

CAPÍTULO 72

DERECHO Y BIOÉTICA

Eduardo RIVERA LÓPEZ *

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La conexión práctica* III. *La conexión legislativa*. IV. *La conexión interpretativa*. V. *Bioética, medicina y derecho*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo me propongo analizar algunas de las relaciones que existen entre el derecho y la bioética. Para ello, me detendré primero en precisar brevemente ambos conceptos.

La bioética es la rama de la ética normativa que se ocupa de problemas éticos que surgen en el contexto de la medicina y de las ciencias biomédicas. Algunas de las principales áreas de interés para la bioética son el aborto, la eutanasia, los trasplantes de órganos, la manipulación genética, la clonación, la relación médico-paciente (confidencialidad, consentimiento informado, conflictos de intereses), la investigación biomédica con sujetos humanos, los derechos de los animales y la justicia en la distribución de los servicios de salud.

Sostener que la bioética es una rama de la ética normativa implica diferenciarla tanto de la metaética como de la ética descriptiva. La metaética se ocupa de problemas semánticos, epistemológicos u ontológicos de los juicios y creencias morales. Preguntas tales como “¿cuál es el significado de los términos morales (como “bueno”, “correcto”)?””, “¿cómo podemos saber que una norma moral es objetivamente válida?”, o “¿qué es lo que hace verdadera a una creencia moral (como “no debemos matar personas inocentes”, por ejemplo)?”, pertenecen al ámbito de la metaética. La ética descriptiva, por otro lado, describe las pautas morales de una determinada sociedad y es, por lo tanto, una disciplina sociológica o antropológica. La

* Profesor Investigador, Universidad Torcuato Di Tella. Investigador Independiente, CONICET.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2735-2747.

bioética, como parte de la ética normativa, no es puramente conceptual ni puramente descriptiva, sino que busca aportar pautas normativas, es decir, prescribir qué acciones, normas de conducta e instituciones deberíamos respaldar o rechazar en el contexto de la biomedicina.

Hacer una caracterización general del derecho resulta mucho más difícil que caracterizar la bioética, entre otras razones, porque el concepto de derecho es mucho más elusivo. En primer lugar, el término “derecho” es ambiguo ya que denota al menos dos cosas diferentes: por un lado, un fenómeno social específico (el conjunto de reglas sociales respaldadas por el poder coercitivo del Estado) y, por otro, una disciplina que estudia tal fenómeno social (la ciencia del derecho). El objetivo de este trabajo podría ser, por lo tanto, establecer la relación entre la bioética y el derecho existente, o bien la relación entre dos disciplinas: la bioética y la ciencia del derecho –esto es, el conjunto de doctrinas acerca de lo que establece el derecho existente–. En segundo lugar, está la tradicional controversia entre naturalismo y positivismo jurídico. Qué entendemos por “derecho existente” puede depender, en gran medida, de qué posición adoptemos en esta controversia. Por ejemplo, si fuéramos iusnaturalistas, el derecho existente es el derecho natural, es decir, el derecho justo (o mínimamente justo). En cambio, si fuéramos iuspositivistas, el derecho existente es el derecho vigente; la cuestión de si es justo o injusto no es relevante para determinar la existencia del derecho.¹ Para simplificar, supondré que, cuando hablamos de derecho, nos referimos siempre al derecho como “derecho existente”, es decir, como el objeto de la ciencia del derecho (y no como la ciencia misma del derecho); además, supondré que nos referimos al derecho como derecho vigente (no como derecho natural o necesariamente justo). ¿Cuál es la

¹ Esta afirmación requiere una aclaración. En la clásica discusión sobre el concepto del derecho, existen dos formas de iuspositivismo. Una de ellas considera que sólo el derecho positivo (vigente) posee normatividad y nos da razones para actuar. Esto es lo que se llama “positivismo ideológico”. El positivismo ideológico es escéptico en materia moral y considera que siempre debemos obedecer el derecho (no hay otra fuente de deberes). La otra forma de iuspositivismo es el llamado “positivismo conceptual”. Esta forma de positivismo jurídico separa la existencia del derecho de la cuestión acerca de su justicia o injusticia desde el punto de vista moral. El derecho vigente puede ser injusto y puede haber razones morales para desobedecerlo. Al referirme al iuspositivismo me refiero, obviamente, al positivismo conceptual, aquel que es compatible con una valoración moral externa de las normas jurídicas. Para una discusión introductoria pero rica de la discusión entre iusnaturalismo y las diferentes formas de iuspositivismo, véase Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1980, cap. 1.

relación entre la bioética y el derecho (existente y positivo)? En lo que sigue describiré tres posibles conexiones.

II. LA CONEXIÓN PRÁCTICA

Una conexión importante entre derecho y bioética es práctica. Los bioeticistas suelen ocuparse de la toma de decisiones concretas. Hospitales, centros de investigación, laboratorios y empresas recurren cada vez más a “comités de bioética”, de los cuales se espera que asesoren a médicos e investigadores con respecto a las decisiones que toman cotidianamente.

En este contexto, el derecho funciona como un límite para la bioética. Se espera que los miembros de los comités ajusten sus recomendaciones al derecho positivo o, al menos, que estén al tanto de cuándo sus recomendaciones son contrarias a él (y alerten a los médicos al respecto). Un ejemplo puede servir para ilustrar esta posible fricción. Supongamos que el derecho prohíbe la eutanasia activa y el suicidio asistido. Un paciente terminal se encuentra experimentando un sufrimiento extremo y ha dado su consentimiento para que su médico le prescriba una droga letal. El médico recurre al comité de bioética del hospital en busca de consejo. Imaginemos que los miembros del comité, luego de deliberar sobre la base de argumentos bioéticos, creen sinceramente que la resolución ética del caso requiere cumplir con los deseos del paciente. ¿Debería el comité recomendar este curso de acción, incluso en contra de la ley? A mi entender, ésta es una cuestión compleja sobre la cual es muy difícil dar una respuesta satisfactoria. El punto crucial es que, más allá de cuál sea nuestra posición sobre el tema concreto (en este caso, la eutanasia), el hecho de que la acción que, en opinión del comité, es éticamente obligatoria (o al menos permitida) esté prohibida jurídicamente no es *éticamente* irrelevante. Ello es así por, al menos, dos razones. En primer lugar, se suele admitir la existencia de un deber moral *prima facie* de obedecer el derecho. Este deber abarca incluso situaciones en las cuales las normas jurídicas no concuerdan con nuestras convicciones morales. Por ejemplo, yo puedo considerar injusto tal o cual impuesto y, sin embargo, tener un deber moral de pagarlo. Ciertamente, este deber es *prima facie* y puede ser derrotado en casos particulares. De ahí que se defienda la existencia de un derecho a la desobediencia civil y a la objeción de conciencia (para los casos en que una norma particular es injusta), o el derecho a la resistencia (para los casos en los que el sistema jurídico en su conjunto es ilegítimo). En segundo lugar, las consecuencias previsibles de un incumplimiento legal, tales como una persecución legal o la imposición

de un castigo penal, pueden tener relevancia moral. Por ejemplo, podría ser éticamente inexigible (demasiado exigente) que un médico cumpla con un mandato moral si ello le ocasiona un riesgo legal apreciable. Un comité de ética que baraja la posibilidad de aconsejar un curso de acción que viola alguna norma jurídica debería incluir seriamente estas dos consideraciones en su balance de razones.

En esta clase de situaciones, en donde las convicciones éticas no coinciden con las normas jurídicas, uno puede abogar por un cambio legislativo, es decir, un cambio de las normas jurídicas vigentes. Esto nos lleva al segundo tipo de conexión entre la bioética y el derecho.

III. LA CONEXIÓN LEGISLATIVA

Aquí, la bioética se puede concebir como una fuente de razones y argumentos para que los legisladores (en un sentido amplio, que incluye también a las agencias estatales de regulación) modifiquen las normas jurídicas existentes o creen nuevas normas.

Para ser precisos en cuanto a cómo la bioética puede ayudar en el proceso legislativo resulta crucial hacer una distinción entre lo que voy a denominar “ética personal”, es decir, la cuestión acerca de qué conductas individuales son moralmente correctas o incorrectas, y lo que denominaré “ética jurídica”, es decir, la cuestión acerca de qué conductas es moralmente justificable permitir o prohibir jurídicamente. Apelo nuevamente a un ejemplo para explicar esta distinción. Consideremos el problema del aborto. La bioética puede hacer dos clases de consideraciones respecto del aborto. Primero, puede preguntarse si el aborto es moralmente permisible y, si lo fuera, en qué condiciones y con qué límites. Se trata, así, de evaluar el acto individual de abortar desde el punto de vista moral. Estamos ante una cuestión de ética personal. Segundo, podría preguntarse si el aborto *debería ser* jurídicamente permisible y, si así fuera, en qué condiciones y con qué límites. Estamos ante una cuestión de ética jurídica. Es importante subrayar que preguntas de esta segunda clase también son preguntas éticas, y no jurídicas. Ambas clases de preguntas son relativamente independientes una de la otra en el sentido de que podría ser éticamente impermisible realizar un aborto, y, a la vez, éticamente impermisible prohibirlo jurídicamente; o, al revés, podría ser éticamente permisible realizar un aborto y, simultáneamente, ser éticamente permisible prohibirlo jurídicamente. Para hacer

estas posibilidades más patentes, imaginemos que, desde el punto de vista de la ética personal, creemos que el aborto es un atentado a la vida humana y, por lo tanto, es inmoral. Al mismo tiempo, supongamos que, desde el punto de vista de la ética jurídica, pensamos que esta opinión es debatible y hay posiciones diferentes que son razonables y que deben ser toleradas. En este caso, sería compatible sostener que el aborto es inmoral como acción y, simultáneamente, que debe ser jurídicamente permitido. Para el caso contrario, recorro al ejemplo de la eutanasia. Imaginemos que, desde el punto de vista de la ética personal, opinamos que la eutanasia activa voluntaria (dar muerte a un paciente terminal con su consentimiento) es algo moralmente permisible. Sin embargo, podríamos pensar, desde la óptica de la ética jurídica, que debería estar jurídicamente prohibido, por ejemplo, si creyéramos que permitir la eutanasia generaría abusos o si las instituciones existentes no estuvieran en condiciones de garantizar que los pacientes den su consentimiento en forma autónoma. Estos ejemplos no buscan defender ninguno de estos puntos de vista, sino sólo ilustrar la compatibilidad de defender soluciones normativas diferentes en el nivel de la ética personal y en el de la ética jurídica.

Por otro lado, es necesario señalar que la ética personal y la ética jurídica no son compartimentos estancos, sino que están interconectadas. Esta interconexión es, a su vez, un problema distinto (y mayor) para la bioética, y para la ética en general (considérese, por ejemplo, la relación entre el problema de si deberíamos mantener nuestras promesas, y bajo qué condiciones, y el problema de si el Estado debería respaldar coercitivamente tales promesas). Dilucidar este problema, sin embargo, excedería el propósito de este trabajo.²

Con esta distinción en mente, la bioética, como parte de lo que denominé ética jurídica, puede contribuir al proceso legislativo, en la medida en que las normas jurídicas relacionadas con la medicina y las ciencias biomédicas en general puedan ser evaluadas desde el punto de vista moral.

Vale la pena resaltar que esta segunda función de la bioética posee una enorme importancia en nuestros días. A medida que la medicina y las ciencias biomédicas progresan (y lo hacen rápidamente), la necesidad de nuevas regulaciones legales debe ser permanentemente abordada. Así, en varios países (incluyendo la mayor parte de los países europeos y a los Estados Unidos), un creciente número de comisiones de bioética, organismos es-

² Para este punto véase Van Der Burg, Wibren, "Law and Bioethics", en Kuhse, Helga y Singer, Peter (eds.), *A Companion to Bioethics*, Oxford, Blackwell, 1998, p. 53; Beauchamp, Tom L. y Childress, James F, *Principles of Biomedical Ethics*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 10.

pecíficos y agencias especializadas, asesora a gobiernos y legislaturas acerca de cómo las nuevas tecnologías médicas y biológicas deberían regularse. Permítaseme mencionar sólo algunos ejemplos. El Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Salud y la Vida (Francia), el Consejo de Bioética de la Presidencia (EEUU) y el Consejo Nacional de Ética de Alemania (Alemania) son algunos de los organismos que trabajan con todo tipo de problemas bioéticos. Otros son más específicos, como el ELSI, un programa dedicado a los temas de índole ética, legal y social que surgen de la genética (se trata de un programa asociado con el Proyecto Genoma Humano), o aquellos comités afiliados con asociaciones médicas en particular, como el Comité de Ética de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva, o con agencias gubernamentales, como el Comité de Ética y Derecho de la Autoridad de Fertilización Humana (Reino Unido). En ocasiones, la función de estas comisiones es elaborar propuestas legislativas en sentido formal. Sin embargo, su propósito es a veces legislativo en un sentido más amplio, pudiendo consistir, por ejemplo, en proporcionar directrices éticas sobre conducta profesional o asesoramiento al gobierno en la regulación de una cierta actividad.

Permítaseme ilustrar estas descripciones un tanto generales de la conexión legislativa con un ejemplo. La Tecnología de Reproducción Asistida (ART, por sus siglas en inglés) ha sido sujeta a regulaciones en numerosos países en las últimas tres décadas, lo cual, a su vez, ha implicado la necesidad de tomar partido por posiciones determinadas en temas cruciales para la bioética. Algunos de estos temas están relacionados con el estatus ético que poseen los embriones humanos. Pensemos, por ejemplo, en la pregunta de si es moralmente permisible descartar o criopreservar un embrión humano *in vitro* y, si la respuesta es positiva, bajo qué condiciones. Otros temas tienen que ver con el hecho de que la ART da lugar a nuevos patrones de filiación: filiación homosexual, donación de embriones y gametas y maternidad sustituta. Todas estas decisiones fueron tomadas apelando, ya sea formal o informalmente, al asesoramiento de la bioética. Sin embargo, la regulación legislativa de estos asuntos no es estática, sino que se trata de un proceso en marcha en virtud de que las nuevas tecnologías médicas generan continuamente nuevos desafíos para la ley existente, que requiere de sucesivas revisiones. Más aún, las opiniones públicas y las actitudes frente a ciertas prácticas también están en constante cambio, lo que hace posible —y a veces necesario— que las regulaciones sean modificadas. Por ejemplo, en el Reino Unido, la ART está regulada por la Ley de Fertilización

Humana y Embriología de 1990. Esta ley no contempla la clonación humana con fines reproductivos. En 1999, la mencionada Autoridad de Fertilización Humana y Embriología publicó en conjunto con la Comisión de Asesoramiento en Genética Humana un informe titulado «Problemas de la Clonación en la Reproducción, la Ciencia y la Medicina», en el que se sugiere prohibir explícitamente la clonación de seres humanos con fines reproductivos. Ello, a su vez, resultó en la Ley de Clonación Humana, sancionada por el Parlamento en 2001. Resulta interesante notar que el informe incluye reflexiones de carácter fundamentalmente (bio)ético, como sucede, por ejemplo, cuando sostiene que “existen argumentos morales a favor de la afirmación de que la dignidad humana prohíbe usar seres humanos sólo como “medios” y de que éstos deben ser tratados como “fines” en sí mismos”.³

IV. LA CONEXIÓN INTERPRETATIVA

La tercera conexión se relaciona con cómo interpretamos el derecho existente. Llamaré a esta conexión “conexión interpretativa”. El derecho debe ser interpretado. La textura abierta, la discusión acerca de conceptos esenciales, el choque de principios y derechos básicos, entre otros, son problemas omnipresentes en las áreas del derecho que resultan de interés para la bioética. Regular el aborto, la eutanasia, los trasplantes o la genética, entre tantas otras cuestiones, requiere decisiones y acciones que pueden afectar a los individuos, y a su autonomía o libertad en un nivel fundamental. Por ello, la legislación puede afectar derechos constitucionales.

Nuevamente, intentaré explicar la conexión interpretativa por vía de ejemplos. Permítaseme examinar uno en detalle: el caso de la eutanasia y el suicidio asistido en los Estados Unidos. Luego de dos famosos casos, *Quinlan* (1976) y *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* (1990) (este último decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos), la eutanasia y el suicidio asistido han sido objeto de un intenso debate público y académico. La discusión principal, desde el punto de vista jurídico, gira en torno de si las leyes estatales que prohíben la eutanasia y el suicidio asistido violan el derecho constitucional a la libertad y a la protección igualitaria.⁴ Más recientemente, otros dos casos fueron resueltos por la Corte Suprema: *Washington v. Glucksberg* y *Quill v. Vacco* (1997). El aspecto interesante de estos

³ Ver http://www.advisorybodies.doh.gov.uk/hgac/papers/papers_c.htm.

⁴ Véase Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida*, trad. de Caracciolo, R. y Ferreres, V., Barcelona, Ariel, 1994, caps. 7 y 8.

casos para nuestros propósitos no es que un tribunal haya decidido acerca de un típico problema bioético, sino que las decisiones fueron precedidas por discusiones bioéticas fundamentales. Más relevante todavía es el hecho de que estas decisiones incorporaron muchas de esas discusiones. Antes de que la Corte expidiera su decisión, le fueron acercados varios escritos de *amici curiae*, de los cuales me gustaría mencionar dos: uno escrito por seis de los filósofos morales más importantes del momento (Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon y Judith Thomson), y otro –que defendía la posición contraria– presentado por tres profesores de bioética (Georges Annas, Leonard Glantz y Wendy Mariner). Sin entrar a considerar los méritos argumentativos de cada uno de los escritos, resulta claro que ambos iluminan la inextricable interrelación entre el derecho y la bioética. El argumento principal del “*amicus* de los filósofos” es jurídico: prohibir el suicidio asistido es inconstitucional porque viola el derecho a la libertad protegido por la Cláusula de Protección Igualitaria.⁵ Sin embargo, varios de los puntos cruciales que toca el argumento claramente no son jurídicos sino fundamentalmente éticos. Por ejemplo, ellos cuestionan la interpretación realizada en el caso *Cruzan*, de acuerdo con la cual “retirar la terapia de sostén vital sólo consiste en dar paso al proceso natural que termina en la muerte, mientras que los médicos que recetan drogas letales intervienen para causar la muerte”.⁶ El problema de esta interpretación es, de acuerdo con los filósofos, que

...se basa en una equivocación respecto de los principios morales pertinentes. Por cierto, es verdad que cuando un paciente no desea morir, hay actos diferentes cuyos resultados previsiblemente determinan la muerte, y que tienen sin embargo un estatus moral muy distinto. Si existen pacientes graves que necesitan trasplantes de órganos y éstos son escasos, por ejemplo, al médico le está moralmente permitido negar el órgano a un paciente, aunque muera si no lo obtiene, para poder dárselo a otro. Pero, sin duda, no se le permite matar a un paciente con el objetivo de utilizar sus órganos para salvar a otro. La diferencia moralmente significativa entre esos dos actos no radica en que matar sea un acto positivo y no proveer un órgano sea simplemente una omisión, o que matar a alguien sea peor que permitir un proceso “natural” que finaliza en la muerte. De la misma manera, no se permitiría que un médico dejara desangrar a un paciente hasta que muera, o negara antibióticos a uno con neumonía (en cada uno de estos casos, el médico hubiera permitido la muerte como resultado de un proceso “na-

⁵ Decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

⁶ Dworkin, Ronald; Nagel, Thomas; Nozick, Robert; Rawls, John; Scanlon, Thomas; Thomson, Judith Jarvis; “El alegato de los *amici curiae*”, *Perspectivas bioéticas en las américas*, año 1997, núm. 4, pp. 119 y 120.

tural”) para lograr que sus órganos estén disponibles con el objeto de trasplantarlos a otros. El médico viola el derecho de sus pacientes si actúa o deja de actuar, en contra de los deseos del paciente, en cualquier forma orientada a causar la muerte.⁷

He citado una parte extensa del escrito para mostrar cómo un razonamiento de teoría moral (o bioética) pura puede resultar relevante para interpretar una norma jurídica (constitucional). Lo mismo puede decirse del segundo *amicus* presentado. En él, los profesores de bioética objetan la decisión adoptada por la Cámara de Apelación del Noveno Circuito en el caso porque ésta “supone incorrectamente que los médicos que administran drogas para el alivio del dolor, que también podrían acortar las vidas, *tienen la intención* de causar la muerte de sus pacientes (79 F.3d: 827). Esto indica que la Cámara de Apelación del Noveno Circuito no comprende correctamente el principio del doble efecto, según el cual una acción puede tener dos consecuencias conocidas, sólo una de las cuales es buscada. Entonces, la conclusión de que el médico que suministra drogas calmantes que también pueden acortar la vida, intenta tanto el alivio del dolor como la muerte, es falsa. Los médicos utilizan drogas calmantes en un intento de proveer el máximo de alivio al dolor sin causar la muerte. El principio del doble efecto significa que tratar el dolor de un paciente es aceptable aun si el tratamiento apresurara la muerte”.⁸ Nuevamente, la cita es útil para mostrar la cercanía entre argumentos jurídicos y morales: el principio del doble efecto es un ejemplo arquetípico de un principio moral, según el cual, esquemáticamente, hay casos en los que es permisible causar un daño cuando éste no es un fin o un medio para lograr un bien sustancialmente mayor, aun cuando dicho daño sea previsible como un efecto colateral no deseado (en este caso, la muerte del paciente).

Aun más interesante que el hecho de que la bioética intervenga en la interpretación constitucional por parte de filósofos o juristas, es el hecho de que la propia Corte Suprema ha recurrido a esta clase de argumentación (si bien evitando la terminología ética). En acuerdo con la posición de los profesores de bioética, la Corte dice en *Vacco*: “La Corte de Apelación [...] concluyó que algunas personas con enfermedades terminales –aquellas que dependen de sistemas de soporte vital– son tratados de manera diferente que aquellos sin estas enfermedades, en el sentido de que los primeros pueden “adelantar su muerte” poniendo fin al tratamiento, mientras que los segundos no pueden “adelantar la muerte” recurriendo al suicidio asistido

⁷ *Ibidem*, p. 120.

⁸ Annas, George, Glantz, Leonard, y Mariner, Wendy, “Alegato de los profesores de bioética”, *Perspectivas bioéticas en las américas*, año 1997, núm. 4, p. 144.

por un médico (80 F. 3d: 729). Esta conclusión depende de aceptar la proposición de que terminar o rechazar tratamiento de soporte vital “no es ni más ni menos que suicidio asistido”. A diferencia de la Corte de Apelación, creemos que la distinción entre el suicidio asistido y el retiro de tratamiento de soporte vital, una distinción ampliamente reconocida y aceptada en la profesión médica y en nuestras tradiciones jurídicas, es importante y lógica; es ciertamente racional”.⁹ Para fundar esta posición, la Corte apela a precedentes jurídicos, de acuerdo con los cuales la ley distingue entre acciones tomadas “en virtud de” un determinado fin, de acciones tomadas “a pesar de” sus consecuencias no buscadas pero previsibles. Tal distinción “racional” recuerda obviamente al principio del doble efecto y no se encuentra en la Constitución. La conclusión que deberíamos sacar de este ejemplo de conexión interpretativa es clara: la Constitución, y las normas jurídicas en general, no se interpretan a sí mismas. La interpretación del derecho debe recurrir, y de hecho recurre muchas veces, a fuentes extra-jurídicas. Algunos de estos argumentos extra-jurídicos pertenecen a la bioética (o, más generalmente, a la ética) en un sentido claro y directo. La recomendación fue producida por un comité de médicos; sin embargo, era fundamentalmente bioética.

V. BIOÉTICA, MEDICINA Y DERECHO

Los ejemplos que he dado para ilustrar las tres conexiones entre bioética y derecho muestran de qué modo la bioética funciona como una herramienta argumentativa explícita para aplicar, crear o interpretar el derecho. Sin embargo, vale la pena enfatizar que, en ocasiones, el impacto de la bioética en el derecho es menos abierto y explícito. Ocurre muchas veces que los argumentos bioéticos son enmascarados como argumentos basados exclusivamente en la medicina o la biología. Quisiera dar dos ejemplos que muestran esta tendencia.

El primer ejemplo se refiere a la definición hoy ampliamente aceptada de la muerte como muerte cerebral o muerte encefálica. Esta definición fue propuesta por primera vez por el famoso Comité Ad Hoc de la Escuela de Medicina de Harvard en 1968, y ha sido aceptada por casi la totalidad de los países del mundo. Aun cuando el Comité acepta las repercusiones éticas y jurídicas

⁹ *Vacco vs. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

que su decisión puede acarrear, propone la modificación en el criterio de muerte, pasando de la muerte cardíaca a la muerte encefálica, como si se tratara de un tema estrictamente médico cuando, de hecho, el tema es enteramente bioético. Si bien conocer el proceso biológico que determina la muerte de las personas es fundamental, la cuestión de cuándo deja de existir una persona es una cuestión normativa. Depende de cuáles sean los rasgos que un individuo deba poseer para decir que existe como persona y que, por lo tanto, posee un derecho moral a la vida.

El segundo ejemplo nos muestra un problema similar pero en relación con el comienzo de la vida humana y del derecho a la vida. Una de las discusiones que se han planteado en conexión con la permisibilidad jurídica del aborto es la de las llamadas “pastillas del día después”, es decir, pastillas anticonceptivas de emergencia. En un fallo de 2002, la Corte Suprema de la República Argentina sostuvo por mayoría que dicha pastilla es “abortiva” y, por lo tanto, atenta contra el derecho a la vida. El fallo cita abundante literatura científica intentando mostrar, en primer lugar, que la pastilla puede actuar luego de la fecundación; en segundo lugar, que “El embarazo humano comienza con la fusión de un huevo y un espermatozoide” (es decir, con la fertilización); y, en tercer lugar, que en ese momento comienza la vida y el desarrollo de la persona.¹⁰ Ahora bien, es fundamental distinguir claramente los tres aspectos. En primer lugar, la cuestión de si dicho medicamento actúa sólo antes de la fertilización o puede actuar aun después en algunos casos, impidiendo la implantación del óvulo ya fecundado, es efectivamente una cuestión científica que debe determinar la biología. En segundo lugar, suponiendo que se comprobara que el medicamento actúa o puede actuar luego de la fertilización, la cuestión de si esto constituye un aborto es algo que, en el sentido jurídicamente relevante, no puede determinarse empíricamente a través de la ciencia. La ciencia puede informar cuáles son las características biológicas del embrión en sus diferentes etapas y explicar por qué ocurren, pero determinar si la destrucción de un embrión pre-implantado es un aborto o no depende de cuál sea nuestra definición de “aborto”. Dicha definición *podría* ser provista, estipulativa o convencionalmente, por la ciencia. Por ejemplo, podríamos establecer que es aborto la destrucción de cualquier embrión humano desde la fertilización. O podríamos establecer que es aborto la destrucción de cualquier embrión humano desde la implantación. Desde el punto de vista puramente médico o científico, no existe ninguna razón para preferir una u otra definición. Se trata simplemente de una convención. Por ello, debemos considerar una tercera cuestión fundamen-

¹⁰ República Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*, 325:292.

tal: la cuestión de cuándo comienza el individuo humano a tener un derecho a la vida. Esta cuestión es independiente de cuándo actúa la pastilla y de cuándo estipulamos que la destrucción de un embrión es un aborto (o la interrupción de un embarazo). Si consideramos que un embrión posee un derecho a la vida desde la concepción, llamaremos aborto a la destrucción de un embrión desde la concepción. Si consideramos que un embrión posee un derecho a la vida desde la implantación, llamaremos aborto a la destrucción del embrión desde la implantación. Y si pensamos que el derecho a la vida aparece en algún estadio posterior, diremos que el aborto no es inmoral hasta alcanzar ese estadio posterior.

El punto fundamental que deseo remarcar es que la biología, la medicina o la ciencia en general no pueden ayudar en nada a resolver la cuestión fundamental de cuándo comienza un individuo a tener un derecho moral a la vida. Esta es una cuestión genuinamente bioética. Las ciencias médicas sólo pueden actuar, en este contexto, como auxiliares, informando acerca de los rasgos que los individuos humanos poseen en diferentes etapas de su vida, información que luego puede ser tomada en cuenta desde el punto de vista moral. Por ejemplo, las ciencias biológicas pueden informarnos (por ejemplo) que los individuos adquieren el genoma en el momento de la fertilización, o que desarrollan el sistema nervioso luego del tercer mes de embarazo. Ahora bien, si bien esta información es relevante, se requiere de un *argumento* ético para concluir que tal o cual característica es o no suficiente para afirmar que el individuo posee un derecho a la vida. No es posible inferir del hecho de que, por ejemplo, los embriones poseen el genoma completo desde la fertilización, que éstos poseen un derecho a la vida desde la fertilización.

VI. CONCLUSIÓN

He recorrido tres posibles conexiones entre la bioética y el derecho. También he enfatizado la importancia de que los argumentos o compromisos genuinamente (bio)éticos no sean confundidos con afirmaciones o hallazgos científicos (o, más concretamente, médicos o biológicos). Quisiera ahora concluir con una advertencia. Mi defensa de la importancia de la bioética para el derecho puede hacer pensar en la bioética como una disciplina altamente estructurada y desarrollada. Es verdad que esta disciplina se ha transformado en una suerte de “profesión” y ha adquirido cierto grado de autoridad social tanto en lo relativo a la toma de decisiones dentro del derecho, como en la creación de nuevas

leyes y en su interpretación. Esta profesionalización sin embargo ha sido criticada y, hasta cierto punto, los críticos tienen razón. Hay incluso quienes afirman que la bioética está ocupando, cada vez más, el mismo papel que la religión ocupó alguna vez.¹¹ Sea como fuere, nada podría estar más lejos de mis propósitos que describir a la bioética como un conjunto de verdades monolíticas. La bioética es una disciplina incipiente y comparte muchas de las debilidades epistémicas y la errática metodología que posee la ética y la filosofía en general. La relevancia de la bioética para el derecho consiste simplemente en su capacidad de resaltar el hecho de que no podemos tomar decisiones sociales centrales relacionadas con las ciencias biomédicas recurriendo exclusivamente al derecho o a la medicina. Se trata, por el contrario, de cuestiones de genuino interés para la ética.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANNAS, George; GLANTZ, Leonard; y MARINER, Wendy, “Alegato de los profesores de bioética”, *Perspectivas bioéticas en las américas*, año 1997, núm. 4.
- BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F, *Principles of Biomedical Ethics*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1998,
- ENGELHARDT, H. Tristram, “The Ordination of Bioethicists as Secular Moral Experts”, *Social Philosophy & Policy*, año 2002, vol. 19, núm. 2.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida*, trad. de Caracciolo, R. y Ferreres, V., Barcelona, Ariel, 1994.
- DWORKIN, Ronald; NAGEL, Thomas; NOZICK, Robert; RAWLS, John; SCANLON, Thomas; THOMSON, Judith Jarvis; “El alegato de los *amici curiae*”, *Perspectivas bioéticas en las américas*, año 1997, núm. 4.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1980.
- VAN DER BURG, Wibren, “Law and Bioethics”, en Kuhse, Helga y Singer, Peter (eds.), *A Companion to Bioethics*, Oxford, Blackwell, 1998.

¹¹ Engelhardt, H. Tristram, “The Ordination of Bioethicists as Secular Moral Experts”, *Social Philosophy & Policy*, año 2002, volume 19, núm. 2, pp. 59-82.

CONTRIBUYENTES

Amalia AMAYA es investigadora en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Sus principales áreas de interés son la filosofía del derecho, en particular, la epistemología de la prueba jurídica y la teoría de la argumentación jurídica, aunque tiene intereses también en el ámbito de la filosofía moral y política, y del razonamiento práctico general. Entre sus publicaciones más recientes se destacan los artículos “Legal Justification by Optimal Coherence” (*Ratio Juris*, 2011), “Virtue and Reason in Law” (en *New Waves in the Philosophy of Law*, editado por Maksymillian del Mar, 2011) y “Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho” (*Discusiones*, 2011), así como dos libros, *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*; y *Virtue, Law, and Justice* (co-editado con Ho Hock Lai), ambos publicados en 2012.
[amaya@filosoficas.unam.mx]

Gabriel Ignacio ANITUA es Profesor Adjunto Regular de derecho penal y criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, y Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación. Se especializa en derecho penal, derecho procesal penal y criminología. Autor de varios artículos y libros, entre los que se destacan *Justicia Penal Pública* (2003), *Historias de los pensamientos criminológicos* (2009[2005]), *Derechos, Seguridad y Policía*” (2009) y *Castigos, cárceles y controles* (2011).
[ganitua@derecho.uba.ar].

Enrique CÁCERES NIETO es Investigador Titular "B" de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Se especializa en epistemología jurídica, filosofía del derecho y razonamiento jurídico. Es autor de *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho* (2007), *Justiniano. Un prototipo de sistema experto en materia de derecho humanos, elaborado con base en una concepción constructivista del derecho* (2007), y “Steps toward a Constructivist and Coherentist Theory of Judicial Reasoning in Civil Law Tradition”, en *Law and Neuroscience*, editado por Freeman, Michael (2010).
[encacer@hotmail.com]

Alejandro CHEHTMAN es Profesor Asociado de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina, e Investigador del CONICET. Sus intereses de investigación son en derecho penal y derecho internacional, con énfasis en derecho penal internacional, derecho internacional humanitario y teoría jurídica. Es autor de *A Theory of Asymmetric Warfare: Normative, Legal and Conceptual Issues* (a publicar próximamente); *Lecturas en Derecho Penal Internacional Contemporáneo* (2013) y *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment* (2010); en castellano, *Fundamentos Filosóficos de la Jurisdicción Penal Extraterritorial* (2013).
[achehtman@utdt.edu]

Flora DI DONATTO es Profesora del Center for Migration Studies de University of Neuchâtel, Suiza. Se especializa en estudios de narrativas del derecho procesal y la evidencia, sociología jurídica, y estudios migratorios y derechos humanos. Es autora de *La realtà delle storie. Tracce di una cultura* (2012) y *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo* (2008), además de diversos artículos especializados. [flora.didonato@unine.ch]

Xavier Díez DE URDANIVIA FERNÁNDEZ es Profesor Investigador de tiempo completo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila y de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma del Noreste, México. Es Presidente en Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Coahuila de Zaragoza. Se especializa en derecho constitucional, teoría política, argumentación jurídica y derechos humanos. Es autor de *El Estado en el Contexto Global* (2008), *El Sistema Federal Mexicano. Orígenes, evolución y perspectivas* (2003) y *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en México* (1998). [xdufster@gmail.com]

Jorge Luis FABRA ZAMORA es Doctorando en Filosofía, McMaster University, Canadá e Investigador Externo de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena. Se especializa en filosofía del derecho, filosofía de la responsabilidad civil y filosofía del derecho constitucional. Ha editado *Filosofía de la Responsabilidad Civil* (con Carlos Bernal, 2013) y “50th Anniversary Hart's Concept of Law” (con Imer Flores, Revista *Problema*, vol. 5, 2013). [jorgefabraz@gmail.com, fabrajl@mcmaster.ca]

Martín FARRELL es Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Se especializa en filosofía moral, política y del derecho. Sus publicaciones incluyen *Una sociedad (relativamente) justa* (2008); *Filosofía del Derecho y Economía* (2006) y *Ética en la relaciones internas e internacionales* (2003). [mdfarrell@fibertel.com.ar]

Marcelo FERRANTE es Profesor Investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina. Sus áreas principales de investigación y docencia son el derecho penal y la filosofía del derecho, especialmente responsabilidad penal y filosofía del derecho penal. Es autor de *Filosofía y Derecho Penal. Ensayos* (2013), *El Derecho Penal en la Protección de los Derechos Humanos* (con Marcelo Sancinetti, 1999) y *Estudios sobre la Imputación Objetiva* (con Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, 1998). [mferrant@utdt.edu]

Roberto GARGARELLA es Profesor Ordinario de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, y Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran

The Legal Foundations of Inequality (2009), y *The Accountability and Democratic Judiciaries in Latin America, Africa, and East Europe* (2009).

[robert@utdt.edu]

Riccardo GUASTINI es Catedrático de Filosofía del Derecho y Director del Departamento di Cultura Giuridica “Giovanni Tarello” de la Universidad de Génova, Italia. Entre sus obras más importantes se destacan *Dalle fonti alle norme* (1991), *Distinguiendo* (1999), *Estudios de teoría constitucional* (2001) y *Estudios sobre la interpretación jurídica* (2004).

[guastini@unige.it]

MARTÍN HEVIA es Profesor Asistente de la Universidad Torcuato di Tella, Argentina, y Decano de la Escuela de Derecho en dicha universidad. Sus áreas de investigación y docencia son la filosofía del derecho privado, la teoría jurídica y la filosofía política, el derecho privado y constitucional comparado, el derecho contractual, y la regulación jurídica de la medicina y los derechos reproductivos. Es autor de *Derecho Privado y Filosofía Política: Fundamentos de la Responsabilidad Civil* (2011) y *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law* (2012).

[mhevia@utdt.edu]

Ken HIMMA es Part Time Lecturer en University of Washington, Estados Unidos. Ha publicado extensamente sobre filosofía del derecho, ética de la información y propiedad intelectual. También ha publicado en filosofía de la religión, ética y filosofía de la guerra. Entre sus obras se destacan *The Conceptual Foundations of Law: Morality and the Grounds of Law* (2014), *Jurisprudence: Legal Philosophy in a Nutshell* (con Richard Delgado, 2014).

[himma@uw.edu]

Isabel JARAMILLO SIERRA es Profesora de la Universidad de los Andes, Colombia. Se especializa en teoría de los efectos de la reforma legal, derecho de familia en acción, derechos sexuales y reproductivos en el derecho comparado y formación de agendas en las cortes constitucionales. Es autora de *Mujeres, Cortes y Medios. La Reforma judicial del Aborto en Colombia* (con Tatiana Alfonso Sierra, 2008), “The Social Approach to Family Law: Conclusions from the Canonical Family Law Treatises of Latin America” (*American Journal of Comparative Law*, 2010), “Dalla tradizione della famiglia alla famiglia come tradizione: la riforma del diritto di famiglia del XIX secolo in America Latina” (*Rivista critica del diritto privato*, 2011) y *Derecho y Familia. Historias de Raza, Sexo y Clase en Colombia 1540-1940* (2013).

[ijaramil@uniandes.edu.co]

Sebastián LINARES es Profesor Ayudante Doctor en el Área de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad de Salamanca, España. Se especializa en derecho constitucional, filosofía política y teoría jurídica. Es autor de *La*

(i) *legitimidad democrática del control judicial de las leyes* (2008), y diversos artículos en revistas especializadas.

[slinares@usal.es]

Sergio MURO es Profesor Investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina. Sus áreas principales de investigación y docencia son el derecho de sociedades y de insolvencia, áreas éstas en las que ha publicado varios artículos en Latinoamérica y Europa.

[smuro@utdt.edu]

Guido PINCIONE es Profesor de Filosofía en la University of Arizona, Estados Unidos. Trabaja en la intersección de la filosofía jurídica, moral y política, y en la teoría de la elección racional. Es autor de *Rational Choice and Democratic Deliberation: A Theory of Discourse Failure* (con Fernando R. Tesón, 2006), además de diversos artículos en revistas especializadas.

[pincioneguido@hotmail.com]

Arthur RIPSTEIN es Profesor de Derecho y Filosofía en la Universidad de Toronto, Canadá y director del Departamento de Filosofía. Se especializa en responsabilidad civil, derecho penal, teoría jurídica y filosofía política. Es autor de *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy* (2009) y *Equality, Responsibility and the Law* (1999). Es además editor de *Ronald Dworkin* (2007) y coeditor de *Law and Morality* (con David Dyzenhaus, 2007 [1996]).

[arthur.ripstein@utoronto.ca]

Eduardo RIVERA LÓPEZ es actualmente Profesor Investigador de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina, e Investigador independiente del CONICET. Su campo de investigación es la ética teórica, la bioética y la filosofía política. Ha publicado libros en editoriales de Alemania, España, México y Argentina: *Los presupuestos morales del liberalismo* (en versión alemana, 1995; en versión castellana, 1997), *Ensayos sobre liberalismo y comunitarismo*, 1999), y *Ética y trasplantes de órganos* (2001). Es autor de numerosos artículos en revistas internacionales de filosofía; entre ellas, *Philosophy & Phenomenological Research*, *Utilitas*, *Bioethics*, *Journal of Applied Philosophy* y *Pacific Philosophical Quarterly*.

[erivera@utdt.edu]

Facundo ROJO es Profesor Ayudante de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina. Se especializa en derecho privado y filosofía moral. Entre sus publicaciones se incluye “Un mundo sin marcas registradas” (*Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, 2011).

[Facundomrojo@gmail.com]

Pedro SALAZAR UGARTE es Investigador Titular B de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de

México y cuenta con el Nivel II en el Sistema Nacional de Investigadores. Se especializa en cuestiones constitucionales y teoría democrática. Entre algunos de los libros de su autoría se encuentran *La Democracia Constitucional. Una radiografía teórica* (2006; 3a. reimpresión 2011) y el *Legalidad, Estado de Derecho y Democracia* (2008).
[pedsalug@yahoo.com]

Alfonso SANTIAGO es Vicerrector de Asuntos Académicos de la Universidad Austral, Argentina. Se especializa en derecho constitucional, teoría del derecho y derechos humanos. Entre sus obras de destacan *Tratado de la delegación legislativa* (2008), *Religión y Política* (2010) y *Entre las fronteras del derecho constitucional y la filosofía del derecho* (2010).
[ASantiago@austral.edu.ar]

Francesca SCAMARDELLA es investigadora en la Università degli Studi di Napoli Federico II, Italia. Se especializa en narraciones jurídicas, sociología jurídica, y derecho y literatura. Entre sus artículos recientes se destacan “La ricerca della verità tra diritto, realtà, cultura. Note a margine di un caso giudiziario” (con Flora di Donnato, *ISLL*, 2013); “Frammenti costituzionali: il nuovo costituzionalismo sociale del mondo globalizzato. Riflessioni a partire dall’ultimo contributo di Gunther Teubner” (*Sociologia del Diritto*, 2013) y “Il silenzio a più voci nelle narrazioni di clienti e avvocati” (con Francesca Scamardella, *Sociologia del Diritto*, 2012).
[francesca.scamardella@unina.it]

Ezequiel SPECTOR es Doctorando en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina, becario del CONICET y Profesor Invitado en la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina. Sus áreas de investigación y docencia son la filosofía política, la filosofía moral, la filosofía del derecho y, especialmente, la filosofía del derecho de familia. Ha publicado diversos capítulos de libro y artículos en prestigiosas revistas internacionales, entre los cuales se destacan “Do You Deserve To Be Talented?” (*Utilitas*, 2011) y “The Bizarre World of Historical Theories of Justice: Revisiting Nozick’s Argument”, (con Martín Hevia, *Social Theory and Practice*, 2008).
[espector@utdt.edu]

Horacio SPECTOR es Profesor Investigador en la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina, y en la Universidad de San Diego, Estados Unidos. Se especializa en teoría del derecho, filosofía moral y política, y análisis económico del derecho. Sus publicaciones incluyen *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism* (1992) y *Analytische und Postanalytische Ethik* (1993), además de numerosos artículos en revistas especializadas.
[hspector@utdt.edu]

Fernando TESÓN es *Tobias Simon Eminent Scholar* en Florida State University College of Law, Estados Unidos. Se especializa en derecho internacional, filosofía del derecho y relaciones internacionales. Sus publicaciones incluyen *Humanitarian Interven-*

tion: An Inquiry into Law and Morality (2005), *Rational Choice and Democratic Deliberation* (con Guido Pincione, 2006) y *A Philosophy of International Law* (1998).
[fteson@law.fsu.edu]

Wilfrid WALUCHOW es Profesor *Senator William McMaster* en la McMaster University, Canadá. Investigador en filosofía del derecho, derecho constitucional, filosofía social y política, y ética aplicada. Es autor de, entre otras, *Positivism Jurídico Inuyente* (2007[1994]), *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law: Un árbol vivo* (2007[2006]) y editor de *Philosophical Foundations of the Nature of Law* (editado con Steffan Sciaraffa, 2013).
[walucho@mcmaster.ca]

RECONOCIMIENTOS

El capítulo 6 fue traducido por Álvaro Núñez Vaquero.

El capítulo 7 fue publicado originalmente en *The BlackWell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, editado por Martin P. Golding y William A. Edmundson. Traducido por Jorge Luis Fabra Zamora, con la autorización de Brian Leiter y Blackwell Publishing.

El capítulo 12 fue traducido por Piero Mattei Gentilli y revisado por Jorge Luis Fabra Zamora.

El capítulo 13 fue traducido por Jorge Luis Fabra Zamora.

El capítulo 28 fue publicado originalmente en *The Routledge Companion to Ethics* editado por John Skorupski. Traducido por Francisco Martínez y revisado por Jorge Luis Fabra Zamora, con autorización de John Gardner y Routledge.

El capítulo 38 fue publicado originalmente en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Fue traducido por Verónica Rodríguez Blanco, con la autorización de Tony Honoré.

El capítulo 49 fue publicado originalmente en el *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, editado por Dennis Patterson. Traducido por Jorge Luis Fabra Zamora, con la autorización de Arthur Ripstein y Blackwell Publishing.

El capítulo 52 fue publicado en el *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Fue traducido por Léider González y Jorge Luis Fabra Zamora, con la autorización de Wil Waluchow.

El capítulo 55 fue traducido por Piero Mattei Gentilli y revisado por Jorge Luis Fabra Zamora.

El capítulo 61 fue publicado originalmente en *Florida State University Law Review*, vol. 33, núm. 4, 2006, pp. 1119-1148. Traducido al español por Julieta Dapero.