

BIOÉTICA Y DERECHO

Mariana Dobernig Gago¹

Sumario: 1. Antecedentes. 2. La Medicina y la Ética. 3. Carta de los Derechos de los Enfermos. 4. Bioética. 5. Origen del Término Bioética. 6. Inicios de la Bioética. 7. Principios de la Bioética. 8. Calidad de Vida y Dignidad del Ser Humano. 9. Consentimiento Informado. 10. Relación entre Bioética y Derecho. 11. Conclusiones

“Aunque pueda considerarse que el Derecho configura un mínimo ético, esto no quiere decir que la moral empieza donde el Derecho termina, en realidad el Derecho es una prolongación de la moral, un mecanismo para positivizar la ética, sin el Derecho —esto es una regulación detallada, unas instancias encargadas de aplicar las anteriores normas a casos concretos y el respaldo de la fuerza física para asegurar el cumplimiento de esas decisiones— la moral serviría de muy poco.”²

1. Antecedentes

Los códigos penales del siglo XIX y los tribunales anglosajones inician la salvaguarda y custodia del derecho de los hombres a la salud castigando las actuaciones médicas negligentes o erróneas, excepto en cirugía porque el riesgo era tan grande que resultaba difícil clasificar cualquier tipo de actuación como negligente o errónea. Por eso a partir de la segunda mitad del siglo XIX, el derecho norteamericano exige el consentimiento del paciente para la realización de operaciones quirúrgicas, y si el paciente rechazaba la cirugía aunque ésta fuera indispensable para salvarle la vida el médico tenía que respetarla y no actuar.

Desde finales del siglo XIX y principios del XX, se empezó a considerar que toda intervención médica sobre un cuerpo distinto del propio debía de ser realizada bajo el consentimiento del enfermo, si no era así se cometía agresión. Pero todavía en esta época el consentimiento del enfermo era muy superficial, porque el médico sólo estaba obligado a decirle el nombre de la enfermedad y una descripción superficial de lo que fuera a hacer. Y si el médico traspasaba los límites del consentimiento otorgado por el enfermo era responsable del pago de daños causados por dicha intervención.

1 Profesora y Coordinadora de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Iberoamericana.

2 ATIENZA, Manuel, *Entre el nacer y el morir: Juridificar la Bioética. Una propuesta metodológica*, Ed. Comares, Granada, 1998, pp. 45-49.

En 1969 se comienza la creación de códigos de derechos de los pacientes, cuando la Comisión Conjunta de Acreditación de hospitales, permitió que las asociaciones de consumidores presentaran propuestas para la reforma de sus reglamentos, y elaboró en junio de 1970, un documento con 26 propuestas concretas. En 1973, la Asociación Americana de hospitales aprobó su Carta de Derechos del paciente, y el Departamento Federal de Salud, Educación y Bienestar recomendó a los hospitales que adopte un código de derechos del enfermo. En 1976, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, aprobó un documento que la Comisión de Salud y Asuntos Sociales elaboró en el cual se enumeran los siguientes derechos como básicos de los enfermos: derecho a la dignidad y a la integridad, a la información, al tratamiento adecuado y el derecho a sufrir lo menos posible y se recomienda a los países miembros que tomen las medidas necesarias para proteger tales derechos.

2. La Medicina y la Ética

La medicina ha sido la profesión que desde tiempos remotos ha tenido que implicar a la ética dentro de sus prácticas, el Juramento de Hipócrates es la primera base sobre la cual los principios morales del médico se sustentan. El Juramento forma parte del llamado *Corpus Hippocraticum* o conjunto de escritos atribuidos al padre de la Medicina.³

El Juramento está formado por dos partes, la primera que trata sobre las obligaciones éticas del médico hacia sus maestros y familiares y la segunda trata la relación con el enfermo. El principio básico sobre el que se funda es “ante todo, no hacer daño”, es decir señala la importancia de la vida humana y la importancia de la profesión del médico para evitar el dolor y reducir el sufrimiento.

Por otra parte aparece Thomas Percival llamado el padre de la “Ética Médica” a partir de la publicación de su libro dedicado a los aspectos éticos de la práctica médica titulado: “Ética médica o un código de instituciones y preceptos adaptados a la conducta profesional de los médicos y cirujanos: 1) en la práctica hospitalaria; 2) en la práctica privada o general; 3) en relación con los farmacéuticos; 4) en los casos en que debe requerirse un consentimiento de la ley.”

Por lo que la obra de Percival responde a una difícil situación de los médicos del Siglo XIX en razón de la problemática médica. A partir de ahí comienzan en este mismo siglo XIX a formarse las primeras Asociaciones Médicas en diversos países en los que se busca analizar las problemáticas médicas desde un matiz ético. Surgen así los primeros Códigos Deontológicos que basados en el Juramento Hipocrático dan la pauta para los principios morales que los médicos deben observar.

3 GAFO, Javier, et al., *Derecho Biomédico y Bioética*. Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 88.

Sin embargo, toda esta influencia de la aplicación de la ética o de los valores morales en la Medicina viene a recaer drásticamente con la época nazi ya que trae como consecuencia innumerables crímenes que finalizan con las acusaciones ante el tribunal de Nuremberg de 23 médicos alemanes de los cuales 16 fueron declarados culpables y siete condenados a la pena de muerte; de esto se desprende el Código de Nuremberg que contiene diversas normas éticas para la práctica médica. Al término de la II Guerra Mundial se da la 1a. Asamblea de la Asociación Médica Mundial que trae como consecuencia la Declaración de Ginebra en 1948, que significa una actualización de la ética hipocrática después de las brutalidades de aquella conflagración bélica. En la 2a. Asamblea Mundial en 1949 se adoptó un Código Internacional de Ética Médica, inspirado en la Declaración de Ginebra y en los Códigos Deontológicos de bastantes países.⁴

Después de estos acontecimientos se comienzan a diferenciar dos clases de perfiles, por un lado los anglosajones comienzan a elaborar códigos deontológicos para diferentes ramas de la Medicina, y por otra parte la comunidad médica en general desarrolla sus propios lineamientos morales y éticos.

3. Carta de los Derechos de los Enfermos

En 1972 se publica la Carta de los Derechos de los Enfermos de los hospitales privados en los Estados Unidos.

En este documento se sientan las bases que deben existir para la relación médico-paciente. Esta Carta imprime cuatro derechos fundamentales del enfermo:

- 1) La vida.
- 2) La asistencia médica.
- 3) La información.
- 4) Una muerte digna.

El punto principal de la Carta es el término de “Consentimiento Informado”, es decir, proporcionar la información necesaria al paciente para que éste a su vez pueda tomar una decisión sobre su enfermedad, así como a decidir el tratamiento a seguir o rehusarse a la administración de algún tratamiento. Es decir, estamos hablando de una verdadera decisión libre del enfermo.⁵

4 GAFO, Javier, *Ética y Legislación en Enfermería*, Madrid, 1994, pp. 398-400.

5 GAFO, J., Op. Cit, p. 97.

4. Bioética

La Bioética se “configura como un potencial instrumento intelectual de reflexión, de elaboración de criterios, de orientación y de punto de partida para la toma de decisiones oponibles a las tentaciones de los excesos del Estado, de los poderes fácticos difusos de presión (políticos, económicos, industriales) y, si fuera necesario, de los propios investigadores. Por lo que se puede decir que ésta nos permitirá conjurar a una sociedad biócrata a favor del hombre bioético”.⁶

Esta nueva área de estudio pretende encontrar un punto medio sobre los avances científicos y los derechos fundamentales de los seres humanos, se trata de buscar una relación adecuada entre unos y otros. No se trata de prohibir que la ciencia avance o que los científicos investiguen, se trata de que estos nuevos conocimientos se den en un ambiente de respeto. Por ejemplo las Técnicas de Reproducción Asistida han traído como consecuencia que miles de parejas infértiles que en tiempos anteriores nunca hubieran logrado un embarazo exitoso ahora lo están consiguiendo, pero al mismo tiempo estas nuevas técnicas han traído como consecuencia que se pueda fecundar gametos humanos con fines distintos de la procreación, se da que existan embriones sobrantes de técnicas de fecundación in vitro que no encuentran protección jurídica adecuada, se da que las parejas puedan seleccionar el sexo por razones no terapéuticas, y así podríamos seguir enumerando consecuencias que si no son reguladas por las distintas ramas de estudio que integran a la Bioética se comenzarían a realizar innumerables violaciones contra los derechos fundamentales de cada ser humano, y este es sólo un pequeño ejemplo de la magnitud de áreas en las que puede intervenir la Bioética entre las que podemos mencionar: el aborto, la reproducción asistida, la clonación, la experimentación con preembriones, embriones, fetos y seres humanos, la manipulación genética, la biotecnología, la manipulación del genoma humano, los trasplantes de órganos, la eutanasia, etc. Como podemos ver es un abanico de ideas que deben encontrar un orden lógico para que podamos disfrutar de sus beneficios mas no sufrir sus consecuencias.

5. Origen del Término Bioética

El término de Bioética proviene del griego *bios*, vida y *ethos*, ética. Es un nombre nuevo que utiliza por primera vez el cancerólogo estadounidense Van Renselaer Potter, en su libro *Bioethics: a bridge to the Future*, él define a la bioética como “el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, en cuanto se examina esta conducta a la luz de valores y principios morales”.⁷

Para Potter el objetivo último de la nueva disciplina era “no sólo enriquecer las vidas humanas sino prolongar la supervivencia de la especie humana en una forma aceptable de sociedad”.⁸

6 ROMEOCASABONA, Carlos María, *Derecho Biomédico y Bioética*, Editorial Comares. Granada, 1998, p. 155.

7 POTTER, V.R., *Bioethics: A bridge to the Future*, Englewood Cliffs (N.J.) 1971.

8 REICH, W.T., *The Word "Bioethics": Its Birth and the Legacies of those Who Shaped It*, en Kennedy Institute of Ethics Journal 4, no. 4, 1994, p. 328.

El origen de la palabra Bioética para los católicos se comenzó a difundir a partir de la publicación de la declaración *Donum Vitae*, por la Congregación para la doctrina de la fe, en la que señala la problemática ética de las técnicas de reproducción asistida, por lo que los medios de comunicación lo han llamado “el documento vaticano de Bioética”.

Además de la atribución a Potter por ser el primero en utilizar el término de Bioética, no debemos olvidar la importancia de André Hellegers, obstetra holandés que trabajaba en la Universidad de Georgetown, utiliza 6 meses después de Potter el término de Bioética al formar el centro *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics* en la citada Universidad de Georgetown en Washington, D.C.

Por lo que podemos decir que el auge y el desarrollo de la Bioética se lo debemos a Hellegers, ya que logró vincular a la medicina, la filosofía y a la ética. Hellegers pretendía que la Bioética fuese una combinación de conocimientos científico y filosófico y no solamente una rama de la ética aplicada.⁹

6. Inicios de la Bioética

Después de los acontecimientos suscitados en la II Guerra Mundial el inicio de la Bioética se retrasa hasta el año de 1962 en el que la revista *Life Magazine* publica un artículo sobre los criterios de selección de los candidatos a la aplicación de los aparatos de hemodiálisis renal, recientemente descubiertos.¹⁰

Un segundo acontecimiento fue la publicación en el *New England Journal of Medicine* en 1966 un trabajo elaborado por Beecher en el cual realizaba una recopilación de 22 artículos publicados en revistas científicas y que eran objetables desde una perspectiva ética.¹¹

Cuatro años después el Senador Edward Kennedy expuso el experimento de Tuskegee, Alabama, en el que se negó tratamiento con antibióticos a individuos de raza negra afectados por la sífilis, para poder estudiar el curso de esta enfermedad.¹² Lo que provocó un gran escándalo y propició la iniciativa de la Comisión Nacional (1974-1978), que marcó los lineamientos que deben cumplir los experimentos con seres humanos. El compendio de esta comisión fue llamado *Informe Belmont*, que cumple como uno de los documentos básicos de la Bioética.

El 3 de diciembre de 1967, se realizaba el primer trasplante de corazón por el Dr. Christian Barnard en el Hospital Groote Schur en la Ciudad del Cabo, lo que causó una enorme preocupación por la dignidad de la persona y del cuerpo humano. Cuestionaba el consenti-

9 GAFO, Javier, et al., *Derecho Biomédico y Bioética*, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 92.

10 ALEXANDER, S., *Life magazine*, 9 de diciembre de 1962.

11 BEECHER, H.K., *Ethics and Clinical Research*, en *New England Journal of Medicine* 274, 1966, pp. 1354-1360.

12 GAFO, Javier, et al., *Derecho Biomédico y Bioética*, Op. Cit. p. 94.

miento del paciente para el trasplante así como el del donante del órgano. Por lo que este acontecimiento influyó para que la Bioética comenzara a preguntarse la legalidad de los trasplantes de órganos.

En 1969 se crea el Hastings Center con la posterior publicación de la revista en 1973 interesada en los asuntos de Bioética, en la primera revista el Dr. Callahan publica un artículo sobre el significado del término de Bioética.¹³

La Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos decide utilizar en 1974 el término de Bioética para clasificar los artículos y las publicaciones sobre este tema.

En 1975 se presenta el caso de Karen A. Quinlan, una joven norteamericana que por una sobredosis de droga y alcohol cae en estado de coma, sus padres adoptivos solicitaron al hospital que se le desconectara ya que los informes médicos reflejaban daños irreversibles que impedirían que ésta recuperara la conciencia, esta solicitud dio lugar a un proceso legal que concluyó con una sentencia del Tribunal Supremo del Estado de New Jersey en 1976 en la que se permitía al hospital desconectar al paciente marcando “el derecho a morir en paz y con dignidad”.¹⁴

Por lo que este caso llamó la atención de la Bioética en torno al fin de la vida y sobre la dignidad de la persona humana ante la muerte. Se cuestionó los derechos de los moribundos, el consentimiento informado de los mismos y la facultad de los familiares para decidir sobre la muerte de un familiar cuando éste se encuentre incapacitado.

Así comenzó un verdadero discurso bioético sobre la “calidad de la vida”.¹⁵

En 1978 se publica la Enciclopedia de Bioética escrita por Reich.¹⁶

En 1981 surge el caso de Baby Doe, en el cual a un neonato con Síndrome de Down se le niega una intervención quirúrgica en Indiana por lo que esto trae como resultado las “Regulaciones Baby Doe” en la que se marcaba la obligatoriedad de los servicios médicos de brindar la atención médica necesaria a cualquier paciente sin importar su condición física.

En la década de los 80, los temas de Bioética se encuentran consolidados en Estados Unidos y en otros países del mundo, tal es el caso de Suecia que creó en 1981 un Comité para el estudio de la inseminación artificial, emitiendo un informe en 1983 en el que se proponía la adopción de previsiones legales para estos casos.

13 CALLAHAND, D., *Bioethics as a Discipline*, en Hastings, Center Studies I, No. 1 (1973), pp. 66-73.

14 El respirador artificial le fue retirado, pero Karen continuó viviendo inconsciente pero de manera autónoma hasta 1985. Cf. QUINLAN, J&J. y BATELLE, Ph. *La verdadera historia de Karen Ann Quinlan*, Grijalbo, Barcelona, 1978.

15 GAFO, J., Op. Cit. p. 95.

16 REICH, W.T., *Encyclopedia of Bioethics*, MacMillan y Free press, Nueva York/Londres, 1978.

7. Principios de Bioética

- 1) **El Principio de No-Maleficencia y Beneficencia:** Es ante todo no hacer daño, es decir lo que el médico debe buscar es el bien del enfermo. El Juramento Hipocrático lo señala al afirmar: “Evitando todo mal y toda injusticia. No accederé a pretensiones que se dirijan a la administración de venenos ni induciré a nadie sugerencias de tal especie”, “Librándome de cometer voluntariamente faltas injuriosas o acciones corruptoras y evitando sobre todo la corrupción de mujeres y jóvenes, libres y esclavos”, “Guardaré secreto acerca de lo que oiga o vea en sociedades y no sea preciso que se divulgue”.

La Declaración de Ginebra de 1948 afirma que “la salud de mi paciente será mi primera preocupación”.

El Informe Belmont señalaba la obligación del médico de no hacer daño a su paciente.

La gran crítica contra el principio de beneficencia es su peligro de paternalismo, el que se aplique sin consentimiento del enfermo, sin que éste decida aceptar el bien que se le quiere hacer como bien suyo, que se actúe incluso en contra de su voluntad.¹⁷

- 2) **El Principio de Autonomía:** Junto al consentimiento informado se encuentra enmarcada la autonomía del paciente, entendida como la capacidad de decisión del paciente.¹⁸ Es decir el respeto que debe tener el médico con los valores, creencias y convicciones que tiene el paciente. Significa la superación de la tendencia a convertir al paciente en un menor de edad, a quien se tiende a mantener sistemáticamente al margen de algo que a nadie afecta más que a él mismo.¹⁹ El principio de autonomía no lo señala el Juramento Hipocrático, sin embargo comienza su aparición en los Códigos Deontológicos, así la Carta de Derechos de los Enfermos señala en todo momento “El enfermo tiene derecho...”, por lo que la autonomía del paciente se ve claramente reflejada en este documento. El Informe Belmont señala “...los individuos deberían ser tratados como entes autónomos, y las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección”. Sobre la autonomía determina lo siguiente: “respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que éstas produzcan un claro perjuicio a otros”.²⁰

17 GAFO, J., Op. Cit. p. 102.

18 PELLEGRINO, D. *Fundamentos de Bioética*, citado por GAFO, J., Op. Cit. p. 102.

19 *Ibidem*.

20 Cf. Informe Belmont, publicado por el Ministerio de Sanidad y Consumo en el volumen, *Ensayos Clínicos en España* (1982-1988), Madrid, 1990, Anexo 4.

Kant es uno de los precursores de la autonomía de la persona y por consiguiente del enfermo, él considera que la autonomía es la capacidad del sujeto para gobernarse por una norma que él mismo acepta sin coacción externa, una norma que debe ser universalizada por la razón humana.

Por lo que de este principio se desprende la obligación de los médicos de solicitar la autorización del paciente para la realización de cualquier técnica, tratamiento, etc., es decir, el médico no debe tomar decisiones sin consultarlo primero con su paciente.

- 3) **El Principio de Justicia:** La justicia se ha definido como “Casos iguales requieren tratamientos iguales”, es decir no se deben realizar diferencias ante circunstancias similares. No se deben justificar discriminaciones por razones económicas, sociales, raciales o religiosas.²¹

La justicia en los aspectos médicos se ha traducido en las diferencias que existen dentro de un centro sanitario por las diferencias en cuanto a los recursos económicos de los pacientes o por ejemplo los pacientes infectados por algún virus como el VIH, ya que el trato que reciben no es el mismo por lo que en estos casos, ¿dónde queda la justicia?

La Declaración de Ginebra señala: “No permitiré consideraciones de religión, nacionalidad, raza, partido político o categoría social para mediar entre mi deber y mi paciente.”

El Informe Belmont define a la justicia como “la imparcialidad en la distribución de los riesgos y los beneficios”. Por lo tanto, las diferencias no son justas.

8. Calidad de Vida y Dignidad del Ser Humano

Podemos decir que dos grandes puntos dentro de la Bioética son la calidad de vida del Ser Humano y su Dignidad.

No podemos comenzar a tratar de descifrar cuál es la relación de la Bioética con las ramas que se relaciona, si primero no ponemos en claro conceptos fundamentales como éstos.

La calidad de vida tiene dentro de sus primeros antecedentes, la obra publicada en 1920 de los profesores alemanes Karl Binding y Alfred Hoche, en la cuál se preguntaban si existen algunas vidas humanas que han perdido a tal punto la calidad de bien jurídico que su prolongación no tenga, a la larga, ningún valor, ni para los portadores de esas vidas, ni para la sociedad. Los autores consideraban en su libro intitulado “El Derecho de suprimir las vidas que no

21 GRACIA, D., *Fundamentos de Bioética*, Madrid, 1989, pp: 285-293.

merecen ser vividas”, que aquellos individuos que por causa de enfermedades o de incapacidades físicas, que son irrecuperables para una vida plena y que, en pleno conocimiento de su estado, manifiestan el deseo de ser liberados de su estado, o los enfermos mentales incurables, son seres humanos que no merecen vivir.²²

Lamentablemente estas ideas se difundieron durante la segunda guerra mundial y los nazis las pusieron en práctica en el programa de exterminio de todos aquellos seres que por diversas razones no merecían vivir.

Esta idea de “calidad de vida” ha ido cambiando a lo largo del tiempo y ha vuelto a resurgir con el tema de la eutanasia, ya que se puede llegar a sostener que hay seres humanos (enfermos terminales, recién nacidos afectados por enfermedades graves, etc.) para quienes sería mejor la muerte. El razonamiento que se efectúa es el siguiente: dado que la “calidad de vida” actual del individuo es inferior al estándar fijado, y que las perspectivas de mejorar son muy bajas o inexistentes, su muerte se convierte en un objetivo a alcanzar, por acción u omisión.²³

Por lo que podemos concluir que el ser humano debe tener un estándar sobre la calidad de vida. Sin embargo, no podemos fijar patrones a los cuáles debemos ajustarnos porque en realidad éstos no existen, cada ser humano se fija su propia vida y cuándo ésta no se alcanza lamentablemente algunos recurren al suicidio pero tanto moralmente como jurídicamente no podemos decidir quién tiene calidad de vida y quién no, el homicidio es una conducta delictuosa que no es permitida en una sociedad. No podemos aceptar que el término de eutanasia suponga poner intencionalmente término prematuro a una existencia humana, es decir matar a otro, ya que esto abre la puerta a los excesos escalofrantes como son la eliminación de los ancianos inútiles, de los enfermos psíquicos, etc., y dentro de estas apocalípticas premoniciones se llega a afirmar que al aprobarse una ley que lo permita, el Gobierno no tendrá más remedio que importar verdugos.²⁴

Por lo tanto, podemos decir que no es lo mismo preocuparnos por los enfermos crónicos en fase terminal, evitándoles sufrimiento, permitiendo que tengan una muerte con la dignidad que merecen, no privándoles del beneficio de la analgesia y cuantas terapias sean necesarias para evitar su sufrimiento y el de los suyos, más no provocándole la muerte.²⁵

Como conclusión, todo ser humano merece tener calidad de vida, pero nadie puede decir quién no merece vivir porque no la tiene, se tienen que buscar las alternativas para lograr que todo ser humano la obtenga.

22 ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp. 31-32.

23 Idem. p. 32.

24 RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesáreo. *La Eutanasia y el Arte de Morir*, Javier Gajo Editor, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1990, p. 97.

25 ALBESA, Nely. *La Eutanasia y el Arte de Morir*, Op. Cit. p. 65.

Podemos descifrar que igualmente que la calidad de vida de todo ser humano tiene una Dignidad por el solo hecho de ser Persona, es, un “ser dotado de un espíritu”.²⁶

El Derecho debe garantizar la dignidad de la persona creando normas jurídicas que la defiendan como un derecho fundamental de todo ser humano. “Si toda persona es igualmente digna, parece lógico concluir que toda persona debe ser igualmente protegida contra las manipulaciones abusivas de su ser y de su identidad. La reflexión sobre la justicia, es decir, sobre lo que es debido a cada uno, merece por tanto estar en el centro de la reflexión bioética”.²⁷

9. Consentimiento Informado

Se ha considerado que el Consentimiento Informado es “la piedra angular de la expresión jurídica. Se define como el derecho a obtener información en relación con todos los hechos médicamente relevantes, a ser informado y a responder a dicha información mediante el consentimiento. Estos derechos y su contexto médico han sido desarrollados por la literatura general a un nivel muy técnico, concretamente en lo relativo a sus implicaciones jurídicas. Es decir el consentimiento informado es el derecho que tiene el paciente a la información a ser informado, a dar su consentimiento en respuesta de esta información”.²⁸

Para que el Consentimiento de un paciente sea válido se deben de dar las siguientes circunstancias:

1. El paciente debe estar totalmente lúcido y en capacidad intelectual de comprender la información que se le está proporcionando.
2. El paciente debe tomar una decisión de forma autónoma esto es, que no debe estar siendo influenciado o presionado por otras personas, como por ejemplo la familia, el médico, etc.
3. El paciente debe intencionalmente autorizar a un profesional a que actúe.²⁹

Por lo que si no se dan las circunstancias arriba señaladas no se puede tomar como válido el consentimiento otorgado.

De acuerdo con la legislación mexicana, el Consentimiento Informado se encuentra regulado en la Ley General de Salud en el artículo 103, en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud en el artículo 20 y en el Reglamento de la Ley

26 BRUAIRE, Claude, Citado por Andorno Roberto, Op. Cit. p. 34.

27 ANDORNO, Roberto, Op. Cit. p. 50.

28 BROEKMAN, Jan M., *Bioética con Rasgos Jurídicos*, Editorial Dilex, p. 137.

29 Idem, p. 144.

General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica en los artículos 80 y 81.

10. Relación entre Bioética y Derecho

Existe una estrecha relación entre el Derecho y la Bioética, así como entre la Bioética y otras muchas ramas de estudio, sin embargo para nosotros los Juristas es importante comprender la importancia de este nuevo tema.

La Bioética es una disciplina multidisciplinaria en la que actúan diversas ciencias, con sus respectivos puntos de vista y metodologías propias, dentro de estas ciencias la Bioética tiene una “conexión material con el Derecho de tipo metodológico, es decir, hay un tipo de conflicto jurídico cuya resolución consiste justamente en ponderar principios contrapuestos y que, para tratar con esos casos, se ha ido desarrollando una cierta metodología que podría resultar de utilidad también para la aplicación a los casos concretos de los principios de la Bioética”.³⁰

En primer lugar, la tarea más importante que el derecho tiene es “proteger las estructuras profundas de la sociedad, apoyar el orden público y mantener el Estado de Derecho, sus criterios y sus principios”.³¹ Para lograr este objetivo el Derecho debe “elaborar normas que permitan regular los nuevos conflictos que ya empiezan a plantearse: entre la madre subrogada y aquella que contrata sus servicios, a propósito de la tenencia del hijo; entre el niño concebido con gametos de un donante y el donante mismo, cuando el hijo reclama el acceso a la identidad de su padre biológico; entre la madre que reclama ser inseminada con los gametos de su marido difunto y el banco de gametos que se opone; o entre los miembros de la pareja, ya sea porque el marido quiere desconocer la paternidad del hijo nacido de su esposa inseminada con gametos de un tercero o porque la madre reclama que le sean transferidos los embriones sobrantes congelados y su exmarido se opone”.³²

Es difícil que el derecho pueda regular todos estos problemas como quizá ya lo han hecho muchos otros países, sin embargo, México es un país complicado y que no tiene regulación expresa en ninguna de estas áreas,³³ por medio de interpretación podemos utilizar en cierta medida algunas normas existentes como es el caso del Código Civil.³⁴

30 ATIENZA, Manuel, *Entre el nacer y el Morir*, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 47.

31 BROEKMAN, Jan M., Op. Cit. p. 47.

32 ANDORNO, Roberto, Op. Cit. p. 45.

33 La Ley General de Salud y sus Reglamentos regulan en cierta medida algunos de estos problemas como podría ser sobre Inseminación Artificial en los artículos 466 de la LGS y el 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la Salud; sobre donación de órganos en el Título Decimocuarto de la LGS y el reglamento de la LGS en materia de Control Sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, etc.

34 Por ejemplo, la Maternidad Subrogada en nuestra legislación se puede resolver con sólo mirar el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal ya que la maternidad legal se demuestra por el nacimiento y si ésta mujer estuviera casada el nombre de su marido deberá asentarse como el del padre de acuerdo con el artículo 63 del Código Civil para el Distrito Federal; por lo que cualquier contratación que se hubiere realizado con una mujer para gestar el hijo de otra pareja tiene solución en la interpretación de estos artículos aunque la intención del legislador no fue nunca solucionar este tipo de problemas.

De acuerdo con el Maestro Manuel Atieza la forma en que el derecho debe reaccionar ante este tipo de situaciones es marcar los principios necesarios para regular estas circunstancias ya sea por la vía legislativa y la judicial.

La vía legislativa es la más adecuada cuando las reglas tienen que referirse a circunstancias altamente imprevisibles o que envuelvan juicios de valor, opiniones morales, etc., que están lejos de suscitar un consenso por parte de los legisladores. El problema es que las normas no alcancen la coerción necesaria o que sean excesivamente rígidas,³⁵ como por ejemplo sobre la Experimentación con Seres Humanos el legislador se ha preocupado por regular en cierta forma estas prácticas para garantizar la dignidad de los seres humanos en toda experimentación en la Ley General de Salud (artículos 96-103) y en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de investigación para la Salud.

Por lo que el papel del legislador en este “campo no consiste en aceptar a ojos cerrados cualquier innovación tecnológica. Sin duda, el legislador debe partir de la realidad social en la que vive”³⁶ para poder legislar normas adecuadas a una realidad concreta.

Para intentar regular este tipo de conflictos bioéticos debemos tomar en cuenta como lo señala el Maestro Carlos Ma. Romero los siguientes puntos de confluencia:

1. Para poder legislar estos conflictos se debe reflexionar y buscar principios regulativos o limitar cuando sea necesario ciertas acciones, para lo cual se requiere necesariamente un foro multi e interdisciplinar (técnicos, investigadores, médicos, filósofos, juristas, teólogos, etc.) para poder tener en cuenta todos los aspectos así como las diversas perspectivas de pensamiento para conseguir una regulación imparcial y colegiada.
2. Se debe buscar un pluralismo en la discusión, es decir, un pluralismo ideológico, para de este modo garantizar que la forma de regular estas acciones se integre con los diversos intereses o puntos de vista para lograr así la mayor aceptación social posible. Por ejemplo, sobre las Técnicas de Reproducción Asistida se deben de tomar en cuenta las opiniones de las parejas fértiles, infértiles, estériles, los médicos, etc.
3. Se debe fomentar la opinión pública a través de la creación de Comités de Bioética Estatales, uno Nacional, además de que cada hospital o centro de salud debe a su vez formar sus propios Comités de Bioética para la realización de debates sobre casos concretos. Como es el caso de los Comités de Ética de los Hospitales.
4. Se debe intentar uniformizar los criterios tanto en el ámbito nacional e internacional, ya que de esta forma se previene que se pueda burlar una ley nacional acudiendo a

35 ATIENZA, Manuel, Op. Cit. p.62.

36 ANDORNO, Roberto, Op. Cit. p. 50.

otro país carente de regulación o con una normativa más permisiva, dando lugar, por ejemplo, a paraísos genéticos o de experimentación.³⁷ Tal es el caso del aborto en México ya que el Estado de Chihuahua permite que una mujer recurra al aborto si fue inseminada artificialmente sin o en contra de su voluntad de acuerdo con el artículo 219 y en el Código Penal del Distrito Federal no se toma en cuenta dicha situación, además el artículo 248 del mismo Código Penal del Estado de Chihuahua considera como delito a la Inseminación Artificial sin Consentimiento de la Mujer.

La Vía Judicial se debería aplicar a través de la creación de un Comité de Bioética. Es decir un Comité de ámbito Nacional que pudiera operar como un tribunal de segunda instancia para que se pudiera ir produciendo una especie de jurisprudencia que permitiera que los principios de la Bioética se fueran desarrollando de una forma más homogénea y coherente de lo que ocurriría en otro caso.³⁸

Para poder entonces llevar a la práctica esta relación entre el Derecho y la Bioética primero debemos comprender que los sujetos que actúan en cualquier conflicto bioético son Sujetos de Derecho, como por ejemplo en una inseminación artificial la mujer que solicita el tratamiento es Sujeto de Derecho igual que el médico que le aplicará la técnica. Por lo que “ni el médico ni el paciente pueden entrar en el mundo de la medicina sin asumir la condición de ser sujetos en el derecho. Cada sujeto es por definición jurídica portador de derechos y obligaciones. La interconexión del derecho y la medicina es fuerte y abarca no sólo el contexto de coincidencia actual”. Por lo que como sujetos de derecho dependen de una normativa de acuerdo con sus acciones como en el caso de la Inseminación Artificial si la mujer es inseminada sin o en contra de su voluntad el médico está sujeto a lo que estipula el Art. 466 de la Ley General de Salud.

Ahora es posible que nos llegáramos a preguntar por qué es necesario regular ciertos avances de la ciencia como por ejemplo lo relativo a la clonación o a la reproducción asistida en los seres humanos, pero creo que la respuesta es obvia “la protección de la persona sólo puede decirse que tiene efectividad si se produce a través de normas jurídicas”.³⁹ Es de gran importancia que el Derecho respalde los derechos fundamentales o las garantías que todo ser humano por el solo hecho de ser persona tiene. Si permitiéramos que los científicos sin ningún escrúpulo pudieran experimentar sobre un enfermo en ¿dónde quedaría su dignidad, su libertad? La libertad de investigación científica y tecnológica no son absolutas, tienen su límite en la esfera de los derechos de cada persona, un científico puede investigar siempre y cuando no traspase la barrera del respeto de los derechos del otro ya sea paciente, enfermo, etc. Ninguna garantía es absoluta frente a otra, el derecho de investigar no es absoluto frente a la libertad del experimentado.

37 ROMEOCASABONA, Op. Cit. pp. 161-164.

38 Idem, p. 63.

39 ROCATRIAS, Encarna, *Derecho Biomédico y Bioética*, Op. Cit. p. 172.

Por lo que la forma de protección debe sólo establecerse por medio de normas jurídicas, que deben surgir de acuerdo con las reglas señaladas para asegurar un verdadero respeto a los derechos inalienables de todo ser humano.

11. Conclusiones

A manera de conclusión podemos decir que la Bioética es una ciencia de gran importancia en la actualidad por el rápido avance de la tecnología, que necesita de otras ciencias para su mejor desarrollo entre las que se encuentra el Derecho, para implementar normas que controlen estos avances y de alguna manera se pueda positivizar ciertas acciones respaldadas por sanciones que aseguren el correcto cumplimiento de esas normas.

El Derecho debe por tanto ponerse a la altura y comenzar a encontrar medidas que aseguren un sano desarrollo de la ciencia con el debido respeto de la dignidad del ser humano.