones (relación facultad-deber) del hombre es un tema de especial interés al momento de evaluar el desarrollo biocientífico y sus aplicaciones en el ser humano.

En razón de ello, la regulación jurídica y la efectividad de las normas deben estar encuadradas en dos puntos de especial interés relacionados con la prestación de servicios profesionales y el proceso educativo:

a) El principio de la ética en el ejercicio de la medicina

El desarrollo e impulso descontrolado de la biotecnología médica ha desplazado los cánones tradicionales y el juramento hipocrático por una actitud simplista y un criterio meramente efectivista en el cual se toma en cuenta -de manera primaria- los resultados y no los medios empleados. Es decir, se prefiere el fin (los resultados) sin medir las *consecuencias* (los daños) que se producen en la esencia del ser humano y de la humanidad.

La correcta utilización de las técnicas y procesos médicos debe ser uno de los principales desafíos y preocupaciones de las universidades y centros de investigación, que deben reconsiderar o afianzar cursos obligatorios de Bioética, así como de los colegios y gremios médicos que deben renovar o actualizar sus códigos deontológicos a efectos de lograr profesionales convencidos en la protección y tutela de la vida.

b) El principio de la enseñanza de la medicina

Si partimos de un análisis normativo vamos a determinar que la formación ética y la ense-

ñanza de los Derechos Humanos son obligatorias en todo proceso educativo (Art.14 de la Constitución), sin embargo la enseñanza en general es impartida de manera muy amplia y no se ha centrado aún el tema de la Bioética como un aspecto especial o de importancia en los planes de estudio.

Ahora bien, si partimos de la afirmación que todo proceso educativo debe ampararse en el respeto de la dignidad y respeto del ser humano (Art.1 de la Constitución) lograremos la finalidad de uniformizar el proceso de aprendizaje y de educación en general, en especial de la ética y su aplicación en la biomedicina.

SECCIONES

BIBLIOGRAFIA

Introducción a la obra et tiempo de los derechos. Madrid, Sistema, 1991. p. 18. Apud Rodríguez JP. El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: el derecho a la intimidad. Derechos y Libertades. may-dic 1994;2(3):368.

Perlingieri, Pietro. Il diritto civile nella legalità costituzionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.p.25-55.

Fernández Sessarego, Carlos. Derecho y persona. Lima: Inesla, 1990.p.23-24.

Roca Trías, Encarnada. La incidencia de la inseminación y fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. In La filiación a finales del siglo XX. Madrid: Trivium, 1988.p.19.

Grondona, Mariano. Intransigencias y desvíos: la iglesia católica y el sexo. Visión 1993;81(9):16.

Pérez Luño, Antonio-Enrique. Las generaciones de derechos humanos. Revista del Centro de Estudios Constitucionales 1981;(10):206.

La Carta de Derechos Fundamentales de La Unión Europea (28/09/2000).

Varsi Rospigliosi, Enrique. Medical Law. In International Encyclopaedia of Law (en edición).

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

*Profesor de la Universidad de Lince y de la Universidad
Nacional Mayor de San Marcos y del Comité
Intergubernamental de Bioética de la UNESCO*