



CAPÍTULO SEGUNDO

VERDAD Y DISCURSOS DE LA BIOÉTICA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Sobre las diferencias entre lo que pensamos, decimos y hacemos

I. ¿Qué relación existe entre bioética y derechos humanos?.	52
II. La noción histórico-descriptiva de los derechos humanos	59
1. Los derechos civiles y políticos	62
2. Los derechos y deberes económicos, sociales y culturales	62
III. Una noción histórico-explicativa y prescriptiva de los derechos humanos.	63
IV. Los derechos humanos en las concepciones dominantes de la bioética	78
V. ¿Es la salud un derecho humano básico para la bioética? .	83
VI. La justificación racional de la moral y la teoría ética basada en derechos	91
VII. El ethos angloamericano en la bioética	115
VIII. Las amenazas globales para América Latina	120
IX. Del fundamentalismo de los principios al imperialismo moral	124
X. Los derechos humanos en el consensualismo pragmatista	133
XI. La crítica del consenso pragmático desde el pluralismo racionalista	141
XII. Las formas de la falsa conciencia moral	148
XIII. La ética de la investigación internacional como forma ideológica.	151
XIV. De la crítica de la apariencia a la construcción moral . . .	158

CAPÍTULO SEGUNDO

VERDAD Y DISCURSOS DE LA BIOÉTICA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Sobre las diferencias entre lo que pensamos, decimos y hacemos

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta, su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres... La Asamblea general proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades...

Naciones Unidas, *Declaración
Universal de Derechos Humanos*

El hombre culto se las arregla para reducirlo todo al punto de vista del bien, para hacer valer en todo un punto de vista esencial. Cuando alguien no sabe encontrar buenas razones para las peores cosas, es que su cultura no es muy grande; desde Adán, todo lo que se ha hecho de malo en el mundo ha sido justificado con buenas razones.

Ahora bien, entre los sofistas se da, además, la circunstancia de que tienen *conciencia de esta manera de razonar* y saben, como personas cultas que son, que todo puede probarse.

G. W. F. Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*

I. ¿QUÉ RELACIÓN EXISTE ENTRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS?

Aunque el vocablo “bioética” se usó por primera vez en 1970 para designar un nuevo campo dedicado a la sobrevivencia humana y la mejora en la calidad de vida, y aunque el modelo central de la misma se configuró en Estados Unidos desde finales de los años sesenta, los historiadores de la bioética sitúan su punto de partida en el juicio por los experimentos médicos nazis que en su sentencia de 1947 condenó a la horca a siete de los inculpados y dio lugar al *Código de Nuremberg*.⁷⁵ Ese mismo año la Organización Mundial de la Salud definía a la salud como “el completo estado de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad” y al año siguiente la Asociación Médica Mundial aprobaba la *Declaración de Ginebra* en el intento históricamente más relevante de actualización del tradicional *Juramento Hipocrático*. De manera tal que incluyendo a esos antecedentes, hoy se acepta que la bioética emerge desde una triple raíz:

- 1) La defensa de los derechos humanos en la posguerra mundial y el movimiento de derechos civiles en Estados Unidos, ambos en su relación con la medicina y la salud.
- 2) El poderío y ambigüedad moral del desarrollo científico tecnológico para la supervivencia de la especie humana y el bienestar de las personas.
- 3) Los problemas de justicia en los sistemas de salud.

⁷⁵ Annas, George, Grodin, Michael (eds.), *The Nazi Doctors... cit.*, nota 1; Overy, Richard, *Interrogatorios: el Tercer Reich en el banquillo*, Barcelona, Tusquets, 2003; Goldensohn, León, *Las entrevistas de Nuremberg*, México, Aguilar, 2005.

En cuanto a los derechos humanos, si bien la expresión francesa *droits de l'homme* fue acuñada en las últimas décadas del siglo XVIII y se internacionalizó con la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* por la Asamblea Nacional Francesa en 1789, la referencia más próxima y específica de los mismos es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948. De esa forma, la bioética y los derechos humanos como movimientos internacionales quedaron asociados estrechamente entre 1947 y 1948 aunque el modo y evolución de esa asociación deba analizarse porque las relaciones conceptuales entre bioética y derechos humanos han sido entendidas de muy diversas maneras y han llevado tanto a groseras maniobras de disociación como a sutiles y sofisticados argumentos de ruptura de esas relaciones.

Es así que la bioética y los derechos humanos son vistos, por un lado, como campos tan cercanos que parecieran confundirse tal como señalaría el caso de los experimentos nazis donde el *Código de Nuremberg* es un claro reconocimiento de los derechos humanos que habían sido violados y a la vez el punto de partida histórico de la bioética. Así, el consentimiento informado enunciado en el primer párrafo pasa a ser una regla bioética cuya violación implicará en uno u otro grado la violación de un derecho humano básico. Debe observarse, sin embargo, el papel que aquí juega el contexto de emergencia de la regla del consentimiento informado en la investigación biomédica para poder comprender su significado normativo. Muchos años después, como veremos, se abrirá una fuerte discusión sobre el alcance del consentimiento informado en la legitimación moral de los proyectos de investigación biomédica. Y es que del mismo modo que nadie podría interpretar que un supuesto consentimiento de los prisioneros judíos a los proyectos de investigación de los médicos nazis le daría a éstos ningún grado de legitimación moral, tampoco se encontraría legitimación alguna para las investigaciones propuestas cincuenta años más tarde sobre poblaciones vulnerables, pobres y desposeídas; bajo el enmascaramiento ideológico del doble estándar. Los médicos nazis no fueron condenados a la horca simplemente por no haber respetado la regla del consentimiento informado o por haber invadido la privacidad o inhibido la libertad de sus prisioneros judíos; sino por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad que mostraban un total y simultáneo desprecio a los valores y necesidades humanas fundamentales a la vida, la identidad, la integridad, la salud y el bienestar de los sujetos con los que investigaban. En palabras

del Tribunal, los experimentos llevados a cabo habían sido contrarios a “los principios del derecho de las naciones tal como resulta de los usos establecidos entre pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad, y de los dictados de la conciencia pública”.⁷⁶ Y esa vinculación entre derechos humanos y bioética en el campo de la investigación biomédica se observa asimismo como continuidad de lo afirmado en Nuremberg cuando en el artículo 7o. de la *Convención de Derechos Civiles y Políticos* adoptada por las Naciones Unidas en 1966 y hecha efectiva en 1976, se dice: “Nadie será sometido a tortura u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentación médica o científica sin su libre consentimiento”.

En un sentido contrario al anterior, la bioética y los derechos humanos han sido presentados muy frecuentemente como conceptos desvinculados tal como puede observarse en la distinción entre derecho moral y derecho legal a la atención de la salud que se realiza en el ámbito de la bioética de los Estados Unidos⁷⁷ y que guarda relación con la diferencia en el grado de reconocimiento de los derechos humanos de las llamadas primera, segunda y tercera generación. Los derechos civiles o libertades individuales entendidos como derechos “negativos” de protección y fundamentalmente como derechos contra las interferencias del Estado tendrán un rango diferente al de las obligaciones “positivas” con respecto a la salud o al medio ambiente. En ese sentido la *Declaración de Alma-Ata* (1974) de la Organización Mundial de la Salud y su estrategia de atención primaria fueron consideradas aspiraciones moralmente reconocidas que no generaban obligaciones como derecho legal.

Frente a esas dos posiciones divergentes en la consideración de las relaciones conceptuales entre bioética y derechos humanos, hasta ahora han sido aislados los intentos de justificación dialéctica de las mismas.⁷⁸

⁷⁶ Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg anexada a los acuerdos de Londres del 8 de agosto de 1945.

⁷⁷ Milmo McCarrick, Pat, “A Right to Health Care” (una reseña bibliográfica), National Reference Center for Bioethics Literature, Washington, Kennedy Institute of Ethics, scope note number 20, 1992, p. 12.

⁷⁸ Después de un texto de referencia como Mann, Jonathan *et al.*, *Health and human rights*, Nueva York, Routledge, 1999; los trabajos sobre la ética de la globalización son los mejores para considerar respecto a las relaciones entre bioética y derechos humanos, en especial Pogge, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 2005; y Singer, Peter, *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Barcelona, Paidós, 2003. También es útil Baker, Robert, “A Theory of International Bioethics: Multicultura-

De ese modo, la bioética pasó a ser o tan distinta de los derechos humanos como para dejar a éstos el rango estricto de normas jurídicas o el alcance común de las normas sociales;⁷⁹ o tan parecida a ellos como para considerarlos sinónimos: al mismo nivel que los principios éticos o como aplicaciones derivadas de los mismos.⁸⁰ En esos dos caminos predominantes para el entendimiento de las relaciones entre bioética y derechos humanos operaron durante cinco décadas un conjunto de elementos de las tradiciones jurídica y política, filosófica y cultural de sociedades tan distintas como la de los Estados Unidos y las de la Europa continental, que dominaron con sus concepciones de la bioética la proyección internacional de la misma. Es necesario preguntarse cómo entender esa relación en general y en América Latina en particular⁸¹ porque no hay neu-

lism, Postmodernism, and the Bankruptcy of Fundamentalism” y “A Theory of International Bioethics: the Negotiable and the Non-Negotiable”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 1998, vol. 8, num. 3, pp. 201-231 y 233-254. Entre los que merecen más crítica puede verse Wikler, Daniel, “Bioethics, Human Rights, and the Renewal of Health for All: An Overview”, en Bankowski, Z. *et al.*, *Ethics, Equity and the Renewal of who’s Health for All Strategy*, Geneva, Council for International Organizations of Medical Sciences, 1997, pp. 21-30; y Benatar, D., “Bioethics and health and human rights: a critical view”, *Journal of Medical Ethics*, 2006, núm. 32, pp. 17-20.

⁷⁹ Beauchamp, Tom L., Childress, James F., *Principios de ética biomédica*, Barcelona, Masson, 1994, p. 94 (traducción española de la 4a. ed., 1994 de *Principles of Biomedical Ethics*, Nueva York, Oxford University Press, 1979) “Moral habitual no es, por tanto, sinónimo de moral común. Esta última constituye una perspectiva preteórica que trasciende las simples actitudes y costumbres locales. *Los principios de la moral común, al igual que los derechos humanos básicos*, son criterios universales. Nuestro método en este libro consiste en unir la ética de la moral común basada en principios con el modelo de justificación de la coherencia...” (el énfasis es nuestro).

⁸⁰ Dice Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 19, “Creo que con esta aclaración fundamental los escépticos en materia ética podrán aceptar la tesis de que los derechos humanos *son derechos establecidos por principios morales* (énfasis del autor)”.

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Albán Cornejo y otros vs Ecuador. Fondo, reparaciones y costas*, Sentencia del 22 de noviembre de 2007, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez: “Apartado F) Derechos humanos y bioética. 23. Diré, a propósito de las cuestiones que estoy mencionando en este *Voto*, que en el desarrollo del *corpus juris* interamericano sobre derechos humanos —pendiente de que se resuelva el amplio déficit que aún existe en lo que respecta a suscriptores y ratificadores de la Convención Americana, sus protocolos y los convenios específicos relacionados con derechos humanos— deben contemplarse ciertos temas de suma trascendencia y actualidad (o de antigua vigencia) sobre los que aún no existen declaraciones regionales y mucho menos tratados vinculantes. Entre ellos figuran las conexiones entre la bioética y los de-

tralidad última ni de nuestras propias ideas ni de las de otros, y ello se refleja en las prácticas educativas, las publicaciones, el asesoramiento o el desarrollo institucional de la bioética. Esto muestra que las concepciones teóricas alcanzan una enorme importancia para la práctica aunque también las prácticas sociales concretas den lugar a importantes contenidos de esas concepciones teóricas.

Pese a esas posiciones extremas conducentes al reduccionismo o a la desvinculación entre bioética y derechos humanos, la asociación explícita entre ambos términos en los documentos internacionales puede observarse sin embargo en las Resoluciones sobre *Derechos Humanos y Bioética* de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1993, 1997 y 1999; y muy explícitamente en la Resolución de 1995 sobre *Bioética y sus implicancias mundiales para la Protección de los Derechos Humanos* hecha por la Unión Interparlamentaria al recordar que la bioética deriva de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los acuerdos y convenciones internacionales sobre protección de los derechos humanos, así como del Código de Nuremberg y la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial.⁸² Del mismo modo han de ser consideradas la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos* (1997) y las *Orientaciones para su Aplicación* (1999); la *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos* (2003) y, ya definitivamente, la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* (2005), los tres instrumentos de la UNESCO. Y si bien el número de estos documentos pudiera resultar escaso para algunos, la asociación entre los campos temáticos de los derechos humanos y la bioética ha tenido en la última década del siglo XX una enorme explosión en cuestiones de geno-

rechos humanos, que han sido materia de abundante trabajo a escala mundial, sobre todo en el marco de la UNESCO y de la profesión médica. Considérese también, en el plano regional europeo, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, de Oviedo (4 de abril de 1997). En éste se prevé, por cierto, una ampliada legitimación para requerir dictámenes consultivos de la Corte Europea de Derechos Humanos. 24. Son plausibles, en mi concepto, las iniciativas de avanzar en el examen y la emisión de una declaración y, en su hora, de un tratado que examine y oriente en América —o por lo menos en Latinoamérica— la atención de esta materia, sembrada de interrogantes y claroscuros. La presencia de un instrumento regional, asociado a los internacionales generales y especiales, tiene sentido en la medida en que puede cargar el acento sobre problemas que revisten particularidades en los países del área, habida cuenta de condiciones de pobreza, falta de información, insuficiencia tecnológica, existencia de grupos vulnerables, cobertura de los servicios de salud, etcétera.”

⁸² 93rd Inter-Parliamentary Conference, Madrid, 27 de marzo a 1o. de abril de 1995.

ma humano y clonación, salud reproductiva, salud de la mujer y del niño, salud del adulto y los ancianos, trasplantes de órganos, cuidados del paciente terminal y del moribundo, investigación en salud, y en los tradicionales apartados de los derechos civiles y políticos.

La *Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina* del Comité de Ministros del Consejo de Europa acordada en Oviedo en 1997 —también llamada Convención Europea de Bioética—, representa una afirmación del encuentro entre el movimiento de los derechos humanos y el de la bioética. La enumeración de derechos y deberes que establece la *Convención* dejando su interpretación a la Corte Europea de Derechos Humanos son: el respeto de la dignidad, la identidad y la integridad; la no discriminación; el deber de que el interés del ser humano prevalezca sobre el de la sociedad o el de la ciencia; el derecho a un acceso equitativo a la atención de la salud; el derecho a intervenciones en salud de acuerdo a estándares profesionales; el consentimiento informado y la protección de menores e incapaces; el derecho a la información y el respeto de la privacidad; el derecho a la no discriminación por causas genéticas; el derecho a que los tests genéticos predictivos sean de exclusivo uso en salud y asesoramiento genético; el deber de que las intervenciones sobre el genoma humano no afecten la descendencia; la prohibición de la selección de sexo; la protección de los sujetos humanos en la investigación científica; la protección de las personas sin capacidad de consentir en las investigaciones; la protección del embrión en las investigaciones; la protección de las personas en trasplantes de órganos; la prohibición de la comercialización de órganos; la compensación por daños indebidos; y la discusión pública de estas cuestiones. La *Convención Europea de Bioética* reformula así los derechos humanos tradicionales a la luz de los temas propios de la bioética en el origen, el curso y el final de la vida; bajo varios de sus supuestos ya formalizados desde la bioética angloamericana del respeto a los principios éticos de no maleficencia, beneficencia y autonomía, y a reglas como la del consentimiento informado. Pero cabe analizar el alcance que tiene una propuesta como la de la *Convención* viendo el lugar de los derechos en la bioética y la interpretación de ese lugar en distintos autores.⁸³

⁸³ Wellman, Carl, "Rights. Systematic Analysis", en Warren Reich (ed.), 2a. ed., *Encyclopaedia of Bioethics*, Nueva York, Simon&Shuster Macmillan, vol. 4, 1995, pp. 2305-2310.

En Estados Unidos, donde ha surgido la bioética y en donde mayor producción bibliográfica y casuística existe sobre sus temas, al hablar de derechos suele hacerse la distinción entre derecho legal y derecho moral.⁸⁴ Algunos derechos, se dice, son a la vez morales y legales, como el del consentimiento informado en las prácticas diagnósticas y terapéuticas en salud. Otros derechos son sólo morales, como el derecho a la atención de la salud, ya que la petición de un derecho moral a ser asistido por necesidades de salud no tiene respaldo legal. En otros sistemas jurídicos como los europeos y latinoamericanos esta situación en cambio es distinta y el derecho a la salud tiende a ser entendido como una conjunción entre derecho moral y derecho legal.⁸⁵ Los derechos enunciados en las Declaraciones que son instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, están a mitad de camino entre los extremos de los derechos moral y legal abriendo una tensión entre ellos, por diferencia con aquellos derechos enunciados en los Pactos y Convenciones cuyo carácter normativo para los Estados se entiende como obligación moral y legal. Pero si bien la respuesta legal en una determinada situación puede variar y esto no afecta en nada a los fundamentos del reclamo por un derecho moral en el caso en cuestión —como ha sido el ejemplo de las leyes de “obediencia debida y punto final” para la dictadura militar en la Argentina—,⁸⁶ queda todavía por ver en más detalle no ya el lugar de los derechos en general dentro de la bioética sino más específicamente el lugar de los derechos humanos en la misma y especialmente en las concepciones teóricas que han dominado buena parte de los ámbitos institucionales de la bioética. Sin embargo, antes es necesario precisar algo más los conceptos mismos de *bioética* y *derechos humanos* para establecer su relación con la ética, la moral y las diversas concepciones del derecho. Y

⁸⁴ Para atender a distintas posiciones sobre el significado de la relación entre derechos morales y derechos legales véase Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral*, Barcelona, Gedisa, 1998, en particular pp. 37-51.

⁸⁵ Véase Fuenzalida-Puelma, Hernán y Schölle Connor, Susan (eds), *El Derecho a la Salud en las Américas. Estudio constitucional comparado*, Washington, Organización Panamericana de la Salud, Publicación Científica, núm. 509, 1989.

⁸⁶ Argentina, Leyes Nacionales 23.492 (1986) y 23.521 (1987). Fueron discutidas desde su sanción por los organismos de derechos humanos y por las víctimas del terrorismo de Estado y declaradas anticonstitucionales en marzo de 2001 por el juez federal Gabriel Cavallo, por la Cámara Federal ese mismo año, y por la Corte Suprema de Justicia en 2005. Derogadas por el Congreso Argentino por Ley 24.952 (1998) y declaradas insanablemente nulas por Ley 25.799 (2003).

para ver el alcance de la disyunción, conjunción o interrelación entre ética y derechos humanos en América Latina.

II. LA NOCIÓN HISTÓRICO-DESCRIPTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El término *derechos humanos* si bien en un sentido genérico alude a cuestiones tan antiguas como el respeto de la condición humana en toda forma de organización política de cualquier comunidad o grupo humano, en modo específico es de origen reciente a partir de la mencionada expresión *droits de l'homme*.⁸⁷ La *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* —*Les Droits de L'Homme et du Citoyen*— decretada por la Asamblea Nacional Francesa en agosto de 1789 expuso en una declaración solemne los principios simples e indiscutibles, naturales, inalienables y sagrados del hombre que los ciudadanos podían reclamar como fines de toda institución política ante los actos de cualquiera de los Poderes del Estado. De este modo, los derechos del hombre allí señalados se convirtieron en principios constitutivos de todo ciudadano como miembro del cuerpo social por sus obligaciones y derechos. Por otro lado, en la *Declaración de Independencia* redactada por Thomas Jefferson y proclamada por los representantes de los Estados Unidos de América el 4 de julio de 1776,⁸⁸ se toman como verdades autoevidentes que todos los hombres son iguales y están dotados del derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad, y que para asegurar estos derechos se instituyen los gobiernos cuyos poderes son justos en tanto son consentidos por los gobernados. Pero allí se considera, además, que cada vez que una forma de gobierno se pone en contradicción con estos fines el pueblo tiene derecho a modificarla e incluso a abolirla para establecer un nuevo gobierno que respete aquellas verdades o principios fundamentales. La prudencia —se dice— lleva a los pueblos a sufrir males soportables antes que alterar el funcionamiento de los gobiernos pero cuando

⁸⁷ Schwelb, Egon, "Derechos humanos", *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, vol. III, Madrid, Aguilar, 1974, pp. 597-602 (edición original: *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Nueva York, Crowell Collier and Macmillan, 1968).

⁸⁸ United States of America, "The Declaration of Independence" (Thomas Jefferson), 1776, "Great Books of the Western World", *American State Papers*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1952, vol. 43, pp. 1-3.

los males marcan abusos reiterados que indican un despotismo absoluto es derecho y deber de la humanidad el rechazar tales gobiernos. Jefferson tomó el cuerpo central de sus ideas de Locke aunque convirtió los derechos a la salud y la propiedad de éste en derecho a la búsqueda de la felicidad. Documentos históricos anteriores tales como el *Bill of Rights* de 1689, que condenaba la conducta de Jacobo II en Inglaterra, no se proponían en sus fines el definir los derechos propios a toda la humanidad aunque tuvieron gran impacto en las declaraciones francesa y americana. Una pretensión mayor de universalidad y fundamento mismo de la discusión moderna sobre la condición humana se encuentra en cambio en las discusiones que teólogos y juristas como Francisco de Vitoria⁸⁹ y Bartolomé de las Casas⁹⁰ entablaron con respecto a los indígenas del Nuevo Mundo estableciendo el correlato entre derecho internacional y derechos humanos. La justificación política de la conquista de América fue así criticada porque los europeos no respetaban el deseo de los indígenas y porque el Papa, que había otorgado a España el derecho de conquista, no tenía ningún poder sobre cuestiones seculares de la gente pagana.

Es durante el siglo XX cuando los derechos humanos tomarían su significado actual, más específico en tanto cuerpo normativo, con la constitución de las Naciones Unidas que aunque en su Carta de San Francisco de 1945 afirma su fe en los “derechos humanos fundamentales” no llega entonces a definirlos. En 1948, sin embargo, la Asamblea General promulga la *Declaración Universal de Derechos Humanos* proclamando los derechos civiles y políticos junto a los derechos económicos, sociales y culturales. Complemento de la misma serían la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (1948); la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (1965), el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y el *Protocolo Facultativo* (1966); la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (1979); la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes* (1984); y la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989); todos adoptados con jerarquía constitucional por el artículo 75 inciso 22 de la Consti-

⁸⁹ De Vitoria, Francisco, *Relecciones de Indis* (1539), México, Porrúa, 1974.

⁹⁰ Fray Bartolomé de Las Casas, *Brevisima relación de la destrucción de las Indias* (1552), Madrid, Fundación Universitaria Española, 1977.

tución Argentina (1994) entendiéndolos como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Por otro lado, junto al desarrollo llevado a cabo por las Naciones Unidas en el ámbito mundial, se fueron proclamando sucesivamente diversos acuerdos de tipo regional. El Consejo de Europa elaboró la *Convención Europea de los Derechos del Hombre* en 1950 estableciendo la Comisión Europea de los Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos; en 1968 el Consejo de la Liga de Estados Arabes decidió establecer una *Comisión Árabe Permanente de Derechos Humanos*; y en 1981 la Organización de Unidad Africana adoptó la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* que en su artículo 31 estableció la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.⁹¹ La Organización de Estados Americanos adoptó a su vez en Bogotá en 1948 la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* y en 1969 se firmó la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o “Pacto de San José de Costa Rica” que estableció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos dos documentos últimos también fueron adoptados con jerarquía constitucional en Argentina. No obstante todo ello, el respeto de los derechos humanos en la práctica siguió presentándose como un permanente desafío.

La Declaración Universal de Derechos Humanos estableció en sus treinta artículos el marco básico de referencia para comprender en modo descriptivo la extensión específica del concepto actual de “derechos humanos”. El Preámbulo de la Declaración considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo se fundan en el reconocimiento de la dignidad y la igualdad humana que han de ser protegidas por un régimen de Derecho para evitar que el hombre haya de recurrir a la rebelión como ya se señalaba en la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Y este ideal de los derechos humanos que ha de ser promovido por la educación debe a la vez contar con medidas efectivas para su reconocimiento y aplicación. Los principios fundamentales pueden agruparse en dos grandes categorías pertenecientes a los derechos civiles y políticos por un lado, y a los derechos económicos, sociales y culturales por otro. Así se ha hablado también de derechos humanos de “primera” y

⁹¹ Véase una distinción entre derechos humanos y derechos de los pueblos en Bueno, Gustavo, “Los derechos humanos”, *El sentido de la Vida. Seis lecturas de filosofía moral*, Oviedo, Pentalfa, 1996, pp. 374 y 375.

“segunda” generación a los que cabría agregar hoy los derechos de “tercera” generación referidos al medio ambiente y la sustentabilidad global para el futuro de la especie. Aunque la terminología que refiere a “generaciones” de derechos humanos tiende a abandonarse, podemos considerar la siguiente agrupación de los derechos:

1. *Los derechos civiles y políticos*

A. Derechos a la libertad y a la igualdad

Libertad e igualdad sin distinciones de raza, sexo, idioma, religión, opinión política u otras condiciones; igualdad ante la ley y protección contra la discriminación; derechos a ser oído públicamente por la justicia y a la presunción de inocencia; a desplazarse libremente y elegir el sitio de residencia; al asilo en caso de persecución; al matrimonio; a la propiedad; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; a la libertad de opinión y de expresión; a la libertad de reunión y asociación pacíficas; a participar en el gobierno directamente o por medio de representantes; y a un orden social internacional donde se hagan efectivos estos derechos y libertades.

B. Derechos a la vida, la identidad y la integridad

Derecho a la vida, la libertad y la seguridad; rechazo de la esclavitud y la servidumbre; rechazo de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes; derechos a la personalidad jurídica, a la intimidad y a una nacionalidad.

2. *Los derechos y deberes económicos, sociales y culturales*

A. Derechos a la salud y el bienestar

derecho a la seguridad social y a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a la dignidad y al desarrollo de la personalidad; derecho al trabajo y a una remuneración equitativa sin discriminaciones, a la protección contra el desempleo, y a sindicarse,

derecho al descanso; derecho a un nivel de vida adecuado que asegure alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, y servicios sociales necesarios; derecho a participar en la vida cultural y a la protección de los intereses morales y materiales de autoría.

B. *El deber de respetar los derechos humanos*

Deber de respetar los derechos y libertades de los demás satisfaciendo las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática; deber de no emprender actos tendientes a suprimir los derechos humanos.

III. UNA NOCIÓN HISTÓRICO-EXPLICATIVA Y PRESCRIPTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si en el *hecho* del consenso de naciones y el fundamento *formal* alcanzado con la Declaración Universal se quiere dejar resuelta *en su totalidad* por vía histórico-descriptiva la cuestión del fundamento de los derechos humanos, como ha sostenido Rabossi,⁹² estaríamos para Gustavo Bueno⁹³ ante una seudofundamentación o fundamentación factualista toda vez que la teoría positivista del consenso podría ser compatible con aberraciones éticas del orden de las asambleas del parlamento nazi. El formalismo, en filosofía del derecho, se ha entendido tradicionalmente como aquella concepción que identifica a la norma jurídica con la voluntad del Estado y una expresión destacada del mismo ha sido el positivismo de autores como Kelsen y Hart.⁹⁴ La relevancia y características de esta problemática ha sido expuesta con claridad por Robert Alexy:

El problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. A pesar de una discusión de más de dos

⁹² Rabossi, Eduardo, *La fundamentación de los derechos humanos*, manuscrito (citado por Ernesto Garzón Valdés en Vázquez, Rodolfo, *Derecho y moral, cit.*, nota 84), México, 1987, pp. 39, 43 y 44.

⁹³ Véase Bueno, Gustavo, *Los derechos humanos, cit.*, nota 91, p. 357.

⁹⁴ Sobre la polémica de Ronald Dworkin con el positivismo de Hart acerca de sus distintas concepciones sobre la relación entre moral y derecho véase Salmerón, Fernando, "Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin", en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral, cit.*, nota 84, pp. 80-112.

mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista. Todas las teorías positivistas sostienen la tesis de la separación. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser. El gran iuspositivista Hans Kelsen resumió esta posición con la fórmula: ‘Por ello, cualquier contenido puede ser derecho’... En cambio, todas las teorías no positivistas sostienen la tesis de la vinculación. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales.⁹⁵

Lo formal, en sentido jurídico, es aquello del derecho que permanece constante más allá de las diversas materias a las que se pueda aplicar. Puede considerarse así que el fundamento formal de los derechos humanos emerge del *reconocimiento* jurídico dado en la realidad social y política en la cual se constituye a los individuos humanos como sujetos de derecho. Pero, así como para saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado —si el positivista o el no positivista— Alexy ha sostenido que tenemos que relacionar tres elementos: el de la *legalidad* conforme al ordenamiento y el de la *eficacia* social (que podemos llamar formales) y el de la *corrección material*,⁹⁶ cabe distinguir entre fundamentos formales y fundamentos *materiales* de los derechos humanos. Los fundamentos materiales de los derechos humanos no deben de ir a buscarse en aquel reconocimiento formal sino en las *exigencias de racionalidad moral* que unos individuos formulan ante otros con la pretensión de dar respuesta a sus *necesidades* materiales. Entendemos como necesidad a un malestar ante la realidad y como material a aquel malestar al que se pue-

⁹⁵ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 13 y 14.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 21: “La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la *legalidad* conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan sólo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias”.

de dar forma de satisfacción de un modo moralmente racional.⁹⁷ Esta distinción en los fundamentos explica las diferencias que veremos más adelante entre algunas posiciones a favor del consenso como la de Rorty y algunas de sus críticas como la de Rescher en defensa de un pluralismo racional. Estas controversias en la fundamentación remiten por otro lado a las clásicas objeciones al intento de explicar la moralidad a través de códigos de conducta. Son estas diferencias las que en modo análogo pueden observarse en teoría ética entre las concepciones principialistas (formalistas) y las concepciones casuísticas (materiales).

Es así que aún considerando las obvias diferencias que podrían establecerse entre la Asamblea de las Naciones Unidas y las asambleas nazis, esas diferencias no serían suficientes para sortear las objeciones últimas a la pretensión de fundamentación de los derechos humanos por vía de un consensualismo fáctico.⁹⁸ En primer término porque los países signata-

⁹⁷ Consideramos que la bioética es atención de demandas por necesidades o pedidos de satisfacción de todo aquello que forzosa e involuntariamente impide a alguien ser libre de juzgar preferencias, ejercer la voluntad y convertirse en sujeto con responsabilidad moral. La bioética se ocupa de responder a la necesidad en tanto malestar ante la realidad que encuentra límites de satisfacción en objetos reales pero la bioética no se ocupa del deseo en tanto búsqueda de bienestar absoluto generado en fantasías inconscientes que no tienen límite alguno de satisfacción a su demanda. Kant ha sido el mayor crítico de una ética de bienes y fines o ética material a la que correspondería el eudemonismo, ante la cual contraponen su ética formal que sostiene que el bien o la acción moral si bien pueden coincidir con la felicidad como proponen los eudemonistas, no *necesariamente* deba hacerlo. La acción moral o la virtud tienen para Kant un valor en sí mismas independientemente de la felicidad que procuren. Pero en la bioética de los derechos humanos queremos conjugar dialécticamente los postulados formales y materiales de Aristóteles y de Kant como los de Kant y la teoría material de los valores.

⁹⁸ Véase un enfoque del papel del consenso en la fundamentación de los derechos humanos desde la teoría del discurso en Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 98-100, “El problema se refiere a cómo pueden fundarse derechos humanos directamente sobre la base de la teoría del discurso. Muchos autores lo han intentado pero todos se han equivocado. Las reglas del discurso son meramente reglas de habla. Atenerse a ellas significa sólo que a los otros *en el discurso* se da el trato de interlocutores con los mismos derechos. De esto todavía no se desprende que al otro sin más, esto es, también en la esfera de la acción tenga que reconocérsele como persona. De un reconocimiento pragmático-lingüístico no se sigue aún ningún reconocimiento moral o jurídico... Se pueden, en cada caso conforme a las premisas adicionales que se escojan, diferenciar tres clases de fundamentaciones teórico-discursivas directas de los derechos humanos: el argumento de autonomía, el de consenso y el de democracia. Estas tres fundamentaciones no están entre sí en relación de concurrencia, sino de recíproca complementación y fortalecimiento”

rios de la Declaración Universal de Derechos Humanos podían volverse y de hecho se volvieron en repetidas ocasiones los mayores violadores de los derechos supuestamente reconocidos. Y además, porque lejos de poder hacer la comparación con un enunciado del tipo “el homicidio está prohibido legalmente pero ello no impide el hecho que haya asesinatos”, aquí la diferencia estriba en quién es el sujeto que padece, quién el que viola un derecho, y a quién se reclama por las consecuencias.

La violación de los derechos humanos tiene carácter institucional y por antonomasia de la institución mayor que es el Estado, y el reclamo y exigencia se realiza ante ese Estado que se supone garante de los derechos violados. En la enunciación de derechos por la Declaración se da la circunstancia de que la institución ante la cual se denuncia ese reclamo bajo la presunción de su incumplimiento por el Estado, debe ser ese supra-estado que son las Naciones Unidas o los distintos sistemas regionales. Pero sabemos que esto no es del todo fácticamente viable en la actualidad donde sigue predominando el carácter de la territorialidad en los juicios y condenas pese a los dificultosos avances en el derecho internacional de los derechos humanos ilustrados por los logros y desventuras de un Tribunal Penal Internacional.⁹⁹ Este concepto territorial del derecho de los Estados ha sido la objeción o restricción que en modo positivista del derecho ha hecho Kelsen de la Declaración al considerar que la misma no es un instrumento jurídico.¹⁰⁰ Pero existe todavía una objeción de mayor peso a la idea de fundamentar los derechos humanos exclusivamente en la cristalización de una entidad ubicada por encima de los estados nacionales como serían las Naciones Unidas si éstas estuvieran dotadas de un poder efectivo que hoy no tienen. Y esa objeción es considerar que una entidad supranacional no asegura en modo alguno que ella misma no se convierta en fuente de violación de aquello que consideramos como derechos humanos. Porque en ese caso ya no tendríamos la alternativa de recurrir por vía de regresión infinita a alguna entidad que estuviera por encima de las mismas Naciones Unidas. Y este supuesto no es en modo alguno absurdo. Dejando de lado los ejemplos más aberrantes de

⁹⁹ La apertura del Tribunal Penal Internacional en La Haya el 1o. de julio de 2002 se realizó cuando Estados Unidos no había firmado su reconocimiento.

¹⁰⁰ Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Nueva York, Praeger, 1951. Kelsen fue uno de los mayores precursores teóricos de las Naciones Unidas.

las violaciones llevadas a cabo por soldados de las Naciones Unidas en misiones humanitarias, de paz, y de protección de los derechos humanos, debemos analizar seriamente el papel que juegan los organismos internacionales en la protección de los derechos humanos. Debe recordarse, por ejemplo, los resultados de la invasión de Irak por los Estados Unidos en abril de 2003 y sus precedentes inmediatamente anteriores que avasallaron el rol de las Naciones Unidas en la paz mundial. De modo que si bien la noción de derechos humanos puede y debe rastrearse en sus aspectos *formales* en los hechos históricos, de los cuales la Declaración es sin duda alguna uno de los más significativos, es necesario además el buscar los fundamentos *materiales* de los mismos en otro lugar que el de los puros hechos normativos.¹⁰¹ Este otro lugar es el de la racionalidad presente en las exigencias nacidas no ya de un consenso universal sino de los *dissensos* particularmente expresados por los afectados como conflictividad moral ante toda práctica injusta. Esa racionalidad se entiende desde unas exigencias de coherencia universal que no pueden ser resueltas acudiendo simplemente a los hechos y sus resultados como quieren los pragmatistas. Porque dicho de otro modo, es necesario pasar de un enfoque no normativo (descriptivo) a un enfoque normativo (prescriptivo) de los derechos humanos, o del “es” de los hechos jurídicos al “debe” de los mismos.¹⁰² Un primer paso para ello es pasar de la noción histórico-descriptiva de los derechos humanos —propia del formalismo positivista—, a una noción histórico-explicativa de los mismos propia de un historicismo atento a sus fundamentos materiales. Según sea el carácter de las explicaciones de los juicios que hagamos, vamos a arribar sin duda a distintas

¹⁰¹ Véase Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., nota 98, pp. 93 y 94: “Los derechos humanos sólo pueden desenvolver su pleno vigor cuando se les garantiza a través de normas de derecho positivo, esto es, transformados en derecho positivo. Este es el caso, por ejemplo, de su incorporación como derecho obligatorio en el catálogo de derechos fundamentales de una constitución. Puede por ende distinguirse en la fundamentación de los derechos humanos, entre un problema de forma y uno de contenido. En el problema de contenido se aborda la cuestión de cuáles derechos humanos son necesarios. En el problema de forma se afronta la necesidad de transformación de este contenido en derecho positivo”.

¹⁰² Véase Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 107: “La *relación* entre los hechos jurídicos y las consecuencias jurídicas no es la misma que la relación (causal) en la naturaleza entre hechos y consecuencias. El factor conectante «debe» distingue a esta relación jurídica de la de causa y efecto. En este sentido, hay una clara línea de demarcación entre el «ser» y el «deber ser»”.

concepciones de esos fundamentos y por tanto a diferentes variantes prescriptivas para nuestras acciones. Y es porque aceptamos como un hecho la variedad posible de concepciones sobre los derechos humanos que precisamente por ello pretendemos esclarecer aquí nuestra propia concepción al considerar a los mismos en relación a la bioética.

El iusnaturalismo brinda una de esas concepciones con una noción histórico-explicativa de los derechos humanos, aunque su tesis metafísica —que es duramente atacada en modo reduccionista por la bioética sajona en un concepto como el de dignidad por ejemplo— debilita su enfoque. La idea de un sistema de normas acerca de lo justo y de lo injusto, dado por “naturaleza” y válido por tanto en todo tiempo y lugar, ha sido defendida por Platón y Aristóteles, por la doctrina cristiana del derecho natural, y posteriormente y en distintas versiones por Hobbes, Locke y Rousseau. La tradición de la doctrina cristiana del derecho natural ha tenido un gran alcance histórico. Para San Agustín *ley eterna (lex aeterna)* es la voluntad de Dios que manda conservar el orden de la naturaleza y prohíbe perturbarlo. La ley eterna comprende tanto al orden natural (*lex naturalis*), como al orden racional (*lex rationis*) y al orden moral (*lex voluntatis*). La participación del hombre en la razón divina y su ley eterna se alcanza en Santo Tomás por la *ley natural* que permite distinguir el bien del mal en la razón humana y establecer sus exigencias fundamentales a través del derecho natural. El orden fijo de éste en tanto reflejo de la ley eterna no excluye el ordenamiento jurídico temporal de los hombres que así lo desarrollan. En cualquier caso, el fin supremo del Estado es alcanzar el fin eterno o felicidad en Dios, de ahí que la Iglesia se encuentre por encima del Estado. Pero la crítica kantiana llevó la idea de un derecho y una ley “naturales” a la idea de un derecho y una ley “racionales”.¹⁰³ Por eso es que para ofrecer hoy una concepción histórico-explica-

¹⁰³ Véase Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos, cit.*, nota 98, “La idea básica de la Teoría del Discurso es la de poder discutir racionalmente sobre problemas prácticos, con una pretensión de rectitud. Bajo problemas prácticos entiendo problemas que conciernen a lo que es debido y prohibido, y lo que es permitido, bueno y malo... Un discurso práctico es racional cuando en él se llenan las condiciones de argumentación práctica racional. Al satisfacerse esas condiciones el resultado del discurso es correcto. La teoría del discurso es por eso una teoría procesal de corrección práctica. Las condiciones de la racionalidad del proceso discursivo se pueden reunir en un sistema de reglas del discurso. La razón práctica puede definirse como la capacidad de alcanzar juicios conforme a ese sistema de reglas.” pp. 47 y 48; “En las discusiones actuales, pasadas y probablemente también, en

tiva de los derechos humanos no hay que recurrir al iusnaturalismo si queremos evitar sus puntos débiles.

Podemos afirmar que los derechos humanos considerados en toda la generalidad de su naturaleza histórica han aparecido ligados desde siempre, como respuesta, a dos variantes del autoritarismo: las *dictaduras* y los *imperialismos*. Esto ha sido así ya se trate del reclamo de Antígona ante el tirano Creón en la versión original del drama de Sófocles,¹⁰⁴ de las sublevaciones de esclavos en la Roma Imperial, de las denuncias de Fray Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria por las vejaciones a los indígenas de América, de la Revolución Francesa, o de la condena de los crímenes del colonialismo y de las dictaduras en el siglo XX. Podría alegarse que esta extensión histórica es demasiado amplia y que debiéramos circunscribirnos al hablar de derechos humanos o bien al período posterior a la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) o bien al período siguiente a la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948). Egon Schwelb, por ejemplo, dice que “Sería quizá forzar un poco las cosas buscar el origen de la protección de los derechos humanos en el Código del rey Hammurabi de Babilonia (hacia 2130 a 2088 a.C.)”.¹⁰⁵ Y esto porque las sanciones que se imponen allí para buscar la protección de derechos humanos como el matrimonio, la familia y la administración de justicia son tan desproporcionadamente crueles que es mejor prescindir de ellos. Pero este argumento no es del todo convincente toda vez que la pena de muerte como sanción vigente en la actualidad en países desarrollados industrialmente y supuestamente civilizados, al buscar la protección del derecho humano a la vida merecería igual prescindencia de la legislación de esas naciones para encontrar en ellas el origen de los derechos humanos. Igualmente habría que considerar los supuestos del derecho de la guerra en tiempos en que se han usado artefactos nucleares para destruir poblaciones civiles enteras haciendo

las futuras sobre los derechos humanos es dable diferenciar —como muy en general en la filosofía política— cuatro posiciones básicas que pueden denominarse ‘aristotélica’, ‘hobbesiana’, ‘kantiana’, y ‘nietzscheana’, refiriéndolas a arquetipos históricos. Intentaré defender una concepción kantiana.”, pp. 61-63.

¹⁰⁴ Las exigencias morales de Antígona reclaman por un derecho que está por encima del derecho de los hombres, pero si bien la idea de derecho natural supone un derecho “superior”, no todo derecho superior a las convenciones humanas ha de ser “natural”. En el caso de Antígona puede considerarse que se trata del reclamo por un derecho “divino”.

¹⁰⁵ Schwelb, Egon, “Derechos humanos”, *cit.*, nota 87, p. 597.

más espantosamente real que nunca a la denuncia de Alberdi sobre “el crimen de la guerra”.¹⁰⁶

Para no adscribir a las tesis positivistas como las de Kelsen¹⁰⁷ o Hart¹⁰⁸ ni a las del iusnaturalismo en su versión metafísica de un *personalismo* de corte teológico-religioso o espiritualista, se trata entonces de tener en cuenta cuáles son los *criterios* utilizados para la delimitación del concepto ‘derechos humanos’ porque es según ellos que el período histórico considerado será de mayor o menor extensión. Por eso es que proponemos utilizar los términos *dictaduras* e *imperialismos* como criterios básicos para observar en ese marco las exigencias de derechos realizadas en nombre de una condición o naturaleza humana que se pretende afirmar frente a su negación. En ese sentido, Alexy sostiene:

Puesto que los derechos humanos se refieren no sólo a la autonomía privada sino también a la pública encierra su fundamentación, necesariamente la fundamentación de la democracia. La fundamentación de los derechos humanos es con esto la fundamentación de la necesidad de un sistema de derecho con un determinado contenido y una determinada estructura.¹⁰⁹

La prueba más elemental de verdad de los derechos humanos, aunque no la única considerada en términos de exigencias ante lo injusto, descansará entonces en los reclamos históricamente dados frente a dictaduras e imperialismos. De ese modo veremos que en realidad esos reclamos aparecen como tales en un momento determinado de la evolución de las sociedades humanas. Y ese momento evolutivo supone haber alcanzado un estadio diferenciado en la concepción de la democracia como forma política opuesta a la dictadura y en la autodeterminación de las naciones como forma opuesta a la imposición normativa por otros pueblos. Si aceptamos estos supuestos podremos considerar que en nuestro ámbito cultural es a partir de la Grecia antigua con su idea de democracia y su oposición al dominio político por otros estados cuando comienza a darse el debate sobre los derechos humanos. En ese sentido y pasando por los

¹⁰⁶ Alberdi, Juan Bautista, *El crimen de la guerra*, Buenos Aires, 1895.

¹⁰⁷ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, México, UNAM, 1979.

¹⁰⁸ Hart, H. L. *El concepto del derecho*, trad. de G. Carrió, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

¹⁰⁹ Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, *cit.*, nota 98, p. 96.

debates de la modernidad podría hablarse del carácter “eurocéntrico” del discurso de los derechos humanos. Sin embargo, tomando toda rebeldía y oposición a dictaduras e imperialismos como prácticas constitutivas del significado de los derechos humanos, entonces la historia entera de la humanidad sin distinción geográfica alguna habría sido la constructora del concepto.

Las leyes de Dracón en Atenas (h. 621 aC), pese al rigor de sus penas, iniciaron la distinción entre tipos de homicidios impidiendo la venganza de sangre de los clanes —algo no resuelto por el Código de Hammurabi— y dando lugar a un derecho más humano.¹¹⁰ Pero esto no quiere decir que antes de ese momento histórico —aunque uno regrese hasta tiempos prehistóricos de la horda primitiva— los hombres no hayan luchado por su libertad, por su integridad, por su vida y por su identidad. El positivismo legal y el utilitarismo económico han rechazado en forma errónea la idea de que los derechos legales pueden preexistir a cualquier forma de legislación y que los derechos políticos pueden preexistir a los derechos legales en forma de derechos naturales.¹¹¹ En esto el iusnaturalismo ha tenido buenas razones para ofrecer en orden a comprender no sólo la etapa *histórica* de los derechos humanos sino también su período *pre-histórico*. Por eso es que no sólo creemos en el significado *genético* de esa lucha previa del hombre por sus derechos sino también en el significado *conceptual* de una lucha que debía mostrar en los gestos ceremoniales faltos de discursos un aspecto esencial y hoy muchas veces negado del concepto mismo de derechos humanos. Este aspecto es el de la *convicción* del reclamo puesto en acto público con el cuerpo y así convertido en exigencia. Es lo que se observa en gestos ceremoniales como el de Antígona o en las rondas circulares de las Madres de la Plaza de Mayo.¹¹² Y es por eso que hay que recor-

¹¹⁰ Lévêque, Pierre, *La aventura griega*, Barcelona, Labor, 1968, p. 182.

¹¹¹ Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. xi.

¹¹² Véase un excelente abordaje del concepto de “ceremonia” y su interés gnoseológico y ético en Gustavo Bueno, “Ensayo de una teoría antropológica de las ceremonias”, Oviedo, *El Basilisco*, núm. 16, septiembre 1983-agosto 1984, pp. 8-37: “Designamos con el nombre de ‘ceremonia’ a toda figura práctica teleológica que, constituida por secuencias efímeras de operaciones humanas, está delimitada sobre un ‘fondo procesual’ por una apertura y una clausura identificables... (p. 13) De estas series automáticas de operaciones (diríamos: de una realidad operatoria, de un *ser* conductual efectivo) brotarán las normas (*el deber ser*) en el momento en que se oponen las unas a las otras. El *deber ser*

dar, antes de los griegos, que el concepto mismo de democracia y de estado independiente surge después del período histórico de las ciudades-estado mesopotámicas y de los imperios de entonces. Período en el cual no sólo se acuñaron la escritura y los primeros desarrollos científicos sino también el primer código jurídico antes mencionado de Hammurabi. Cuestiones todas ellas muy importantes a la hora de definir no solamente el concepto “derechos” sino particularmente la cuestión de lo “humano”. Como veremos, hace falta una posibilidad dialógica mediada por el lenguaje para instalar en plenitud el mundo moral como distintivo de lo humano. Pero aún aceptando esos presupuestos que anteceden a democracias y dictaduras como formas proto-morales y proto-jurídicas del concepto histórico de derechos humanos, lo que queremos decir aquí es que antes del momento cultural griego no se daba el debate y confrontación discursivas sobre tiranías e imperios en conceptos expresados en formas políticas, filosóficas, literarias y de otros tipos discursivos que a partir de entonces formarían parte de la llamada racionalidad práctica. Sin embargo, veremos que esas oposiciones, cuyo origen establecemos en la Grecia clásica, se han dado en el curso de la historia en círculos crecientemente ampliados de dictaduras e imperialismos globalizantes. Las dictaduras y los imperios han ido creciendo a lo largo de la historia no sólo en su extensión geográfica sino también en el número de personas sometidas a esclavitud, servidumbre, o violación de sus valores fundamentales. El colonialismo europeo redujo a esclavitud durante tres siglos a diez millones de seres humanos como negros u ‘hombres con dueño’ destinados a América; al nazismo le tomó tan sólo tres años ejecutar la solución final que condujo a la muerte a ocho millones de judíos; y bastaron tres días para lanzar las dos bombas atómicas que arrasaron con cien mil hombres, mujeres y niños de las poblaciones civiles de Hiroshima y Nagasaki.¹¹³

no procede, cierto, del *ser* de una secuencia operatoria, pero sí de la confluencia (diamétrica) de dos o más secuencias operatorias. Las normas no proceden de series automáticas aisladas, erigidas en ideales, ni las series automáticas ejecutan normas ideales, llovidas del cielo. Sólo cuando una anamnesis recurrente se desarrolla como enfrentándose a otros cursos posibles (realizados por otros individuos o grupos) se dibuja como *norma*, más o menos formalizada, en ejercicio... (p. 18)”

¹¹³ Véase entre otros: Finley, Moses I., *Esclavitud antigua e ideología moderna*, Barcelona, Crítica, 1982; Anderson, Perry, *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*, Madrid, Siglo XXI, 1979; Kamen, Henry, *El Siglo de Hierro. Cambio social en Europa 1550-1660*, Madrid, Alianza Editorial, 1977; Bennassar, Bartolomé, *Inquisición española*

Es así entonces que la noción de derechos humanos en sentido estricto no alude más que al momento histórico de la evolución del vivir humano en que esas violaciones han alcanzado su mayor extensión. Y esto considerando el número de pueblos y seres humanos afectados sin tener en cuenta siquiera ninguna noción comparativa del grado de maldad de esas violaciones. Es en razón de esa extensión que las exigencias a las dictaduras e imperios en el tiempo histórico de las guerras “mundiales” no pudieron reclamarse ya para un grupo de la sociedad como los esclavos, o los siervos o los trabajadores, sino para la humanidad entera que era el nuevo conjunto realmente amenazado. Que el surgimiento de los derechos humanos esté vinculado a la amenaza provocada por un estado (Alemania) que en la derrota de su pretensión imperial quedó dividido en dos para el equilibrio de los imperios triunfantes (Estados Unidos y la Unión Soviética) explica varias cuestiones. Por un lado que en el período que va desde 1948 hasta la caída del muro de Berlín el debate de los derechos humanos haya sido tan rico en la polémica entre libertad y justicia logrando una dinámica efectiva sobre los mismos. Y por otro lado que el reacomodo del orden mundial al cerrarse el siglo XX bajo la tutela de uno solo de aquellos dos imperios haya llevado a la desesperanza a poblaciones enteras al percibir la injusticia y el sometimiento como los principios rectores de la globalización. Es por todo esto que la pretensión de universalización de los derechos humanos no es más que la contracara de la universalización creciente de sus violaciones y en ello se revela el carácter de un concepto que, como el de salud, no puede pensarse si no es en relación a su contrario.

Dicho de otro modo: el proceso histórico que conduce a la globalización imperial supone un devenir de sangrientas violaciones “de excepción” —o “preventivas” seguidas de “daños colaterales” en la jerga actual— para sostener la *Pax Imperial Urbi et Orbe* desde Roma a nuestros días (desde la *Pax Augusta* a la pretendida *Pax Americana*). La construcción del concepto de derechos humanos tiene así un doble carácter: por un lado alude a una historia de exigencias morales que en su reverso muestran una historia de violaciones, y por otro lado alude a una historia de reconocimientos jurídicos crecientes en relación directa con una historia de im-

la: poder político y control social, Barcelona, Crítica, 1982; Hobsbawm, Eric J., *Las revoluciones burguesas*, Barcelona, Guadarrama, 2 vols., 1980; Annas, George J. y Grodin, Michael A. (eds), *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code*, cit., nota 1.

perios cada vez más amplios. En este sentido, se ha dicho que al conjugar en un momento de la historia la Declaración Universal de Derechos Humanos y el fin de los estados-nación, ya todo sería *Imperio*.¹¹⁴

Ahora bien: todo tratado de ética filosófica comienza introduciendo la distinción entre moral y ética, entre las costumbres sobre lo bueno y lo malo, y la reflexión filosófica sobre la moralidad social. Resultará importante entonces el comprender la evolución histórica de la moralidad a la hora de intentar dar cuenta de la historia de la ética y sus transformaciones. En este sentido, los conceptos de dictaduras e imperialismos no sólo son relevantes para comprender la historia de los derechos humanos sino a la vez para comprender la historia de la moralidad.¹¹⁵ Si Bernard Gert cree que la moralidad es un sistema público de conducta conocida, comprendida y racional para todos aquellos a quienes se aplica, que difiere de otros sistemas públicos por su aplicación a todas las personas racionales, es claro entonces que se requiere una teoría de la sociedad para dar cuenta de esas exigencias y que dictaduras e imperialismos no cumplen con esos postulados.¹¹⁶ Ya Platón señalaba en el *Protágoras* que esta concepción de la moralidad como sistema público que se aplica a toda persona racional conduce a la refutación de la falacia sofística expresada por los supuestos expertos de una moral imperial. Y sin embargo, ninguna forma social co-

¹¹⁴ Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Imperio*, Buenos Aires, Paidós, 2002. La idea de “Imperio” como fin (o llegada a su término) de los imperialismos en la actual globalización es atractiva pero discutible. Puede pensarse que la etapa histórica que se ha abierto trata de un nuevo imperialismo caracterizado porque ya no es “una” nación-estado la que coloniza territorios o países sino un “conjunto” de países o regiones (de América del Norte, Europa y Asia) que pudieran llamarse el Norte o los “países o regiones ricas” colonizando al Sur o a los “países o regiones pobres” (de Africa, Asia y América Latina). El papel de la OTAN, el Grupo de los 8, los organismos financieros internacionales, y el alcance efectivo de la ONU en la regulación o no de las políticas internacionales, pueden ser algunas señales que apoyen esta hipótesis.

¹¹⁵ Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., nota 98, p.109 “Un tirano, fatigado de discursos o que estime los argumentos improductivos, puede emplear la fuerza desnuda. Pero a largo plazo esto no es ventajoso para él. Así surge un dilema teórico-discursivo del tirano: de un lado, es mejor el terror encubierto por argumentos que la pura violencia; de otro lado, la argumentación conduce fácilmente a develar la injusticia. Este dilema emerge ya en las reglas del discurso. El hecho de que en la argumentación esté presente la autonomía lo refuerza. La tiranía corre no sólo el riesgo de la argumentación, sino también carga con una necesaria mentira: la autonomía negada en la praxis tiene que fingirse en la propaganda.”

¹¹⁶ Gert, Bernard, *Morality: A New Justification of the Moral Rules*, Nueva York, Oxford University Press, 1988.

mo los imperios ha tenido tanta fuerza para la transformación de los mundos morales. Esto es lo que los torna en un elemento histórico-explcativo del desenvolvimiento de los derechos humanos como exigencias morales. Porque ante toda pretensión de regionalización o mundialización de la inmoralidad bajo el manto encubridor de la moral local del núcleo del imperio siempre se alzaron exigencias de respeto a la universalidad de lo correcto para todo hombre en todo tiempo y lugar.

La pretensión imperial española de reducir a su moral esclavista, feudal y cristiana con argumentos de los teólogos de la Corona a la diversidad de morales de los pueblos originarios del Nuevo Mundo no hizo otra cosa que avivar la conciencia crítica sobre las exigencias de universalidad de la condición humana de los indígenas. De allí que el relativismo cultural y moral al que conducían las distintas “costumbres y maneras de mesa” antropológicas en América comenzó a ceder paso a un universalismo ético problematizador de la imperial universalidad de lo inmoral.¹¹⁷ Debe tenerse en cuenta que la diferencia entre la noción de derechos humanos a partir

¹¹⁷ Para atender a la diferencia de criterio en perspectiva histórica consagrada por el derecho internacional de los derechos humanos, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. *Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 17 de junio de 2005. El 10 de enero de 2000, dos organizaciones no gubernamentales denunciaron al Paraguay ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la supuesta violación del derecho a la protección judicial de la Comunidad indígena Yakye Axa en su reclamo de la propiedad ancestral de sus territorios. El 24 de octubre de 2002, la Comisión recomendó al Paraguay: 1) Adoptar a la brevedad las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho de propiedad y la posesión de la Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros, respecto de su territorio ancestral, ordenando delimitar, demarcar y titular sus tierras, acorde con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres; 2) Garantizar a los miembros de la Comunidad el ejercicio de sus actividades tradicionales de subsistencia; 3) Adoptar las medidas necesarias para que termine el estado de emergencia alimenticia, médica y sanitaria de la Comunidad; 4) Adoptar las medidas necesarias para cautelar el hábitat reclamado por la Comunidad, mientras esté pendiente la titulación del territorio ancestral en favor de la Comunidad Indígena; 5) Establecer un recurso judicial eficaz y sencillo que tutele el derecho de los Pueblos Indígenas de Paraguay a reivindicar y acceder a sus territorios tradicionales; 6) Reparar tanto en el ámbito individual como comunitario las consecuencias de la violación de los derechos enunciados; y 7) Adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana. En su sentencia, la Corte declaró que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, el derecho a la propiedad y el derecho a la vida en perjuicio de la comunidad indígena Yakye Axa.

de la Declaración Universal y la noción de derechos humanos a la luz de la historia sucesiva de dictaduras e imperialismos es una diferencia de grado de carácter objetivo en el seno del concepto histórico-explicativo de justicia. La Declaración tiene una diferencia de tipo cuantitativo con otros documentos por la extensión de seres humanos a la que alcanza. Pero por otro lado la diferencia entre este concepto histórico-explicativo (universal cuantitativo) de justicia y la idea de justicia como valor trascendental de la dignidad humana, en tanto fundamento de los derechos humanos, es una diferencia esencial y no de grado.¹¹⁸

Al hablar de valor trascendental rescatamos la distinción de Foucault entre trascendental y arqueológico para recuperar en el primer concepto —sin abandonarlo— toda la potencia explicativa del segundo. Es decir, re-

¹¹⁸ Cuando hablamos de la idea de justicia no dejamos de recordar la advertencia de Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1974, 3a. ed., pp. 267-269: “Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Ésta no es una manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la ‘justicia’, porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento... ‘Dar a cada uno lo suyo’ suena espléndidamente. ¿Quién va a discutirlo? La única dificultad es que esta fórmula presupone que yo sé que es lo que se debe a cada persona como ‘lo suyo’ (es decir como su derecho). La fórmula carece así de significado, puesto que presupone la posición jurídica para la cual debiera servir de fundamento” Consideramos esa advertencia como parte del conjunto de la teoría jurídica de Ross. Sin embargo, al decir ‘idea de justicia’ entendemos por ello una reflexión crítica sobre los diversos contenidos filosóficos del término, como señala Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 11. “Es fácil percatarse de que retrocediendo a la noción de ‘lo suyo’, que heredamos de la filosofía clásica, tal ‘lo suyo’ es de alguien, de un sujeto a quien pertenece y, por consecuencia, si a alguien hay que respetarle, reconocerle, o darle ‘lo suyo’, esa obligación proviene precisamente de que, antes, hay un ‘lo suyo’ de alguien. Primero es ‘lo suyo’ de A, y después la obligación de B de reconocer, respetar o dar a A ‘lo suyo’. Es cierto que aquí no concluye el problema, porque existen líneas iusfilosóficas que son reuentes a equiparar ‘lo suyo’ con el derecho personal. A nosotros no nos cuesta darlos por equivalentes, pero aunque así no sea, ya resulta suficiente postular la prioridad ontológica de ‘lo suyo’ respecto al deber correlativo, para proporcionar un asidero sólido al tema de los derechos humanos”. Además, no dejamos de señalar que con indignados ‘golpes sobre la mesa’ acompañados de razonables reclamos de ‘justicia’ es como han progresado en la historia la moral y el derecho, y como han llegado a construirse los derechos humanos. Sobre el papel de las emociones en la idea de justicia véase Nussbaum, Martha, *Poetic Justice*, Boston, Beacon Press, 1995 (traducción española: *Justicia Poética*, Barcelona, Andrés Bello, 1997), y también Kalinowski, Georges, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Apartado 1, promotores de un conocimiento moral (jurídico) emocional”, Buenos Aires, Eudeba, 1979, pp. 37-75.

cogemos el sentido trascendental (universalizable) de los derechos humanos a la luz de su devenir histórico-arqueológico (universal). La diferencia y a su vez la frecuente confusión entre lo universal (fáctico-descriptivo) y lo universalizable (trascendental-prescriptivo) de los derechos humanos, ha sido útil a las más diversas formas de pensamiento regresivo. No debe confundirse entonces a la noción histórico-explicativa de los derechos humanos (necesaria pero no suficiente) con su noción histórico-prescriptiva, que aunque distinta de lo empírico no pretende estar desvinculada de la experiencia. Esta es la diferencia que establecemos con la concepción histórico-explicativa del iusnaturalismo. La importancia histórica y social de los derechos humanos para la moralidad ha de ser un punto de partida pero en ningún caso la única razón que fundamente nuestra concepción sobre la ética de la vida y el vivir humano. La justicia y la salud integral son ideas (valores) histórico-prescriptivas o trascendentales (y no meramente ideas histórico-explicativas) en tanto resultan regulativas de los valores y derechos humanos que podemos distinguir fenomenológicamente en la bioética. Pero aún siendo trascendentales no por ello queremos darles el carácter de ideas “trascendentes” o constitutivas de la realidad bioética al modo en que semejando a las “especies morbosas” de Sydenham se ha querido situar a los principios de la bioética. Porque de lo que se trata, finalmente, es de alcanzar una concepción histórico-prescriptiva de la moral que pueda dar fundamento a una bioética de los derechos humanos en tanto moral de convicción y compromiso ante una realidad injusta e indignante. Varios de los conceptos que hemos venido introduciendo fueron considerados asimismo por el jurista Bidart Campos:

Las filosofías de Scheler, de Hartmann y de Werner Goldschmidt nos hablan del deber-ser ideal del valor. El valor es un ente ideal valente (que vale) y exigente (que exige). Podríamos, ya, acuñar la idea de la valiosidad de eso que apodamos derechos humanos, así como su exigencia, fundándonos en el valor. En frase desprovista de todo alarde iusfilosófico diríamos que el valor justicia exige, desde su deber ser ideal, que en el mundo jurídico-político “haya” derechos humanos... Se nos vuelve más sencillo, pues, dejar de lado la noción de que nos hallamos ante “derechos morales”, porque la juridicidad de eso que llamamos derechos humanos está dada por su conexidad con el valor justicia: todo lo que concierne a él, todo lo que tiene sentido direccional hacia él, es jurídico, aunque acaso esté ausente en el mundo jurídico-político la realización del valor con signo positivo, o sea, aunque topemos con el signo negativo o disvalor... El ser

valente y exigente del valor engendra luego el deber de proveer las vías tutelares para la realización o reparación compulsivas de los derechos humanos... Aunque parezca posiblemente un mal juego de palabras, los “mismos” derechos humanos que se predicán como universales, eternos, supratemporales, etc., pueden adquirir, y adquieren, “diversos” y “distintos” modos de plasmación en cada situación histórica, en cada época, en cada lugar, en cada Estado, para cada sociedad, para cada cultura... La libertad y los derechos del hombre son situacionales, están en situación, se viven en situación, se valoran en situación. Y la situación —cada situación— se da en el tiempo y en el espacio, en una convivencia que depende de su entorno y que transcurre entre hombres concretos, instalados en esa situación —la “suya”—.¹¹⁹

En ese sentido, la justicia nunca podrá ser vista desde una taxonomía moral que la clasifique por su “diferencia” (de la autonomía, de la beneficencia, de la no maleficencia) sino —en todo caso— por su “género” o su carácter sustantivo desde donde todas las diferencias se hacen posibles (el justo respeto de la vida y la identidad, la integridad y la libertad, la salud y el bienestar).¹²⁰ Y es por ello que es necesario preguntarse por el papel que juega la bioética como discurso de fundamentación ante esa realidad de los derechos humanos a la que ha estado vinculada desde el inicio.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONCEPCIONES DOMINANTES DE LA BIOÉTICA

Las concepciones más difundidas de la bioética, sean éstas del tipo de la bioética de principios, la bioética casuística o las bioéticas procedimentales, han ido disolviendo progresivamente las relaciones efectivas de vinculación entre bioética y derechos humanos operando un corte tanto académico como doctrinario. Y decir esto significa, aún considerando aquellos contraejemplos que puedan moderar esta generalidad, que allí donde esas relaciones eran históricamente estructurales el desarrollo discursivo bioéti-

¹¹⁹ Bidart Campos, German, *Teoría general de los derechos...*, cit., nota 118, pp. 31-36.

¹²⁰ Véase Taylor, Charles, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, cit., nota 66, p. 18: “Quizás el más intenso y apremiante conjunto de mandatos que reconocemos como moral sea el respeto a la vida, la integridad y el bienestar, incluso la prosperidad, de los demás”.

co predominante las fue convirtiendo en relaciones formales vaciadas de contenido. Las bioéticas de principios, casuística y procedimentales, tal como se desarrollaron generalmente en Estados Unidos y como a veces fueron adoptadas en otros países, terminaron produciendo un corte por segregación entre derechos humanos y principios de la bioética.

La *bioética de los principios éticos* de tipo deductivista considera que la justificación de los juicios morales se hace en modo descendente a partir de principios y teorías éticas desde los cuales se deducen esos juicios. A partir de los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia, y de las teorías deontológicas, utilitaristas y de la virtud, resulta posible llegar a establecer juicios morales sobre casos concretos sean éstos del principio, el curso o el final de la vida. El principal ejemplo de ese modelo y el de mayor difusión académica internacional ha sido la versión inicial de la bioética de principios acuñada por Beauchamp y Childress en 1979.¹²¹ Este modelo propone cuatro niveles para la justificación moral según los cuales los juicios acerca de lo que debe hacerse en una situación particular (1) son justificados por reglas morales (2), que a su vez se fundan en principios (3) y por último en teorías éticas (4).

Nivel 4 – Teorías éticas

Nivel 3 – Principios éticos

Nivel 2 – Reglas éticas

Nivel 1 – Juicios y acciones

Como se ve, hay un “ascenso” progresivo de la razón en búsqueda de niveles de justificación lo que significa, de hecho, que en última instancia son las teorías las que dejan “descender” sus fundamentos sobre las acciones. Beauchamp y Childress ubican el núcleo de la justificación moral en el nivel intermedio (nivel 3) de los principios, desde los cuales “derivan” como aplicación los derechos humanos clásicos. Se hace una distinción —tomada de David Ross en *The Right and the Good*—¹²² en-

¹²¹ Beauchamp, Tom L., Childress, James F., *Principios de ética biomédica, cit.*, nota 79.

¹²² William David Ross, *The Right and the Good*, 1930 (edición en español: *Lo correcto y lo bueno*, 2a. ed., Salamanca, Ediciones Sígueme, 1994).

tre deberes *prima facie* y deberes efectivos o prioritarios. Los principios de la bioética se corresponden con los primeros. Una segunda distinción es entre *derecho legal* y *derecho moral*: los primeros son “reales” mientras los últimos son “ideales”.¹²³

La *bioética casuística* de tipo inductivista considera en cambio que la justificación de los juicios morales es de tipo ascendente a partir de la experiencia con casos particulares en sus contextos correspondientes y de la moral tradicional y sus juicios que llevan al reconocimiento de principios generales y teorías éticas. La ética clínica de tipo casuístico¹²⁴ al modo de Toulmin, Jonsen y Siegler¹²⁵ es el mayor ejemplo de este modelo en el que en lugar de hablar de principios se hablará de indicaciones médicas, preferencias del paciente, calidad de vida y aspectos contextuales. Esta bioética ubica su núcleo en el nivel más bajo de los casos concretos (nivel 1) y ha postulado desprenderse de la “tiranía de los principios”.¹²⁶ Si bien esta concepción se ha orientado a problemas de ética clínica, su inductivismo hace pensar que los derechos humanos se originan en la base de los casos y contextos particulares.

Las concepciones intermedias entre esos dos modelos suelen seguir variantes de una *bioética procedimental* en las que la justificación de los juicios morales se logra asegurando que el procedimiento de razonamiento moral cumpla con todas las exigencias para hacer del mismo un proceso correcto.¹²⁷ El desarrollo de pautas para guiar la reflexión moral, la promoción de comités¹²⁸ y comisiones de bioética que aseguren un razonamiento moral adecuado, y el establecimiento de normativas jurídicas,

¹²³ Para una crítica del principialismo véase Tealdi, J. C., “Los principios de Georgetown: análisis crítico”, *Estatuto epistemológico de la Bioética*, México, UNAM, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, 2005, pp. 35-54.

¹²⁴ Jonsen, Albert R. y Toulmin, Stephen E., *The Abuse of Casuistry*, Los Angeles, University of California Press, 1988.

¹²⁵ Jonsen, Albert R. et al., *Clinical Ethics: A Practical Approach to Ethical Decisions in Clinical Medicine*, 2a. ed., Nueva York, MacMillan Publishing Co., 1986.

¹²⁶ Jonsen, Albert R., “Of Balloons and Bicycles or The Relationship between Ethical Theory and Practical Judgment”, *Hastings Center Report*, vol. 21, núm. 5, 1991, pp. 14-16; “The Tyranny of Principles”, *Hastings Center Report*, vol. 11, 1981, pp. 31-39;

¹²⁷ Véase, por ejemplo, Fletcher, Joseph C. et al., *Ethics Consultation in Health Care*, Ann Arbor-Michigan, Health Administration Press, 1989.

¹²⁸ Véase Wilson Ross, Judith, *Handbook for Hospital Ethics Committees*, American Hospital Publishing, 1986; Cranford, R.E., Doudera, A.E., *Institutional Ethics Committees and Health Care Decision Making*, Ann Arbor-Michigan, Health Administration Press, 1984.

políticas y administrativas entre otras, son el mayor ejemplo de este modelo. Esta bioética se ubica en el nivel 2 de las reglas y sus procedimientos. Desde el punto de vista regional esta concepción destaca más en la bioética europea continental que ha privilegiado el trabajo de las comisiones nacionales de bioética a partir del Comité Consultivo Nacional de Ética creado en Francia en 1984 y también las tareas normativas en bioética de los organismos europeos que tienen su mayor ejemplo en la *Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina* del Comité de Ministros del Consejo de Europa acordada en Oviedo en 1997 y llamada también “Convención Europea de Bioética”.

En la más conocida de estas concepciones —la bioética de principios— los derechos humanos eran reducidos inicialmente a reglas derivadas de los principios pero en la 4a. edición del ya clásico libro de Beauchamp y Childress se situó a la moral común (incluyente de los derechos humanos) como fuente de los principios éticos dejando al “equilibrio reflexivo” la tarea de ponderación última de esos principios con lo cual se mantuvo el carácter deductivo de la estrategia aunque retocada. Esta bioética de principios ha sido la que ha dominado entre las tres concepciones cardinales y esto puede verse en la experimentación con sujetos humanos observando el trayecto que va desde el *Código de Nuremberg* en 1947 hasta el *Informe Final* en 1996 del *Comité Asesor Presidencial de Estados Unidos sobre Experimentos con Radiación Humana* durante la Guerra Fría.¹²⁹ En ese trayecto se suceden las historias de la Talidomida en 1962 y la nueva legislación sobre investigación en Estados Unidos, el conocimiento público del estudio de sífilis no tratada en población negra de Tuskegee en 1972, los cometidos y tareas de la *Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos en la Investigación Biomédica y de la Conducta* entre 1974 y 1978, y la formulación de los *Principios de Ética Biomédica* por Beauchamp y Childress en 1979.¹³⁰ Es así que la estrecha vinculación entre bioética y derechos humanos dada con el *Código de Nuremberg*, el episodio de la talidomida y el estudio de Tuskegee; se problematizó en 1973 cuando el Senado de Estados Unidos —que ya había discutido en 1968 con el senador Monda-

¹²⁹ USA Advisory Committee on Human Radiation Experiments, *The Human Radiation Experiments Final Report*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

¹³⁰ Para esta secuencia histórica de la bioética en Estados Unidos véase especialmente Jonsen, Albert, *The Birth of Bioethics*, cit., nota 1, cap. 5, pp. 125-165.

le los problemas éticos de la ingeniería genética y los trasplantes de órganos— bajo iniciativa del senador Kennedy puso en discusión la violación de derechos civiles del estudio de Tuskegee que denunciaban los liberales pero también la investigación fetal y sus implicancias con el aborto que denunciaban los conservadores.

La magnitud política de ambos temas lleva a crear al año siguiente la *Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos en la Investigación Biomédica y de la Conducta* con el mandato de identificar los principios éticos básicos que podrían subyacer en la conducta de las investigaciones y servir para desarrollar pautas y regulaciones administrativas. Esa Comisión Nacional produjo varios informes y finalmente el *Informe Belmont* aprobado en 1978 que reducía un grupo de siete principios iniciales a tres: los principios éticos de respeto por las personas, beneficencia y justicia. Los dos primeros propuestos por Tristram Engelhardt y el último por Tom Beauchamp. El *Informe Belmont* —de cuya redacción final fue responsable Beauchamp—, representa el triunfo de la bioética de principios sobre el casuismo y el procedimentalismo y el corte doctrinario de las relaciones entre bioética y derechos humanos. Y el dato esencial que materializa ese corte es la conversión de la justicia en principio ético de obligación *prima facie* situado en un mismo plano de horizontalidad junto a los demás principios éticos y sometido con ellos a la tarea jerarquizadora de la justificación moral o del *equilibrio reflexivo*. Al año siguiente (1979), Beauchamp y Childress publican sus *Principios de Ética Biomédica* y efectivizan un corte académico de esas relaciones que se repetirá en otros textos como *Los Fundamentos de la Bioética* de Engelhardt en 1986, los *Fundamentos de Bioética* de Gracia en 1989 en España, y *Principios de Ética en Atención de la Salud* de Gillon en 1993 en el Reino Unido.¹³¹

Del carácter “básico” que se pedía a los principios en la Comisión Nacional se pasa ahora a un carácter “fundamental” de los mismos sosteniendo que hay principios éticos *fundamentales* aceptados por todas las épocas y culturas y aplicables por tanto en modo universal a todos los agentes y acciones en todo tiempo y lugar. Y si Tom Beauchamp y Tristram Engelhardt son los filósofos de mayor relevancia en orden a com-

¹³¹ Tristram Engelhardt, H., *The Foundations of Bioethics*, Nueva York, Oxford University Press, 1986 (Traducción española de la 2a. ed., *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, Paidós, 1995); Gillon, Raanan, *Philosophical Medical Ethics*, Chichester, Wiley, 1985; Gracia, Diego, *Fundamentos de Bioética*, Madrid, Eudema, 1989.

prender la gesta del principialismo, mientras Diego Gracia y Raanan Gillon fueron sus principales seguidores en Europa, los representantes más destacados en la expansión internacional de esa concepción fueron Ruth Macklin y Robert Levine por su intensa actividad en organismos internacionales.¹³² Pero esta concepción a la que se ha llamado “fundamentalismo moral” fue criticada tan fuertemente que Beauchamp y Childress en la 4a. edición de su libro (1994) introdujeron importantes cambios hacia el procedimentalismo de la mano de Rawls.

V. ¿ES LA SALUD UN DERECHO HUMANO BÁSICO PARA LA BIOÉTICA?

Además del papel *prima facie* otorgado a la obligación de justicia y del carácter *fundamental* otorgado a los principios éticos en la justificación moral por el principialismo, es en extremo relevante analizar el significado otorgado al concepto de salud en la bioética angloamericana en cuanto a su carácter o no de derecho humano. De este modo podremos comprender aún mejor las relaciones que venimos considerando entre bioética y derechos humanos. Como hemos dicho antes, la salud como un derecho humano básico es puesta en entredicho por la distinción entre derecho moral y derecho legal a la atención de la salud que se realiza en el ámbito de la bioética de los Estados Unidos¹³³ y que guarda relación con la diferencia en el grado de reconocimiento de los derechos humanos de las llamadas primera, segunda y tercera generación. Así, los derechos civiles o libertades individuales entendidos como derechos “negativos” de protección y fundamentalmente como derechos contra las interferencias del Estado tendrán un rango diferente al de las obligaciones “positivas” con respecto a la salud o al medio ambiente. Y en este sentido, los

¹³² La posición de Macklin puede seguirse a lo largo de varios de sus trabajos, véase entre otros: Macklin, Ruth, *Mortal Choices: Bioethics in Today's World*, Nueva York, Pantheon Books, 1987 (traducción española *Dilemas*, Buenos Aires, Atlántida, 1992); otras de sus obras son: “Rights in Bioethics”, en Warren Reich (ed.), *Encyclopaedia of Bioethics*, cit., nota 83, pp. 2310-2316; “Dignity is a useless concept. It means no more than respect for persons or their autonomy”, *British Medical Journal*, vol. 327, 20 de diciembre de 2003, pp. 1419 y 1420. De Levine destaca: Levine, Robert, *Ethics and Regulation of Clinical Research*, 2nd.ed., New Haven, Yale University Press, 1988.

¹³³ Milmoec McCarrick, Pat, “A Right to Health Care” (una reseña bibliográfica), cit., nota 77.

derechos humanos suelen ser asociados a los primeros.¹³⁴ De esta diferencia ya pudieron darse cuenta los líderes negros estadounidenses en su lucha por los derechos civiles y pugnaron por el reconocimiento de sus reclamos no sólo como derechos humanos en tanto categoría que desborda la ciudadanía sino también como derechos de los pueblos —en este caso el de las poblaciones africanas diezmadas por el esclavismo— como categoría que excede al individuo. Es por esto que al intentar hablar de la salud como un derecho humano básico desde la perspectiva bioética, conviene precisar estas cuestiones. Debe tenerse en cuenta que en el país donde tuvo origen la bioética, el reconocimiento de la salud como derecho en la Carta de la Organización Mundial de la Salud o su *Declaración de Alma-Ata* (1978) y la estrategia de atención primaria de la salud fueron consideradas aspiraciones moralmente reconocidas que no generaban obligaciones como derecho legal. El bioeticista Alexander Morgan Capron dice:

...si se acepta la definición de la salud comúnmente aceptada, es decir, que la salud es un “estado de completo bienestar físico, mental y social”, el derecho a la salud se convierte en un derecho a la felicidad, o a todo lo que una persona desee, lo cual constituye una aspiración y no un derecho.¹³⁵

¹³⁴ Véase Bidart Campos, German, *Teoría general de los derechos humanos*, cit., nota 118, pp. 13 y 14: “Más dificultades surgieron, y subsisten, cuando la obligación del sujeto pasivo no es de omisión, o no es solamente de omisión, sino que consiste positivamente en dar o hacer algo a favor del titular del derecho. No en todo derecho personal aparece la ambivalencia y la oponibilidad frente a los particulares, cuando la prestación es de dar o de hacer, no obstante lo cual una generalización amplia permite, fundadamente, aseverar que en la actualidad, los derechos del hombre son bifrontes o ambivalentes porque, al menos en cuanto a la obligación del sujeto pasivo de respetarlos y no lesionarlos, esa misma obligación grava a dos sujetos pasivos a la vez: al Estado, tal como lo fue primitivamente, y a todos los demás hombres (individualmente o en grupo)...Cosa distinta es ya, en la diferenciación entre derechos y garantías, considerar que estas últimas, en cuanto seguridades o medidas de protección, se dan solamente frente al Estado”.

¹³⁵ Morgan Capron, Alexander, “Estados Unidos”, en Fuenzalida-Puelma, Hernán y Scholle Connor, Susan (eds.), *El derecho a la salud en las Américas. Estudio constitucional comparado*, cit., nota 85, p. 249. Interesa señalar que Capron tendría a su cargo en 2002 —varios años después de esta cita— a la Oficina de Ética de la Organización Mundial de la Salud con sede en Ginebra. La OMS, como organismo de las Naciones Unidas, no ha podido dejar de respetar la consideración de la salud como un derecho humano básico (véase el informe 2004 del relator de Salud de la ONU). Resultaba paradójico, cuando menos, que un organismo que sostenía como política esencial que la salud es un dere-

Con lo cual se introduce una distinción de importantes consecuencias. En primer lugar esa distinción afecta al sentido que puedan tener los conceptos mismos de “felicidad” (happiness) y/o “bienestar” (welfare) en la Declaración de Independencia (1776) y en la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) ya que, por lo pronto, es el mismo Capron quien los hace sinónimos. Y si bien la Constitución no habla de “felicidad” sí lo hace en cambio de “bienestar” en su mismo preámbulo (*to promote the general welfare*), con lo cual la interpretación jurídico-constitucional de la no semejanza entre salud y bienestar/felicidad no parece tan clara. Frente al argumento de la falta de reconocimiento jurídico debe observarse que la enmienda novena de la Constitución de Estados Unidos decía —tal como dicen las constituciones liberales de América Latina— que “La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no deberá ser interpretada para negar o desacreditar otros conservados por el pueblo”. Con lo cual, la asimilación de la doctrina de los derechos humanos al campo de la salud era y es materia de interpretación en las constituciones liberales cuando esto no es reconocido explícitamente. De allí es que bajo la apariencia de un riguroso legalismo, el fundamentalismo de los principios éticos revela el sesgo de una interpretación conservadora y minimalista del derecho a la salud en las sociedades liberales. Aunque entendemos que efectivamente existe una diferencia conceptual entre salud y bienestar, no acordamos con la distinción en el sentido señalado por Capron porque además de las dificultades textuales mencionadas se hacen sinónimos a “felicidad”, “bienestar” y “todo lo que una persona desee”.¹³⁶

Por otro lado, la posición política de los Estados Unidos en las discusiones para la búsqueda de consenso internacional con respecto al reconocimiento del derecho ambiental es otro ejemplo de la distinción entre derecho moral y derecho legal.¹³⁷ Esta distinción supone conceptualmen-

cho humano, designara en un cargo de alta responsabilidad a quien defendía una concepción opuesta.

¹³⁶ Hildebrand ya había dejado más que aclarada la diferencia esencial entre el valor (la salud, el bienestar) y lo subjetivamente satisfactorio (todo lo que una persona desee), así como entre la felicidad (Sócrates y Platón) y el placer egocéntrico (Aristipo), Véase Dietrich von Hildebrand, *Ética*, Madrid, Ediciones Encuentro, 1983, pp. 42-51.

¹³⁷ Véase esta posición de los Estados Unidos en Gareth Porter. “La política ambiental exterior de los Estados Unidos”, en *Medio ambiente y relaciones internacionales*, Guhl N., E. y Tokatlian, J. G. (eds.), Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1992, pp. 147-163.

te que hay diferencia entre derechos (*rights*) y obligaciones o deberes (*duties*), y que lo que habitualmente está en juego al hablar de ‘derecho a la salud’ no es más que una retórica emocional vacía de contenido.¹³⁸ Se presume que al hablar de derecho legal el Estado tiene una obligación específica por la que responder y que al hablar de derecho moral sólo existe un deber de cumplimiento moral que no implica una obligación de cumplimiento legal. Pero esa distinción, en el caso del derecho a la salud, era nueva en los Estados Unidos. En el campo de la bioética, esa novedad quedó expresada en un informe de una comisión nacional cuyo director ejecutivo fue el mismo Capron. La *Comisión Presidencial para el Estudio de los Problemas Éticos en Medicina y Ciencias Biomédicas y de la Conducta* reconoció en 1983¹³⁹ que la anterior *Comisión Presidencial sobre Necesidades en Salud de la Nación* había concluido en 1952 que “el acceso a medios para procurar y preservar la salud es un derecho humano básico”. Sin embargo, en la terminología de su Informe la nueva Comisión Presidencial no habló de “derechos” sino de “obligaciones éticas” de la sociedad para asegurar un acceso equitativo a la atención de la salud para todos sin que ello supusiera cargas excesivas. Esta Comisión señaló explícitamente que había elegido no desarrollar el caso de obtener un acceso equitativo mediante la afirmación de un derecho a la atención de la salud al observar que ni la Corte Suprema ni ninguna Corte de Apelaciones había encontrado un derecho constitucional a la salud o a la atención de la salud.¹⁴⁰ Esta importante ruptura conceptual establecida

En los últimos años ha podido verse en la *Cumbre de la Tierra* (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992) y en el rechazo inicial (marzo 2001) por la administración Bush a la implementación del tratado sobre calentamiento global de Kioto que había sido firmado por el anterior vicepresidente Al Gore aunque nunca ratificado por el Senado.

¹³⁸ Ya hemos de señalar la extensa discusión filosófica que condujo a la exclusión de las emociones de todo contenido cognoscitivo incluido el filosófico. En la distinción derecho moral/derecho legal está planteada de hecho la tesis de la separación entre moral y derecho. Para una visión actualizada de este debate véase Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral*, *cit.*, nota 84.

¹³⁹ President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, *Securing Access to Health Care: The Ethical Implications of Differences in the Availability of Health Services*, Washington, U. S. Government Printing Office, 1983, vol. I, pp. 1-33.

¹⁴⁰ Véase el criterio sobre atención de la salud de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Ximenes Lopes vs Brasil. Fondos, reparaciones y costas*, sentencia del 4 de julio de 2006: “...89. En relación con personas que se encuentran reci-

por la Comisión Presidencial en 1983, que cambió el significado de la salud como derecho humano básico (objetivo) para hablar de obligación ética (subjetiva) de la sociedad, es uno de los ejes que definirá la concepción dominante de la bioética en los Estados Unidos y los contenidos de expansión de su discurso. Al distinguir entre “derechos” y “obligaciones éticas”, a la bioética no le quedaba otro destino que el de ocuparse de estas últimas buscando fundamentos para ellas por una vía disociada de los derechos humanos y su discurso ceñido a las necesidades fundamentales de las personas. Y este enfoque del derecho a la salud difundido ampliamente en la bioética norteamericana tuvo importantes espacios de globalización. Un ejemplo de ello es la convocatoria que en 1996 y 1997 realizaron la Organización Mundial de la Salud junto al Consejo Internacional de Organizaciones de Ciencias Médicas reuniendo en Ginebra a un reducido grupo de bioeticistas para discutir la renovación de su estrategia central de atención primaria (“Salud para Todos en el año 2000”). La composición de ese grupo de especialistas fue mayoritariamente estadounidense y los principales ejes de debate reflejaban las preocupaciones de la bioética de aquel país.¹⁴¹ Sin embargo, el concepto fundamental en debate era la definición misma de salud en tanto ésta debía ser aplicada al mundo entero.

Pero aquel modo de plantear cuestiones de significado moral en el derecho —tal como las que están presentes al hablar de “derecho a la salud”— recurriendo a una revisión de la jurisprudencia como lo hiciera la Comi-

biendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. 90. La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud”.

¹⁴¹ Véase Z. Bankowski; J. H. Bryant; J. Gallagher (eds.), *Ethics, Equity and Health for All*, CIOMS, Geneva, 1997.

sión Presidencial en 1983, no es más que una inconsistencia positivista. Inconsistencia que se repetiría en forma aún más grave con la discusión de la revisión del año 2000 de la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial en lo que expresó el momento histórico más claro de ruptura con la tesis de vinculación entre ética y derecho postulada en el *Código de Nuremberg*. Y es que si se trata de discutir el carácter de derecho humano de una determinada norma apelando a un corpus normativo, éste por obligación habrá de ser supranacional. El derecho nacional queda subordinado al derecho internacional de los derechos humanos. Por eso esta confusión entre derecho nacional y derecho internacional (como no puede dejar de serlo todo derecho humano) tiene consecuencias importantísimas para toda ética y por tanto para toda bioética a menos que imaginemos que es posible sostener una bioética que no implique de hecho una determinada concepción de la ética. Estas confusiones de origen estratégico se repiten en la historia de los discursos emergentes en estados imperiales cuando menos desde la Roma antigua hasta hoy. Pero esta confusión acaso pudiera considerarse presente en la piedra angular de la bioética que es el *Código de Nuremberg* ya que el mismo fue producto de un tribunal de estadounidenses —si bien actuando en el marco de pactos internacionales—. Sin embargo, más allá de las cuestiones referentes al proceso o procedimiento llevado a cabo en los juicios a los médicos nazis, también es posible observar diferencias de contexto y contenido. El mundo que desde los acuerdos de Yalta en 1945 conduciría a las Naciones Unidas y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos tenía entonces tres grandes signatarios: Estados Unidos, el Reino Unido y la Unión Soviética. Si pensamos en aquellos acuerdos podemos imaginar cuanta diferencia se observa con los “acuerdos” para una invasión como la de Irak en 2003 y el papel jugado por las Naciones Unidas cincuenta años después de su creación. Ese arco de la historia mundial que va desde 1945/48 a 2000/03 es demasiado importante para que cualquier ética pueda prescindir del mismo sin quedar desguarnecida de respaldos empíricos. La pretensión de querer hablar de bioética sin aludir a los hechos morales fundamentales que hacen a la concepción del hombre, esto es al lugar concreto de los derechos humanos y con ellos la salud, vaciaría de contenido a aquella pretensión. Por ese camino arribaríamos en el mejor de los casos a un idealismo ingenuo y metafísico, y en el peor de ellos a la pasiva tolerancia o al encubrimiento de la inmoralidad. Y si hemos dicho que los derechos humanos deben ser anali-

zados a la luz de dos conceptos fundamentales que son los de dictaduras e imperialismos, cabe reflexionar acerca de las diferencias posibles en los acuerdos dados en una situación mundial con dos grandes imperios en equilibrio inestable, de otra situación en la que uno de ellos ha alcanzado un claro predominio para la imposición global de sus normas nacionales. Porque también es ilusoria una bioética que imagine como compartimentos estancos a la salud y la enfermedad, lo bueno y lo malo, la vida y la muerte, la paz y la guerra.

Hemos sostenido que la bioética de principios ha sido la concepción que ha dominado sobre las restantes y que en ella la conversión de la idea de justicia en principio *prima facie* permite la desvinculación entre derecho legal y derecho moral con la consiguiente disolución de la salud como un derecho humano básico en un movimiento enmascarador que convierte a la realidad moral en apariencia ética.¹⁴² Es por eso que nuestra pretensión de defender a la salud como un derecho humano básico debe dar cuenta de la tesis sobre la vinculación (y desvinculación) entre norma ética y norma jurídica.¹⁴³ Para poder comprender el marco global de referencia histórico-social para esa tesis hay que observar que la progresiva desvinculación entre bioética y derechos humanos alcanzó una de sus mayores fisuras en el rechazo de los Estados Unidos a suscribir la creación de la Corte Penal Internacional que comenzara a sesionar en La Haya el 1o. de julio del año 2002. El país que había establecido tribunales para condenar los crímenes de guerra del nazismo terminaba negándose a que sus soldados pudieran ser juzgados por las mismas causas. Cincuenta y cinco años después de Nuremberg todo el andamiaje de los supuestos morales universales del derecho internacional establecido después de la Segunda Guerra Mundial era vaciado. En esa perspectiva, la discusión y presiones sobre la modificación del año 2000 a la Declara-

¹⁴² Tratando de los derechos económicos, sociales y culturales, incluida la atención sanitaria, Germán Bidart Campos dice en *Teoría general de los derechos humanos*, cit., nota 118, p. 16: “Y trazamos el paralelo de estos derechos con la libertad ‘para’, porque nuestra estimativa nos hace considerar que cuando los nuevos derechos humanos de que estamos hablando se ven bloqueados en perjuicio de cada hombre hiposuficiente, su libertad padece estrecheces, angosturas, sumergimientos. Y esa libertad apocada o inexistente debe ser facilitada, promovida, holgada, porque la dignidad de la persona así lo postula a nombre de una exigencia del valor justicia”.

¹⁴³ Véase Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral*, cit., nota 84; Mann, Jonathan et al., *Health and human rights*, Nueva York, Routledge, 1999.

ción de Helsinki,¹⁴⁴ heredera del Código de Nuremberg, marcaron el comienzo de una inflexión final que ya había sido lúcidamente observada respecto al Informe de la *Comisión de Bioética sobre Experimentos Radioactivos* en Estados Unidos.¹⁴⁵ Desde el Tribunal y el *Código de Nuremberg* en 1947¹⁴⁶ y la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en 1948, hasta la reforma de la *Declaración de Helsinki* del año 2000 y el Tribunal Penal Internacional de La Haya en 2002, se recorrió un ciclo histórico en el cual el principialismo de origen angloamericano desvinculó a los derechos humanos como fundamento de la bioética e invirtió la prioridad normativa de los mismos sobre los principios éticos. Y aunque Tom Beauchamp haya sostenido:¹⁴⁷ “Los juicios morales, podríamos decir, funcionan para condenar las actividades y planes humanos —tales como ignorar las necesidades humanas fundamentales, invadir la privacidad e inhibir la libertad— que hace a las cosas ‘ir mal’”; lo cierto es que el principialismo cubrió con un manto de ignorancia a la consideración de la salud como una necesidad humana fundamental y la salud dejó de ser un derecho humano básico para la concepción dominante de la bioética. De allí que la cuestión del desconocimiento de la salud como derecho humano básico no podía implicar otra cosa que no fuera simultáneamente la postulación de una bioética que no pudiera en modo alguno estar basada en (o vinculada a) derechos. Pero si aceptamos a la salud como un derecho humano (y salud aquí no sólo es atención de la salud sino salud integral entendida como armonía objetiva y subjetiva con la idea de justicia que atraviesa los derechos a la vida y la identidad, la integridad y la libertad, la atención de la salud y el bienestar), entonces no tendremos objeciones iniciales para el intento de fundamentar la bioética desde el

¹⁴⁴ En el año 2000 pudo saberse —“off the record”— que la Food and Drug Administration presionaba a la Organización Mundial de la Salud para no aceptar algunas de las modificaciones a la Declaración de Helsinki que serían consagradas en Edimburgo. Las presiones eran similares a las realizadas por el gobierno de los Estados Unidos en el caso de la Corte Penal Internacional y que muchos años antes lo habían sido con la UNESCO: dejar de pagar la cuota a esos organismos internacionales. La política del unilateralismo en Estados Unidos se acentuó a partir de entonces con la administración Bush.

¹⁴⁵ Baker, Robert, “A Theory of International Bioethics...”, *cit.*, nota 78, pp. 201-231 y 233-274.

¹⁴⁶ Annas, Georges J., Grodin, Michael A., *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code*, *cit.*, nota 1.

¹⁴⁷ Beauchamp, Tom, *Philosophical Ethics*, 2a. ed., Nueva York, McGraw-Hill, 1991, pp. 32 y 33 (1a. ed., 1982).

significado moral y jurídico de los derechos humanos. Porque el derecho humano a la salud será el reconocimiento jurídico de la responsabilidad moral del Estado para hacer efectivo en el mundo real al valor ético trascendental de la salud integral de las personas.

VI. LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LA MORAL Y LA TEORÍA ÉTICA BASADA EN DERECHOS

La bioética de principios tuvo desde el comienzo muchos ataques que la acusaron por su deductivismo abstracto y su fundamentalismo alejado de la diversidad de culturas y valores.¹⁴⁸ Entre las concepciones críticas y alternativas al principialismo destacaron —según los mismos Beauchamp y Childress— la ética casuística, el procedimentalismo, la ética de las virtudes, las éticas feministas y del cuidado, las éticas narrativas, la ética kantiana, el utilitarismo, las teorías basadas en los derechos y el comunitarismo. Dos cuestiones merecen atención inicial para nuestra propia concepción ante este recuento de teorías alternativas al principialismo. En primer lugar la consideración por Beauchamp y Childress del “individualismo liberal” como “una teoría basada en los derechos”.¹⁴⁹ Porque no sólo resulta incorrecto el considerar al “individualismo liberal” como una más de las teorías éticas cuando no lo es —ya que el individualismo liberal es en todo caso una concepción de filosofía social y política con implicancias morales—, sino que también resulta incorrecto el reducir las teorías éticas “basadas en” (cabe decir “vinculadas a”) derechos al individualismo liberal.

En la bioética que aquí presentamos, los derechos humanos constituyen precisamente la superación en el terreno ético y jurídico de la tradicional

¹⁴⁸ Toulmin, Stephen “The Tyranny of Principles”, *Hastings Center Report*, vol. 11, 1981, pp. 31-39; Clouser, Danner y Gert, Bernard, “A Critique of Principlism”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 15, 1990, pp. 219-236; Lane, S. D., Rubinstein, R. A., “Judging the Other. Responding to Traditional Female Genital Surgeries”, *Hastings Center Report*, vol. 26, 1996, pp. 31-40; Carl, Elliot, “On Being Unprincipled”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, vol. 19, num. 2, 1998, pp. 153-159; Callahan, Daniel, “Principlism and communitarianism”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 29, num. 5, 2003, pp. 287-291; Harris, John, “In praise of unprincipled ethics”, *Journal of Medical Ethics* vol. 29, num. 5, 2003, pp. 303-306.

¹⁴⁹ Beauchamp, Tom, L., y Childress, James F., *Principios de ética biomédica*, cit., nota 79, apartado “Individualismo liberal: una teoría ética basada en derechos”, pp. 65-73.

oposición entre liberalismo y socialismo instaurada en el siglo XIX. O, si se quiere decirlo de otro modo, constituyen una síntesis de progreso entre constitucionalismo clásico y constitucionalismo social. La *Declaración Universal de Derechos Humanos* surgió de un acuerdo político entre democracias “liberales” de los países capitalistas y democracias “populares” de los países socialistas y al menos por esta razón no cabría simplificar tanto el análisis bajo ese reduccionismo. El sistema internacional de los derechos humanos que expresó en la Declaración Universal de 1948 el consenso moral de la segunda posguerra mundial había sido precedido por el consenso político y militar de la Declaración de las Naciones Unidas firmada el 1o. de enero de 1942 por veintiséis estados aliados y de la Conferencia (*Dumbarton Oaks*) de 1944 en la que Estados Unidos, el Reino Unido, la Unión Soviética y China formularon las bases de una organización permanente. Dos cuestiones, la primera de las cuales ha vuelto a tomar vigencia, distanciaban a Estados Unidos y el Reino Unido de la Unión Soviética: el sistema de veto en el Consejo de Seguridad y la representación en la Asamblea General de cada una de las repúblicas soviéticas. Estas cuestiones fueron resueltas entre Roosevelt, Churchill y Stalin en Yalta y permitieron llegar a la Conferencia de San Francisco del 25 de abril de 1945 en la que participaron 46 países que habían adherido a la Declaración de las Naciones Unidas y otros cinco países —entre ellos Argentina— que fueron admitidos a participar de la misma elevando así a 51 el número de miembros fundacionales de los cuales veinte pertenecían a América Latina.

Ya entonces emergieron controversias hoy re-actualizadas relativas a la jurisdicción nacional o a la protección internacional de los derechos humanos y la promoción del bienestar económico y social, y al poder dominante de las principales potencias o a un poder más igualitario entre los estados. Este consenso político para la paz y la seguridad en el mundo fue acompañado de un consenso económico establecido en 1944 en la Conferencia Monetaria y Financiera de Breton Woods en la que 44 estados incluida la Unión Soviética trazaron los proyectos para el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo y para el Fondo Monetario Internacional (en delante FMI). El papel de John Maynard Keynes y sus teorías del pleno empleo para el desarrollo económico aún siendo importantes en Breton Woods no impidieron entonces que en el FMI se impusieran las teorías ortodoxas del Tesoro de los Estados Unidos cuyo ideario abriría paso cuarenta años después y ante un nuevo mapa político del mundo, a la reformulación económica del Consenso de Washington.

Por todos esos antecedentes al menos, los derechos humanos no pueden ser entendidos simplemente al modo de un conflicto entre “los derechos de cada parte” cuando se da el ejemplo de una niña en espera de trasplante cuyo padre compatible como donante no quiere donarle su riñón con lo cual habría un conflicto entre el derecho de la niña a recibir un órgano y el derecho a la autonomía del padre.¹⁵⁰ Beauchamp y Childress confunden “derechos” con “derechos humanos”. Pero no todo derecho es un derecho humano. Tener derecho a recibir un riñón en un sistema nacional de trasplantes no quiere decir tener el derecho humano a que sea el padre quien le deba donar ese riñón. Por eso es que continúan esa confusión erróneamente al decir:

La teoría de los derechos la estudiaremos como individualismo liberal, el cual considera que en toda sociedad democrática el individuo debe estar protegido y tener la posibilidad de luchar por sus proyectos personales. En los últimos años, el individualismo liberal ha amenazado la supremacía de los modelos utilitaristas y kantianos. H. L. A. Hart ha descrito este proceso como la sustitución de “la antigua idea de que algún tipo de utilitarismo... debe captar la esencia de la moral política” por una nueva fe “en una doctrina de derechos humanos básicos, que protege las libertades básicas específicas y los intereses de los individuos.”¹⁵¹

Decir que el individualismo liberal ha amenazado a los modelos utilitaristas y kantianos desde una “nueva fe” es no sólo confuso sino también erróneo. Robert Alexy, por ejemplo, al defender su “posición kantiana” ante los derechos humanos dice que la misma es una “concepción liberal” de estos derechos.

El enlazamiento de las ideas de universalidad y de autonomía conduce a una teoría política liberal. La concepción kantiana de los derechos humanos es una concepción liberal de los derechos humanos. La concepción liberal de los derechos humanos es la idea política central de la Ilustración y de las revoluciones burguesas. Ella constituye hasta hoy el fundamento de todas las Constituciones de tipo occidental. Con esto es hasta ahora una de las ideas políticas más exitosas. No obstante, la concepción liberal de los derechos humanos fue discutida desde el comienzo y la crítica actualmente aumenta

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 65 y 66.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 66.

en lugar de disminuir. Las antiguas objeciones de formalismo, vacuidad, abstracción, déficit histórico y cultural, se repiten y aguzan desde el campo comunitario. No sólo el contenido de los derechos humanos sino la categoría de los propios derechos se cuestiona. La crítica se dirige en igual medida contra el aspecto de la autonomía como contra el de la universalidad... Es tarea de la concepción kantiana, como concepción liberal de los derechos humanos, enfrentar todas estas y muchas otras objeciones.¹⁵²

La posición que defendemos como bioética de los derechos humanos comparte varios de los supuestos de la concepción kantiana que en su teoría del discurso postula Alexy en cuanto al concepto de derecho y la fundamentación de los derechos humanos. Sin embargo, como veremos, resulta crítica sobre algunos aspectos de la misma. A la vez rescatamos las críticas que el comunitarismo dirige al liberalismo pero sin compartirlas plenamente.¹⁵³ Por un lado compartimos la crítica comunitarista al *individualismo liberal* y por eso no nos identificamos con la idea simple de una concepción “liberal” de los derechos humanos ya que difícilmente pueda llamarse “liberal” a una concepción que de uno u otro modo no destaque ese individualismo. En la defensa fuerte de la *equivalencia* entre derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, comienza esa diferencia. Si bien quienes adoptan una posición que llaman “liberal” dan un paso para tratar de defender su postura cuando sostienen, como por ejemplo Alexy,¹⁵⁴ que los derechos sociales son *medios* necesi-

¹⁵² Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., nota 98, p. 63.

¹⁵³ Entre los críticos comunitaristas del liberalismo destacan: Sandel, Michael, *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; 2a. ed., 1988 (trad.española: *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000) y Walzer, Michael, *Spheres of justice*, Nueva York, Basic Books, 1983 (trad.española: *Las esferas de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993). Véase también una consideración de las objeciones comunitaristas a los derechos humanos, en particular su universalismo, en Ruiz Miguel, Alfonso, “Derechos Humanos y Comunitarismo: aproximación a un debate”, *Doxa* 12, 1992, pp. 95-114.

¹⁵⁴ Véase Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, cit., nota 95, pp. 112: “Dos operaciones son las que conducen del derecho general a la autonomía a un catálogo concreto y especial de derechos humanos y fundamentales. La primera se utiliza al señalar que un determinado derecho concreto no representa otra cosa que un caso especial del derecho a la autonomía, y en cuanto a tal está conceptualmente contenido en él. De esa manera el entero catálogo de derechos concretos de libertad puede fundamentarse. La segunda operación consiste en que, como se expondrá, determinados derechos son medios necesarios para poder actuar autónomamente. Por ese camino pueden fundamentarse de-

rios para poder actuar en modo autónomo y fijar un plan de vida propio, esa defensa aunque necesaria no es suficiente. Porque se trata de una resuesta de *subordinación* de los derechos sociales a los civiles pero no de equivalencia. Nuestra posición es más radical en dos aspectos: i) los derechos humanos son una realidad históricamente dada por el acuerdo de posguerra entre estados liberales y estados socialistas: las democracias liberales nunca habían logrado, por si solas, alcanzar el carácter de universal para los derechos del hombre y del ciudadano; y ii). la relación de subordinación de los derechos sociales a los derechos civiles es un argumento liberal pero el argumento socialista era el opuesto: los derechos civiles debían subordinarse a los derechos sociales. Lo único que cabe deducir y sostener, para respetar en modo imparcial el espíritu y la letra del corpus original de los derechos humanos, es la *equivalencia* entre derechos civiles y políticos (de tradición liberal) con los derechos económicos, sociales y culturales (de tradición socialista). Al no hacerlo, por convicción previa o por entender que la democracia liberal es el modelo que ha terminado imponiéndose en el mundo luego de la caída del campo socialista, no sólo negaríamos el verdadero contenido de los derechos humanos sino que los estaríamos desequilibrando hacia una versión pragmática vaciada de universalismo y hacia una *distribución desigual de los derechos humanos*. Trataremos este punto en otros apartados y en particular al hablar de democracia.

Pero por otro lado hacemos del rechazo de todo imperialismo, como de toda dictadura, una razón constitutiva de los derechos humanos, y por eso no creemos que el universalismo moral de los derechos humanos pueda ser entendido como un imperialismo político o de ningún otro tipo, en el sentido en que a veces lo entiende el comunitarismo. El universalismo de los derechos humanos puede ser entendido en modo trascendental y oponerse así a todo imperialismo. Con todo lo polisémico que pueda resultar el término, entendemos trascendental en modo cercano al uso kantiano del término, como aquello que nos permite el conocimiento de la experiencia trascendiendo toda particularidad pero sin postularse más allá de la experiencia como suele hacerse con el término “trascendente”. Creemos, por tanto, que los derechos humanos no están más allá de la ex-

rechos a la protección por el Estado y derechos sociales fundamentales, como, por ejemplo, el derecho a un mínimo existencial. Ambas operaciones llevan a derechos que protegen y posibilitan el ejercicio de la autonomía tanto privada como pública.”

perencia histórica y social, individual y colectiva, porque en ella se constituyen. Y sin embargo también creemos que los derechos humanos no se reducen a esa experiencia porque su universalismo siempre ha pretendido trascender a toda particularidad.¹⁵⁵ En ese sentido, del orden trascendental kantiano nos interesan aún más los que han sido considerados sus tres trascendentales al considerar la relación entre “sujeto que trasciende” y “objeto transcendido”, o sujeto que constituye y objeto que es constituido, y que se enuncian como: “ser es ser relacionado”, “ser es constituir y ser constituido”, y “ser es ser un objeto”. Partiendo de esa concepción kantiana del ser relacionado, ser constituido y ser objetivado, aunque reemplazando la relación sujeto-objeto por una relación sujeto-sujeto, introduciremos más adelante los que pudieran postularse acaso como una suerte de trascendentales de una bioética de los derechos humanos y que respecto al sujeto de los derechos humanos lo enunciaremos como: “el ser que donde me piensan soy”, “el ser que donde me pienso sigo siendo”, y “el ser que pensando en los otros debo ser”. Si el último de ellos plantea la cuestión de la universalidad del bienestar, y el anterior la cuestión de la autonomía de la integridad, al primero cabe adjudicarle

¹⁵⁵ Sen, Amartya, en su libro *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, Buenos Aires, Katz Editores, 2007, hace continuas referencias a estas distinciones entre individuo/comunidad en la que el comunitarismo hace claros aportes y entre comunidad/otra cultura en la que su posición resulta más criticable: “Muchos pensadores comunitaristas tienden a afirmar que una identidad comunitaria dominante es sólo una cuestión de auto-realización y no de elección. No obstante, resulta difícil creer que una persona en realidad no tiene opción para decidir qué importancia relativa puede asignarles a los diversos grupos a los que pertenece y que debe ‘descubrir’ su identidades como si se tratara de un fenómeno puramente natural...”, pp. 27 y 28; “La dificultad de la tesis del choque de civilizaciones comienza mucho antes de llegar a la cuestión de un choque inevitable; comienza con la suposición de la relevancia única de una clasificación singular. De hecho, la pregunta ‘¿chocan las civilizaciones?’ se basa en la suposición de que la humanidad puede clasificarse, principalmente, en civilizaciones distintas y discretas, y que las relaciones *entre los diferentes seres humanos* de alguna manera pueden verse, sin que por ello se las comprenda menos, en términos de relaciones *entre las diferentes civilizaciones*. El defecto básico de la tesis es muy anterior a la pregunta acerca de si las civilizaciones deben chocar” (p. 35); “...aunque ciertas actitudes y creencias culturales básicas *ejercen influencia* sobre la naturaleza de nuestro razonamiento, no pueden, invariablemente, *determinarla por completo*” (p. 63); “El apoyo a las ideas de libertad y de debate público, y lo que puede llamarse derechos humanos básicos, ha sido expresado tan frecuentemente en Asia, la India, China, el Japón y en diversos otros países del este, el sudeste, el sur y el oeste de ese continente, como en Europa” (p. 134).

—como veremos— la cuestión de la alteridad igualitaria de la dignidad humana como identidad.¹⁵⁶

Pero además, “las libertades básicas específicas y los intereses de los individuos”, en la doctrina de los derechos humanos, cabe analizarlas cuando menos en la dialéctica de su carácter atributivo-distributivo o formal-material y no bajo una mirada individualista y liberal en la que paradójicamente quedan encerrados Beauchamp y Childress al intentar dar cuenta del individualismo liberal. Es decir: un componente de los derechos humanos tiene que ver con la atribución formal normativa que *un* individuo humano tiene para peticionar o exigir qué es lo que otros deben o no hacer (*atribución formal* que da lugar como exigencia de satisfacción de necesidades al *fundamento material* de los derechos humanos).

Todas las personas son sujetos de derechos dado que en tanto seres humanos tienen dignidad y merecen por ello ser tratados en modo justo. Los derechos humanos son subjetivos en el sentido de su atribución a las personas, individuos o colectivos humanos que resultan ser sus titulares pero no son subjetivos en el sentido de quedar librados a un mero conflicto de intereses entre partes que tienen distintas “visiones” porque pensarlos así negaría su universalidad. Aunque todos los seres humanos son sujetos titulares de todos y cada uno de los derechos humanos, la consideración sobre la pertinencia o no como derecho humano acerca de lo que un individuo peticona, requiere de una precisa ponderación de contenidos y de una delimitación rigurosa del sujeto que tiene la obligación de dar satisfacción al derecho peticionado. Un buen ejemplo de ello y de la relación entre bioética y derechos humanos es el siguiente caso del sistema regional europeo: el 29 de abril de 2002, la Corte Europea de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso de Diane Pretty, paciente con una enfermedad neurodegenerativa progresiva e incurable —enfermedad de la neurona motora—, con alimentación artificial y expectativa de vida

¹⁵⁶ La falta de una consideración de la idea de identidad para la teoría moral es uno de los aspectos más débiles del principialismo aunque esta noción es considerada imprescindible en muchos otros autores y abordajes. Véase, Appiah, Kwame Anthony, *La ética de la identidad*, Buenos Aires, Katz Editores, 2007; Amartya Sen, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, *Idem*; Taylor, Charles, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, *cit.*, nota 66. Especialmente relevante resulta Ricoeur, Paul, *Sí mismo como otro*, Madrid, Siglo XXI, 1996. Interesa asimismo el abordaje existencialista en Martin Heidegger, *El ser y el tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951 y Sartre, Jean-Paul, *El ser y la nada*, 4a. ed., Buenos Aires, Losada, 1976.

pobre y de mala calidad, que demandaba al Reino Unido por supuesta violación de sus derechos humanos. La paciente pedía autorización para que su esposo la ayudara a suicidarse y este pedido había sido rechazado en su país de origen. Los derechos humanos reclamados en nombre de la *Convención Europea de Derechos Humanos* fueron:

...el derecho a la vida entendiendo su significado como disposición sobre la propia vida (artículo 2o. El derecho a la vida de todos debe ser protegido legalmente- valor Vida), el derecho a no tener tratamientos inhumanos o degradantes (artículo 3o. Nadie será sometido a tortura o a otros tratos o castigos inhumanos o degradantes- valor Integridad:), el derecho a la autodeterminación o derecho a la vida privada (artículo 8o. Todos tienen derecho a que se respete su vida privada y familiar- valor Libertad), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9o. Todos tienen derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión- valor Libertad), el derecho a la no discriminación (artículo 14 El disfrute de los derechos y libertades asegurados por esta Convención debe hacerse sin discriminación de ningún tipo... valor Identidad).

La Corte entendió que el derecho a la vida como posibilidad de rechazar tratamientos de sostén vital no era análogo al de la intervención de terceros para terminar con la vida, que la protección a no recibir tratamientos inhumanos era en un sentido negativo y no en el de obligación positiva de no penalizar a quien brindara un tratamiento para terminar con la vida de otro, que la autodeterminación significaba el poder adoptar conductas para guiar su vida pero no para terminar con ella, que la interferencia del Estado en este caso era necesaria en una sociedad democrática para el respeto de los derechos de otros, que la libertad de conciencia de la paciente no permitía absolver a otro de su conducta, y que la prohibición legal del suicidio (más allá de no penalizarlo en las tentativas fallidas) se aplicaba a todos los individuos sin excepción.¹⁵⁷ Puede verse en este caso que los derechos humanos consisten “en parte” en la atribución formal dentro del sistema internacional de los derechos humanos de lo que los individuos entienden como sus derechos y reclaman como obligaciones de los otros. Queda por determinar si esa atribución es formalmente reconocida.

¹⁵⁷ European Court of Human Rights, Case of *Pretty vs. The United Kingdom*, Application num. 2346/02, Judgment, Estrasbourg, 29 de abril de 2002.

da o no. En el caso que acabamos de ver no lo fue. También es importante observar que el carácter atributivo del que hablamos en un sistema internacional formalizado de derechos humanos (con sistemas regionales, procedimientos de petición, evaluación y resolución), es el mismo carácter que en modo informal ha alimentado la historia de las luchas por los derechos del hombre cuando ésta fue dada en otros contextos. Las luchas para la abolición de la esclavitud y la tortura y otros tratos inhumanos fueron dadas en otros tiempos al de hoy en que se libra una lucha para la abolición de la pena de muerte. Pero en todas ellas había un reclamo o atribución de un derecho a no ser esclavizado, torturado o penalizado con la muerte.¹⁵⁸

Otro componente de los derechos humanos, además del componente atributivo, tiene que ver con la distribución material normativa que para *todos* los individuos humanos se reconoce en un determinado momento histórico-social en razón de las peticiones colectivas (*distribución material* que emerge del reconocimiento jurídico de las exigencias de satisfacción de necesidades como *fundamento formal* de los derechos humanos). La fijación en el corpus de instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos de aquellas normas que en modo prescriptivo reconocen los derechos que todo ser humano tiene por el solo hecho de ser humano y exigen dar satisfacción a las necesidades materiales de sus libertades fundamentales, es una distribución objetivamente igualitaria. Todos los Estados tienen la obligación de garantizar el respeto de los derechos de todos sus titulares que son todos los seres humanos. Esas obligaciones en tanto normas son absolutas en el sentido de no poder quedar subordinadas a otras normas. Los derechos humanos tienen un solo estándar para todos los seres humanos incluidos quienes los hayan violado.

¹⁵⁸ La lucha contra la tortura y otros tratos inhumanos continúa, como puede verse en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 11 de marzo de 2005; en el que se condena al Estado por aplicar según lo dispuesto en la Ley de Penas Corporales —incompatible con la Convención Americana— la pena corporal de flagelación mediante “gato de nueve colas” que la Corte considera una forma de tortura y emplaza al Estado a derogar o prohibir. Sobre pena de muerte véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Case of Boyce et al. vs. Barbados. Preliminary objection, Merits, Reparations and Costs*, Juicio del 20 de noviembre de 2007; CIDH, Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 15 de septiembre de 2005; CIDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 20 de junio de 2005; CIDH, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 21 de junio de 2002.

Por eso es que la incomprensión de los derechos humanos por el principialismo reside en su visión dissociada de derechos *legales* y *morales* y en su incapacidad para dar cuenta del carácter *absoluto* de los derechos humanos. Creyendo refutar a Ronald Dworkin cuando éste defiende que los derechos en ciertos contextos son absolutos,¹⁵⁹ Beauchamp y Childress sostienen que “Al igual que los principios de obligación, los derechos sólo son reclamaciones *prima facie*”.¹⁶⁰ Pero puede afirmarse que los derechos humanos son *absolutos* en tanto no reconocen ninguna instancia de subordinación última para la conducta moral. La posibilidad de afirmar un derecho y su correspondiente deber en modo absoluto deviene de la postulación kantiana de la naturaleza de los seres humanos como fines en sí mismos, fines objetivos en cuyo lugar no puede ponerse ningún otro fin para el que pudieran servir de medios, y sin lo cual no existe posibilidad alguna de encontrar nada con un *valor absoluto* porque si todo valor fuera condicionado y contingente no podría encontrarse ningún principio práctico supremo.¹⁶¹ Sin embargo, los principialistas creen que no hay instancia de subordinación última de la moral más que los principios éticos y que éstos no pueden ser sino obligaciones *prima facie* en abstracto ya que en modo *efectivo* quedan sujetos a deliberación lo cual exige adoptar una u otra teoría ética. Para ellos, la teoría de la justificación moral basada en principios es la que ofrece mayor coherencia y su “coherentismo” seguiría el método de justificación de John Rawls denominado *equilibrio reflexivo*. Pero lo que Beauchamp y Childress ofrecen es una posición sumamente confusa. Por un lado dicen que los principios éticos derivan de los juicios ponderados de la moral común que integra las diferentes normas de conducta humana socialmente aprobadas como por ejemplo los derechos humanos y que su intento es hacer de la moral común un todo coherente; y a la vez dicen que aunque las reglas, los derechos y las virtudes son extremadamente importantes para la ética de la asistencia sanitaria, son los principios los que proporcionan las normas más abstrac-

¹⁵⁹ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1977.

¹⁶⁰ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principios de ética biomédica*, cit., nota 79, p. 67.

¹⁶¹ Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1946, p. 82 y 83.

tas y exhaustivas del marco de referencia.¹⁶² Dicen asimismo que “las normas ponderadas —principios, reglas, derechos y similares— son *prima facie*, y no normas absolutas ni reglas de prioridad o reglas ordenadas jerárquicamente (lexicográficamente o en serie)” aunque “algunas de las normas especificadas son virtualmente absolutas ...un ejemplo son las prohibiciones de la crueldad y la tortura”, si bien

...los absolutos explícitos defendibles son especificaciones concisas y decisivas de los principios... son escasos y en raras ocasiones desempeñan algún papel en la controversia moral... es más, en vista de la enorme variedad de conflictos posibles entre las reglas, lo mejor es considerar las reglas absolutas como ideales más que como resultado de un proceso.¹⁶³

En su evaluación crítica en tanto alternativa al principialismo del que Beauchamp y Childress llaman “Individualismo liberal: una teoría basada en los derechos”, y aunque ya hemos mencionado varias de nuestras diferencias en caso de querer reducir nuestra tesis a los postulados que se le atribuyen a esa alternativa, estos autores señalan en síntesis cuatro cuestiones¹⁶⁴ que igualmente criticaremos: 1) “...deberíamos considerar que los argumentos basados en derechos no son teorías morales completas sino exposiciones de las reglas básicas y exigibles que toda comunidad e individuo deben cumplir en su relación con el resto de la sociedad”, nosotros decimos que una teoría ética completa debe dar cuenta del lugar de valores, principios y virtudes éticas como reflexión y crítica sobre los hechos morales y que los derechos humanos son los hechos morales más relevantes de nuestro tiempo de manera tal que cualquier teoría ética actual no puede dejar de estar vinculada en su reflexión y crítica a los derechos humanos como material normativo empírico; 2) “Aunque dispusiéramos de una teoría completa de los derechos, necesitaríamos además una teoría de las obligaciones, que expusiera al menos cuál es el ejercicio correcto de los derechos. No parece posible desarrollar un argumento satisfactorio apelando sólo a los derechos”, aquí hablamos de una bioética de los derechos humanos en tanto reflexión y crítica plural sobre las incertidumbres particulares de la acción correcta que reconoce

¹⁶² Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principios de ética biomédica*, cit., nota 79, p. 33 y 34.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 29.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 71 y 72.

como teoría general de las obligaciones al universalismo de los derechos humanos y su sistema internacional de protección en cuya tarea hermenéutica encuentra la bioética su plano de vinculación; 3) “Lo más correcto es pensar que tanto los ideales sociales como los principios de obligación son tan importantes para la moral social como los derechos, y que son imprescindibles. En ocasiones, los intereses comunitarios pueden prevalecer sobre los derechos.”, nosotros pensamos que parte de la tarea crítica y reflexiva de la bioética ha de realizarse en torno a valores individuales y colectivos ya reconocidos, compartidos y superiores —como la dignidad humana y la justicia— y en torno a valores individuales y sociales históricamente debatibles, ayudando a distinguir y precisar las relaciones de respeto entre el universalismo moral que representan los derechos humanos y el particularismo de diversas morales comunitarias; 4) “Por último, este lenguaje (el de los derechos) es con frecuencia innecesariamente adversativo... Esto no quiere decir que los derechos sean inherentemente adversativos o prescindibles, sino que la teoría de los derechos sólo ofrece parte del marco de referencia.”, la bioética que aquí proponemos considera que los hechos de la realidad en el mundo demuestran que el incumplimiento de las obligaciones excede ampliamente al respeto de los derechos humanos reconocidos y que la reflexión y crítica de la bioética reconociendo esta realidad ha de comenzar pidiendo garantías de respeto de esa moral básica común sin la cual resulta abstracto el desenvolver supuestos de una racionalidad ética más exigente. Es por esas razones que creemos muy confusa e incoherente a la posición del principialismo en bioética. Esa confusión, sin embargo, no es otra cosa que el resultado del postulado esencial que materializó el corte epistemológico de la moral con los principios de Georgetown y que fue la conversión de la justicia en principio ético de obligación *prima facie* situado en un mismo plano de horizontalidad junto a los demás principios éticos¹⁶⁵ y sometido con ellos a la tarea jerarquizadora de la

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 29 y 30: “Siguiendo a W. D. Ross, distinguimos entre normas *prima facie* y normas reales. Obligación *prima facie* implica que la obligación debe cumplirse, salvo si entra en conflicto con una obligación de igual o mayor magnitud. Una obligación *prima facie* compromete, a no ser que sea anulada o supeditada por obligaciones morales diferentes. Los actos con frecuencia tienen una serie de propiedades y consecuencias moralmente relevantes. Por ejemplo, mentir puede favorecer el bienestar de una persona, y matar a un paciente cuando éste lo demanda puede suponer acabar con su dolor y sufrimiento, así como respetar su autonomía. Estos actos son al mismo tiempo *prima facie* in-

justificación moral del *equilibrio reflexivo* llamado así *principlismo especificado*.¹⁶⁶ Pero aquí queremos señalar las inconsistencias de esa afirmación y defender una concepción de los derechos humanos como vinculación entre norma jurídica y norma ética. Porque aún aceptando que el componente moral de las exigencias encerradas en los derechos humanos no puede auto-fundamentarse en el derecho, estableceremos ese fundamento no en una teoría de la justificación moral basada en principios éticos sino en una ética de los valores cuyo valor máximo absoluto es la dignidad humana y cuyo deber mayor es la justicia. Y ésta es la segunda cuestión que queremos señalar sobre aquel recuento de teorías alternativas.

En los filósofos defensores del principlismo angloamericano como Beauchamp, Childress, Engelhardt o Macklin no existe mención alguna a la ética material de los valores¹⁶⁷ representada en sus comienzos por Scheler, Hartmann o Hildebrand. Sólo un principlista de tradición europea continental como Gracia Guillén los tendrá en cuenta.¹⁶⁸ Podrá atribuirse esta ausencia a la pérdida de vigencia de la ética de los valores y a su inclusión dentro del intuicionismo como forma del cognitivismo ético que a partir de los años treinta del siglo pasado fue duramente atacado por los no cognitivistas.¹⁶⁹ Pero aquí no sólo defendemos el lugar que hoy pueda tener la ética de los valores en una fundamentación de la bioé-

correctos y *prima facie* correctos, ya que en las circunstancias expuestas dos o más normas entran en conflicto. El agente debe decidir qué es lo que debe hacer buscando una obligación que supedite a la obligación *prima facie*; es decir, el agente debe establecer lo que Ross llama 'el equilibrio supremo' del bien sobre el mal. La obligación real del agente ante una situación concreta viene determinada por la ponderación entre las distintas obligaciones *prima facie* que han entrado en conflicto (como la beneficencia, la fidelidad y la justicia)".

¹⁶⁶ Véase una crítica del "principlismo especificado", en Smith Iltis, Ana (issue ed.), "Specification, Specified Principlism and Casuistry", *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 25, num. 3, June 2000, pp. 271-361.

¹⁶⁷ Sobre la actualidad de la ética material de los valores véase Rodríguez, Leonardo, *Deber y valor*, Madrid, Tecnos, 1992; Maliandi, Ricardo, "Notas para una rehabilitación de la ética material de los valores", *Escritos de Filosofía*, Buenos Aires, num. 21-22, 1992, pp. 67-93. Para su consideración en el terreno particular de los derechos humanos un buen ejemplo es Germán Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*, cit., nota 118. "Para una disputa filosófica reciente sobre normas y valores véase Putnam, Hilary y Habermas, Jürgen, *Normas y valores*, Madrid, Editorial Trota, 2008".

¹⁶⁸ Gracia, Diego, *Fundamentos de Bioética*, cit., nota 131, pp. 472-480.

¹⁶⁹ Beauchamp, Tom, *Philosophical Ethics*, cit., nota 147, pp. 104 y 105.

tica sino que además presuponemos que cualquier teoría ética para ser sistemática tiene que dar cuenta del lugar que según la misma ocupan los valores, los principios y las virtudes éticas. Al no hacer esto, la bioética angloamericana —que por otro lado utiliza reiteradamente el término valores humanos (*human values*)— se muestra o bien ignorando a una importante corriente de ética filosófica del siglo veinte y sus consecuencias o bien negando el carácter estrictamente filosófico de la misma.¹⁷⁰ Y es que gran parte de la filosofía en lengua inglesa procede como si la historia de la filosofía fuera semejante a la historia de la ciencia donde una teoría falsea a la anterior y lleva a su abandono siendo que el pensamiento filosófico se diferencia del científico porque siempre nos obliga a regresar a sus fuentes. Así hoy podemos prescindir de la teoría galénica de los humores pero no podemos prescindir de la teoría aristotélica de las virtudes. De todos modos es necesario observar que cuando recurramos a una teoría ética como la de los valores para fundamentar *a posteriori* la exigencia moral presente en los derechos humanos esto no implicará suponer *a priori* que dicha exigencia moral se base en la mayor o menor coherencia de una teoría ética. Hablar de la importancia, la motivación y la conciencia moral forma parte de una teoría ética de los valores, pero creer que el ejercicio fenoménico de esas facultades de la moralidad humana requiere del ‘equilibrio reflexivo’ o de la ‘justificación moral’ para su ‘coherencia’ nos conduciría a la falacia sofística sobre la virtud de la justicia que se ejemplifica en el *Protágoras*:¹⁷¹

Protágoras - Lo que yo enseño es la prudencia: en los asuntos familiares, para que administre su casa perfectamente; y en los asuntos públicos, para que sea el mejor dispuesto en el actuar y en el hablar.

Sócrates - Vamos a ver si interpreto bien tus palabras. Me parece que te refieres al arte de la política y que te comprometes a hacer de los hombres buenos ciudadanos.

Protágoras - Esa es, exactamente, Sócrates, la oferta que hago.

¹⁷⁰ Un autor como Nicholas Rescher, con un pensamiento más heterodoxo respecto de la filosofía analítica o pragmática angloamericana, en *Razón y valores en la Era científico-tecnológica*, Barcelona, Paidós, 1999, aunque defiende el carácter filosófico de una teoría de los valores no trata a los principales referentes europeos de la ética material de los valores.

¹⁷¹ Platón, *Protágoras*, 318 e, 319 a-d. Véase Bueno, Gustavo, “Análisis del Protágoras de Platón”, en Platón, *Protágoras*, ed. bilingüe, Oviedo, Pentalfa, 1980, pp. 17-84.

Sócrates - ¡Qué hermoso arte posees!, si realmente lo posees. No te voy a decir otra cosa que lo que pienso. Yo creía, Protágoras, que esto no era enseñable, si bien no sé cómo voy a disentir de tu afirmación. Y es justo que te diga por qué pienso que ni es enseñable ni los hombres pueden transmitírselo unos a otros. En efecto, yo opino, al igual que todos los demás helenos, que los atenienses son sabios. Y observo, cuando nos reunimos en asamblea, que si la ciudad necesita realizar una construcción, llaman a los arquitectos, para que aconsejen sobre la construcción a realizar. Si de construcciones navales se trata, llaman a los armadores. Y así en todo aquello que piensan es enseñable y aprendible... Pero si hay que deliberar sobre la administración de la ciudad, se escucha por igual el consejo de todo aquél que toma la palabra, ya sea carpintero, herrero o zapatero, comerciante o patrón de barco, rico o pobre, noble o vulgar; y nadie le reprocha, como en el caso anterior, que se ponga a dar consejos sin conocimiento y sin haber tenido maestro. Evidentemente, es porque piensan que esto no es enseñable.

En la disputa dialéctica que Sócrates mantiene con Protágoras el sofista, éste intenta reducir la objeción del primero y acude al mito de Prometeo y Epimeteo para explicar por qué las virtudes de un arte como la medicina había bastado con distribuir las entre unos pocos para poder atender la salud de muchos mientras que el pudor y la justicia debían repartirse a todos los hombres para que pudieran existir las comunidades sociales y el Estado con base en el respeto y el derecho en tanto virtudes compartidas por todos. Y explica además que una comunidad tal conduce a la educación temprana en la virtud política de la justicia. En este punto pareciera que el sofista ha refutado a Sócrates. Pero Hegel ya señaló los puntos precisos del problema en disputa y con tanta vigencia hoy.¹⁷² El punto de vista de los sofistas se enfrenta al de Sócrates y Platón porque éstos defienden lo verdadero y lo justo, lo bello y lo bueno, como fin y destino del hombre mientras que los sofistas no reconocen estos trascendentales o fines últimos. De allí que el razonamiento de éstos termina siendo *arbitrario* y con ese argumentar a base de razones en pro y en contra, si se admite que lo más importante son las razones, puede llegar a *probarse* o justificarse todo así como hoy pretende justificarse el “doble estándar” o la educación moral de los

¹⁷² Hegel, G. W. F., *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1955, t. II, pp. 8-28.

países pobres.¹⁷³ Para los sofistas no es el concepto *en y para sí* del hombre lo que nos conduce hacia el deber sino las razones externas de la justificación moral. La sofística no hace valer al hombre como tal, no cree que haya en el mismo ningún valor objetivo como no sea aquel que pueda ser probado con razones. Por eso es que se ha enfrentado desde su origen a toda teoría del valor como se enfrenta hoy a la dignidad humana como valor más alto en la ética de los derechos humanos.¹⁷⁴ La cultura griega de entonces —como nuestra cultura hoy— se dispersaba en muchos y distintos puntos de vista (el pluralismo y los “extraños morales”) y de allí que “...era fácil... que ciertos puntos de vista particulares y subalternos llegaran a imponerse como supremos principios”.¹⁷⁵ Por eso es que la pregunta que debe responder una ética verdadera hoy es por el lugar que ocupan los derechos humanos en tanto concepto ético-jurídico universalizador con capacidad de superar la multiplicidad de opiniones o la reducción a un punto de vista particular.

La exclusión o la minimización del lugar de los valores en la bioética, que ha realizado el principialismo, no sólo debilita su abordaje ético-filosófico sino que también explica sus inconsistencias para la comprensión filosófica del derecho y de la vinculación entre valores y principios, norma ética y norma jurídica, filosofía y derecho, bioética y derechos humanos. Para un autor como Alexy, en cambio, la relación entre valores y

¹⁷³ Véase Taylor, Charles, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, cit., nota 66, pp. 17 y 18: “Gran parte de la filosofía moral contemporánea, en particular, pero no únicamente, en el mundo angloparlante, se ha centrado tan restrictivamente en la moral, que los planteamientos de algunas de las conexiones clave que quiero trazar aquí resultan incomprensibles. Esta filosofía moral ha tendido a centrarse en lo que es correcto hacer en vez de en lo que es bueno ser, en definir el contenido de la obligación en vez de la naturaleza de la vida buena; y no deja un margen conceptual para la noción del bien como objeto de nuestro amor o fidelidad... Esa filosofía ha atibuido una visión exigua y truncada a la moral en un sentido estrecho y también a todo el abanico de las cuestiones incluidas en el intento de vivir la mejor de las vidas posibles. Además de nuestras nociones y reacciones a temas como la justicia y el respeto a la vida ajena, el bienestar y la dignidad, quiero examinar nuestro sentido de lo que subyace en nuestra propia dignidad o las cuestiones que giran en torno a lo que hace que nuestras vidas sean significativas y satisfactorias... Lo que éstas tienen en común con las cuestiones morales y lo que las hace merecedoras del vago término de «espirituales», es el hecho de que en todas ellas se implica lo que en otro lugar he llamado una «fuerte valoración»...”

¹⁷⁴ Para la explicitación del ataque al concepto de dignidad véase Macklin, Ruth, “Dignity is a useless concept...”, cit., nota 132.

¹⁷⁵ Hegel, G. W. F., *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, cit., nota 172, p. 22.

principios en el campo de las normas jurídicas es estrecha.¹⁷⁶ Pero aún sin adoptar una visión tan fuerte, que nos conduzca a una cuasi-identificación, la distinción entre valores y principios nos permite comprender la diferencia entre justificación “interna” y “externa” tanto en el terreno de la justificación de las decisiones éticas como en el de las jurídicas permitiendo, a la vez, establecer un puente de vinculación entre ambas.

La literatura jurídica, especialmente la jusfilosófica, se ha hecho eco de esa posible distinción, aunque de manera no coincidente. En efecto, mientras Alexy no duda en identificar los principios jurídicos con los valores, al señalar que “toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores, y viceversa. La única diferencia consiste en que la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico y en otro caso bajo un aspecto axiológico”, el catedrático de Sevilla Pérez Luño perfila una distinción centrada en la concreción: “Los valores funcionan, en suma, como metanormas respecto a los principios y como normas de tercer grado respecto a las reglas o disposiciones específicas”.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993: “Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores. Por ello, enunciados del Tribunal Constitucional Federal sobre valores pueden ser reformulados en enunciados sobre principios, y enunciados sobre principios o máximas en enunciados sobre valores sin pérdida de su contenido”, pp. 138 y 139; “La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios, prima facie debido; y lo que en el modelo de los valores es lo definitivamente mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. En el derecho, lo que se trata es de qué es lo debido. Esto habla a favor del modelo de los principios... El modelo de los principios y el modelo de los valores han demostrado ser esencialmente iguales por lo que respecta a su estructura, con la diferencia que uno debe ser ubicado en el ámbito deontológico (el ámbito del deber ser) y el otro en el ámbito de lo axiológico (el ámbito de lo bueno)”, p. 147.

¹⁷⁷ Vigo, Roberto Luis, *Los principios jurídicos*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 91.

Así puede entenderse que la “teoría de la justificación moral” a la que apelan Beauchamp y Childress termine en una petición de principio porque el recurso a las teorías éticas como último nivel “interno” para derivar las conclusiones o mandatos morales de las premisas o principios, resulta vano y disocia no sólo a la ética del derecho sino también a la teoría normativa del vivir individual y comunitario. Es necesario incorporar los valores éticos y jurídicos “externos” a los principios para poder dar cuenta de nuestra filosofía moral y política en el mundo de la vida.

No obstante todo lo dicho, y aunque el principialismo se convirtió en concepción dominante de la bioética dentro de los países industrializados, su visión de las relaciones entre bioética y derechos humanos fue mejor aceptada en los países de habla inglesa. Pero en Francia, Italia, Alemania o Japón se postularon concepciones muy alejadas del mismo. En la Europa continental la apelación a los “derechos” en general y a los “derechos humanos” en particular tuvo mayor importancia que los principios éticos tal como pudo observarse en la *Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina* del Consejo de Europa (Oviedo, 1997) también llamada —como hemos dicho— *Convención Europea de Bioética*.¹⁷⁸ Por otro lado, en las regiones americanas, africanas y asiáticas del Sur no desarrollado debería haberse extendido y profundizado una discusión sobre las distintas concepciones posibles de la bioética para no dar lugar a serias equivocaciones como la de la gestión educativa del programa regional de Bioética de la Organización Panamericana de la Salud. Esto indica que la ética de principios no fue aceptada ni resultaba aceptable entonces para todo el mundo. Era necesaria una ética universalista (y no meramente internacional) que garantizara una amplia discusión y representación por regiones donde se recogieran los aportes de cada una de ellas para una ética global. Esto era y sigue siendo necesario dado el gran desarrollo industrial, técnico y científico de algunos países, lo que les otorga una enorme ventaja en los foros mundiales de opinión que no debería conver-

¹⁷⁸ La Convención Europea de Bioética firmada en Oviedo en 1997 tuvo como uno de sus principales referentes al legislador español Marcelo Palacios. Si bien el carácter institucional de la Convención desdibuja las referencias individuales, hay que tener esto en cuenta para observar cómo en España se gestaron otras concepciones de la bioética con independencia del fundamentalismo de los principios éticos representado por Diego Gracia. Aunque puedan mencionarse varias de ellas, la visión de Gustavo Bueno que puede observarse en *El sentido de la Vida. Seis lecturas de filosofía moral*, cit., nota 91; es otro ejemplo de ello.

tirse en expresión de triunfo de un imperialismo moral en medicina. Algo de esto pudo verse en la pretensión de la FDA y otros organismos regulatorios de la investigación en Estados Unidos de convertir a los tres principios del *Informe Belmont* en una suerte de modelo global de la ética de la investigación.¹⁷⁹ Por eso resultaría tan importante la construcción y aprobación en 2005 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Y es por todo lo anterior que la enseñanza de la ética y el derecho en salud desde una perspectiva de conjugación de bioética y derechos humanos debe distanciarse de los enfoques principialistas. Porque las relaciones entre bioética y derechos humanos, como hemos dicho, no quedaron correctamente explicadas desde las concepciones dominantes que forman parte de la bioética de Estados Unidos y que han tenido en el fundamentalismo de los principios como teoría de la justificación moral su versión más exitosa en la bioética internacional. Por otro lado, y en un sentido comparativo, las concepciones dominantes de la bioética europea no siguieron a los principios de tanto predicamento en Estados Unidos sino que destacaron, en cambio, un lenguaje de derechos y en particular el de los derechos humanos como es el caso de la mencionada *Convención Europea de Bioética*. Algo semejante se había observado en la visión de la UNESCO cuando dio lugar a la *Declaración del Genoma Humano y los Derechos Humanos* en 1997. Sin embargo, no ha habido en los enfoques europeos un desarrollo que nos permita entender adecuadamente las relaciones conceptuales entre bioética y derechos humanos más allá de lo estipulativo.¹⁸⁰

Es necesario por tanto el poder presentar los conceptos básicos que puedan dar cuenta de una bioética de los derechos humanos como alternativa a la visión de los derechos humanos en las bioéticas de la justificación moral y a los enunciados declarativos de la conjunción entre bioética y derechos humanos. Y es que los derechos humanos no son explicados por las bioéticas de la justificación moral porque el sustrato esencial de los mis-

¹⁷⁹ En la revisión 2002 de las Pautas CIOMS-OMS sobre investigación en países pobres, bajo la coordinación de Robert Levine (USA), se dice: “Toda investigación en seres humanos debiera realizarse de acuerdo con tres principios éticos básicos: respeto por las personas, beneficencia y justicia. En forma general, se concuerda en que estos principios—que en teoría tienen igual fuerza moral— guían a la preparación responsable de protocolos de investigación”.

¹⁸⁰ Bueno, Gustavo, “Los derechos humanos”, *El sentido de la Vida*, cit., nota 91, pp. 337-375.

mos se ubica en el ámbito de la conciencia moral y no en el espacio tradicionalmente otorgado a la racionalidad moral. Es posible acordar *ab initio* con la afirmación de Beauchamp y Childress de que la justificación moral es apropiada si se necesita defender las convicciones morales que uno tiene o si es necesario demostrar como ocurre en el ámbito legal que se tienen razones suficientes para exigir algo concreto. Sin embargo, según estos autores no todas las razones son buenas ni todas las buenas razones son suficientes como justificación. El ejemplo con el que ilustran esto es el de las compañías químicas de Estados Unidos que creían tener una razón legal y moral suficiente para excluir a las mujeres en edad de procrear de los ambientes laborales con sustancias químicas peligrosas si bien en 1991 la Corte Suprema Federal consideró esta medida discriminatoria. Pero lo que se desprende de este ejemplo es que lo que termina haciendo que una razón (el carácter discriminatorio) sea justificable es su resolución jurídica legitimada al más alto nivel de la Corte Suprema. De este modo, la justificación moral se convierte en procedimiento legal. Pero esto implica varios problemas. El primer problema más directamente relacionado con los derechos humanos es el sentido que tiene la justificación moral en las situaciones en que son los gobiernos y las instituciones públicas las que no respetan a los mismos. Es decir, cuando el marco jurídico normativo se transgrede desde los mismos poderes del Estado pese a la existencia de normas positivas de protección de los derechos subjetivos. En segundo término y a veces ligado al problema anterior como ocurre en el caso de las dictaduras pero otras veces en el ámbito de las propias democracias, cabe preguntarse qué sucede con la justificación moral en las situaciones donde no se verifica una *situación ideal de habla* y se desconocen las pretensiones universales de verdad objetiva, de rectitud moral, y de correcta interpretación de los discursos.¹⁸¹ En estos casos, la veracidad de las exigencias no puede *justificarse* sino *mostrarse*

¹⁸¹ Habermas, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalidad social*, Madrid, Taurus, 1987, p. 69 (1a. ed. en alemán, *Theorie des kommunikativen Handelns I*, Frankfurt, 1981). “Sólo la verdad de las proposiciones, la rectitud de las normas morales y la inteligibilidad o correcta formación de las expresiones simbólicas son, por su propio sentido, pretensiones universales de validez que pueden someterse a examen en discursos. Sólo en los discursos teóricos, prácticos y explicativos tienen que partir los participantes en la argumentación del presupuesto (a menudo contrafáctico) de que se cumplen con suficiente aproximación las condiciones de una situación ideal de habla”.

en las acciones que den consistencia a las pretensiones morales.¹⁸² Las madres de la plaza de Mayo no tuvieron durante mucho tiempo poder justificatorio alguno y sin embargo mostraron en sus *rondas* la fuerza de su verdad a la vez que delataron la mendacidad de las manifestaciones de los gobernantes. El concepto de “racionalidad” moral sustentado en las teorías de la justificación moral como la de la bioética de principios se diferencia de aquellas posiciones que como las del “positivismo lógico” terminan negándole a la ética algún sentido fuerte de “racionalidad”. Sin embargo, tanto en unas como en otras “la conciencia” termina compartiendo con “las emociones” un espacio que no se sujeta a las evidencias empíricas ni a la lógica de los enunciados lingüísticos y es por ello que su papel en la moral es subalterno. Al final del primer capítulo sobre “Moralidad y justificación moral”, Beauchamp y Childress dicen:¹⁸³

Como ya hemos expuesto anteriormente, no hemos considerado en nuestro marco de referencia de principios y reglas, ni los derechos de las personas, ni el carácter y las virtudes de los agentes que realizan los actos, ni las emociones morales. Todas estas consideraciones morales deben ser analizadas en cualquier teoría que pretenda ser exhaustiva. Los derechos, las

¹⁸² El positivismo lógico, siguiendo a Mach, sostuvo que el objeto de las teorías científicas es la regularidad fenoménica caracterizada en *términos teóricos* que, según Poincaré, puedan ser matemáticos en sus definiciones. Y también afirmó que todo discurso cognitivamente significativo debía ser empíricamente verificable, en un lenguaje fisicalista en el que se hablara de cosas materiales con propiedades observables. Con esto, el positivismo privilegió aquello de lo cual podemos hablar porque podemos *verificarlo* y excluyó a la ética de esta posibilidad. Pero la teoría de la *justificación* moral, que el principialismo tomó de Frankena, intentó analogar los juicios morales a los juicios empíricos aunque señalando la imposibilidad lógica de pasar del “es” al “debe” (falacia naturalista). Wittgenstein, considerado por algunos como un positivista que afirmaba que sólo podemos hablar o decir de los hechos, sostuvo sin embargo que lo que se expresa *por sí mismo* en el lenguaje no puede ser expresado mediante el lenguaje, de manera que “lo que se puede mostrar, no se puede decir”. Por esto, un autor relevante para la bioética como Toulmin interpreta que al delimitar el campo de “lo decible”, Wittgenstein abrió paso a una especial atención a “lo indecible”, que sólo puede mostrarse, y que en muchos casos es “lo ético”. Véase Suppe, Frederick, *La estructura de las teorías científicas*, Madrid, Editora Nacional, 1979, pp. 21-31 (para el fundamento histórico del positivismo lógico y “la concepción heredada”); Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, Madrid, Tecnos, 2003; Janik, Allan, Toulmin, Stephen, *La Viena de Wittgenstein*, Madrid, Taurus, 1998.

¹⁸³ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principios de ética biomédica*, *cit.*, nota 79, p. 36.

virtudes y las emociones tienen, en ciertos contextos, más importancia que los principios y las reglas.

Y más adelante desarrollan el lugar que tienen las emociones en la ética del cuidado y dejan para el último capítulo sus consideraciones comparativamente breves —frente a los principios— sobre las virtudes, la conciencia y la excelencia moral; afirmando que todas ellas forman parte del discurso moral pero dejando muy claro que ninguna resulta sustancial en su teoría. Sin embargo, hay autores como Martha Nussbaum que han objetado ese corte entre razón y emociones y han hablado de “emociones racionales”.¹⁸⁴ Puede decirse así que las emociones racionalizables de la conciencia moral —es decir, las sensaciones que pueden ser unidas a creencias— se convierten en los derechos humanos en exigencias a las instituciones de normas de alcance universal o reconocimientos universalizables. Las emociones no se sujetan a reglas —al menos no a reglas racionales—. Las emociones normativas son convicciones intuitivas expresadas como creencias para la acción. De allí que las exigencias de los derechos humanos no se basan en reglas sino en imperativos de la conciencia aunque su petición de reconocimiento pueda en algún momento sujetarse a reglas.¹⁸⁵

Los derechos humanos son exigencias atributivas a las instituciones del respeto moral de valores humanos que se consideran distributivamente universalizables. Los derechos humanos fundan así reglas morales y no a la inversa como quieren sostener los principialistas como Macklin. Por ello los derechos humanos son expresiones referenciales de la con-

¹⁸⁴ Nussbaum, Martha, *Justicia Poética*, cit., nota 118 y también Kalinowski, Georges, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, cit., nota 118.

¹⁸⁵ Véase el concepto de “atestación” y su relación con el concepto de “conciencia” en Ricoeur, Paul, *Sí mismo como otro*, cit., nota 156, pp. xxxiv-xxxvii y 379-397. La noción de ‘atestación’ define el tipo de certeza al que puede aspirar la hermenéutica oponiéndose por un lado a la certeza del Cogito pero diferenciándose asimismo de la ‘creencia dóxica’ porque su gramática se inscribe en el ‘creo-en’ y no en el ‘creo que’. Aunque débil en tanto aspiración al fundamento último y amenazada permanentemente por la ‘sospecha’ —de la que es su contrario específico— la atestación se emparenta con el testimonio ya que no hay ‘verdadero testigo’ sin que haya ‘falso testigo’, y no hay otro recurso que el testimonio más creíble frente al falso testimonio, así como no hay otro recurso contra la sospecha que una atestación más fiable que invoca la confianza: confianza en poder decir, en poder hacer, en poder reconocerse como personaje de narración y poder responder diciendo ‘heme aquí’ donde “la atestación será la de lo que se llama comúnmente conciencia moral”.

ciencia moral. Son exigencias particulares de la conciencia individual sobre las obligaciones institucionales no sujetas a ponderación ni a negociación y es por ello que son inalienables, universalizables, absolutos y no negociables. Son inalienables porque nadie puede ser privado de su ejercicio por ninguna razón; son universalizables porque sus pretensiones de validez pretenden alcanzar el grado más amplio de reconocimiento fáctico posible; son absolutos porque no reconocen ninguna instancia de subordinación última para la conducta moral; y son no negociables porque sus enunciados no permiten otra validez que la que se alcance en un reconocimiento desinteresado.¹⁸⁶ Cuando esas exigencias son satisfechas entonces hablamos de respeto formal de los derechos humanos. Y la vía de reconocimiento institucional de esas exigencias no puede ser sino jurídica en una sociedad de derecho aunque el que una exigencia no tenga reconocimiento jurídico no implica que pierda su validez y valen como ejemplo las leyes de obediencia debida y punto final en la Argentina. Pero como esas exigencias aún siendo reconocidas son frecuentemente violadas podemos observar que el mundo de la moralidad está en permanente relación dinámica con el mundo de la inmoralidad. Los derechos humanos son el límite o barrera entre ambos mundos porque su línea divisoria se aplica a todos los individuos de la especie humana. Y de allí que toda bioética sólo pueda construirse y legitimarse desde los derechos humanos y hacia ellos.

El reconocimiento o no de una realidad en la cual la inmoralidad tiene un carácter objetivo como en las injusticias, las guerras y el atropello cotidiano y global a la dignidad humana; es lo que marca la diferencia entre una ética material y una apariencia ética. Reconocer las obligaciones institucionales exigidas por los derechos humanos marca con su amplitud el grado de universalización que alcanzan los supuestos morales de los mismos. Cuando ese reconocimiento tiene fuerza y continuidad institucional la razón encuentra que los supuestos morales son ahora principios éticos universales. Pero debe observarse que no es en el aspecto *declarativo* de los derechos humanos, ni en su reconocimiento como normas jurídicas donde descansa la esencia genética de su concepto, sino en las conviccio-

¹⁸⁶ Véase una consideración de estas características de los derechos humanos, entre otros, en Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa* 4, 1987, pp. 23-46; y en Beltrán Gaos, Mónica, "Tolerancia y derechos humanos", *Política y Cultura*, núm. 21, 2004, pp. 179-189.

nes particularizadas de aquellas exigencias morales portadoras de valores y entendidas por ello como derecho de todo individuo humano.

Ha sido Habermas quien ha señalado —para criticarlo— el ordenamiento que adoptan los grados decrecientes de racionalidad de la conciencia del sujeto agente: racionalidad con arreglo a fines, racionalidad con arreglo a valores, racionalidad afectiva y racionalidad tradicional, siguiendo la secuencia de tipos de acción propuesta por Max Weber.¹⁸⁷ En la primera, el sentido subjetivo comprende tanto los medios, fines y valores como las consecuencias, pero en la racionalidad tradicional sólo abarcaría los medios. A partir de allí Weber distinguirá entre la interacción basada en la *complementariedad de intereses* y las interacciones que reposan en un *consenso normativo* tal como el de los sistemas jurídicos modernos y su creencia en la legitimidad de un derecho natural racional que en la idea de un contrato se reducirá a procedimientos de formación de una voluntad racional. Pero esta tipología establecida por Weber y en particular su consideración sobre el papel de la voluntad racional en la legitimidad de la norma jurídica, le resulta oscura a Habermas. De allí que éste distinguirá por su parte entre acciones *instrumentales* (observancia de reglas de acción técnicas en la que se evalúa el grado de eficacia de la intervención que esa acción representa en un contexto de estados y sucesos); acciones *estratégicas* u orientadas al éxito (observancia de reglas de elección racional en la que se evalúa su grado de influencia sobre las decisiones de un oponente racional); y acciones *comunicativas* (los planes de acción de los actores implicados no se coordinan a través de un cálculo egocéntrico de resultados sino mediante actos de entendimiento basados en una definición compartida de la situación).¹⁸⁸

El concepto de entendimiento se distingue así del mero ejercicio de una supuesta voluntad racional y le otorga a la conciencia moral un lugar distinto al de la conciencia autónoma. Carlos Nino sostiene que los derechos humanos derivan de principios morales o más precisamente de un sistema de principios morales que en su caso son los principios de inviolabilidad de la persona, de autonomía y de dignidad de la persona. Pero éstos resultan superfluos según él si no se aplican a individuos con aptitudes potenciales para tener *conciencia* en primer lugar de su propia identidad como un centro de imputación de deseos, intereses y creencias irrem-

¹⁸⁷ Habermas, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa I, cit.*, nota 181, pp. 362 y 363.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 367.

plazables e independientes de otros.¹⁸⁹ De allí que la importancia y características de las relaciones entre justificación racional y conciencia moral depende de la teoría que defendamos en bioética. El sostener una u otra teoría nos lleva no sólo a mencionar el mayor número de conceptos históricamente relevantes en la ética con el afán de tener una teoría “completa”, sino también a otorgar determinados significados a esos conceptos dentro de la tradición filosófica y mayor o menor relevancia en la dinámica global de la teoría. De este modo se puede evitar que en una teoría ética los principios reemplacen a un sistema moral complejo y unificado.¹⁹⁰ Es en estos aspectos del significado y relevancia de los conceptos éticos y epistemológicos donde lo que para la bioética de principios tiene una forma, magnitud y dinámica; para una bioética de los derechos humanos tiene otra muy distinta. El lugar del racionalismo y las racionalidades en la medicina y la salud a lo largo de la historia, la distinción entre acciones y actos moralmente justificados, los problemas conceptuales que presentan las operaciones —que supuestamente han de ser guiadas por principios éticos— del acto en salud, son apenas una muestra de la complejidad de la que hay que dar cuenta al momento de construir una teoría de la bioética. Cuando se toma a la idea de “justicia” como modulador fundamental de toda teoría moral, esa construcción remite a los contenidos históricos del *ethos* que la conciencia individual y social ha ido elaborando a lo largo del tiempo haciéndolos suyos en su ejercicio de la ciudadanía como participación en el manejo de la cosa pública.

VII. EL ETHOS ANGLOAMERICANO EN LA BIOÉTICA

La lógica de la relación entre derechos humanos y bioética, y el lugar adecuado de la idea de justicia para un *ethos* de América Latina o de cualquier otra región del mundo, no se puede entender desde las teorías de la justificación moral angloamericanas porque el racionalismo de éstas no da cuenta de aquellos aspectos ligados a la conciencia que quedan fuera de sus justificaciones. La “acción racionalmente indicada” es dis-

¹⁸⁹ Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, *cit.*, nota 80, pp. 46 y 47.

¹⁹⁰ Clouser, Danner, Gert, Bernard “Morality vs Principlism”, en Raanan Gillon y Ann Lloyd (eds.), *Principles of Health Care Ethics*, Chichester, John Wiley and Sons, 1994, p. 251.

tinta del “mandato que la conciencia exige”.¹⁹¹ Pensar juntas a las éticas de la responsabilidad y de la convicción en una metaética de las convicciones responsables nos permite imaginar una bioética de los derechos humanos porque para identificar racionalmente principios éticos que responsablemente respetemos deben existir exigencias de la conciencia moral basadas en convicciones.¹⁹² Y es que en América Latina, como en otras regiones pobres del mundo, han pasado cosas graves para la relación entre bioética y derechos humanos que pueden ilustrar esos supuestos. Un ejemplo de esa gravedad fue el que la Comisión Nacional de Bioética en Argentina haya llegado a tener entre sus miembros a quien había sido ministro de Justicia durante la dictadura militar de 1976. Una dictadura en la que se cometieron miles de asesinatos y actos de tortura, se desarrolló una red nacional de centros clandestinos de detención, se rechazaron miles de pedidos de hábeas corpus y se expropiaron centenares de niños nacidos en cautiverio sin que nunca ese ministro descubriera o denunciara a los responsables de una sola de tantas atrocidades que fueran consideradas crímenes de lesa humanidad. Veinte años después se le incorporó como miembro de una comisión nacional de bioética y esto nos llevó a impugnar su pertenencia por falta de integridad moral lo que derivó en su renuncia. Pero la comunidad bioética nacional y quienes internacionalmente supieron de lo sucedido reaccionaron en modo diverso. Muchos se indignaron, pero otros bioeticistas guardaron silencio o dieron excusas formales, esquivas, de corrección protocolar y hasta opuestas a su cuestionamiento. Fue posible ver entonces la diferencia que había entre una bioética aparente y las convicciones más profundas sobre el sentido y la prioridad absoluta de los derechos humanos en la bioética.¹⁹³

¹⁹¹ Véase un esquema de los niveles del razonamiento moral y del lugar de la conciencia para el juicio sobre una acción específica en Glenn Graber y David Thomasma, *Theory and Practice in Medical Ethics*, Nueva York, The Continuum Publishing Co, 1989, pp. 7-19.

¹⁹² La distinción inicial entre éticas de la convicción y éticas de la responsabilidad corresponde a Max Weber supuestamente a partir del artículo “El sentido de «la libertad de valoración» en las ciencias sociológicas y económicas” de 1917, incluido en Max Weber, *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, Barcelona, Península, 1971.

¹⁹³ Acerca de la sesión donde ocurriera la impugnación véase “Desgrabación textual de la 8a. Reunión Ordinaria de la Comisión Nacional de Ética Biomédica”, Argentina, Ministerio de Salud de la Nación, 5 de octubre de 2000. Sobre las repercusiones del tema véase: “Comisión Nacional de Bioética. La designación de un ministro de Videla originó

Y es que el objetivo inicial o el fin de la filosofía moral no debe ser el de examinar las reglas morales como erróneamente sostienen los principialistas sino el de distinguir el campo de lo moral del campo de la inmoralidad. Así como Platón pudo exponerlo en boca de Sócrates en el comienzo mismo de la ética filosófica, así debemos seguir haciéndolo hoy. Hemos dicho que los sofistas, como los bioeticistas de hoy, fueron los hombres cultos de su época, aquellos que viajaban por el mundo de entonces enseñando aquel discurso que estaba por encima de los hombres comunes, sacerdotes, científicos, políticos y culturas diversas. Pero los sofistas, como *algunos* bioeticistas de hoy, creían tener respuesta para todo, creían probarlo todo como hoy algunos creen poder justificarlo todo. Los sofistas se apoyaban en el impulso que mueve al hombre a llegar a ser sabio, siendo la sabiduría la capacidad de conocer qué es el poder en el Estado y entre los hombres y lo que debemos acatar al conocer ese poder y poder determinar a los otros a conducirse con arreglo a nuestros fines.¹⁹⁴ Y por eso los sofistas fueron maestros de la elocuencia que supone destacar los múltiples puntos de vista de un asunto (el pluralismo diríamos hoy) para hacer valer lo que entendemos como más útil o conveniente. Pero el reto de entonces de hacer de la sofística una filosofía verdadera es el mismo de hoy de hacer de la bioética una ética verdadera que no pueda ser acusada de haberse convertido en una “industria” más.¹⁹⁵ Y en nuestro mundo actual, de lo que se trata para quienes nos ocupamos de la ética, es de discutir en el comienzo los límites de esa frontera que han trazado los derechos humanos como expresión mayor de la moralidad contemporánea. Límites sometidos a groseras y explícitas transgresiones que no pueden sino verificarse en tiempo y lugar determinados. Límites sometidos también a sutiles e implícitas tentativas de resignificación que también se verifican

una crisis”, *Diario El Día*, La Plata, 8 de diciembre de 2000; “Alberto Rodríguez Varela, académico y ex defensor del dictador. El ético ex ministro de Jorge Videla. Un médico lo descubrió en la Comisión de Ética Biomédica y pidió que lo expulsen. Pero terminó él con su mandato revocado”, *Diario Página 12*, Buenos Aires, 18 de diciembre de 2000”; “Doscientos científicos critican la Comisión Nacional de Ética Biomédica”, *Diario Página 12*, Buenos Aires, 28 de febrero de 2001; “Solidaridad con el doctor Tealdi”, *Revista Noticias*, núm. 109, Montevideo, Sindicato Médico del Uruguay, marzo 2001.

¹⁹⁴ Hegel, G. W. F., *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, cit., nota 172, p. 13.

¹⁹⁵ Wadman, Meredith, “Business booms for guides to biology’s moral maze”, *Nature*, 1997, núm. 389, pp. 658 y 659; véase también en ese número el editorial, “Trust and the bioethics industry”, p. 647.

en tiempo y lugar determinados. Y es por todo eso que resulta tan necesario, también, el contextualizar a la bioética.

En ese sentido, Albert Jonsen ha defendido la hipótesis de que hay un *ethos* norteamericano que ha dado forma al modo en que los estadounidenses piensan acerca de la moralidad y que este *ethos* ha transformado la respuesta a los desarrollos de la medicina de Estados Unidos en una disciplina y un discurso llamados bioética.¹⁹⁶ *Ethos*, para Jonsen, es el modo característico en el que una población interpreta su historia, su mundo social y su entorno físico en orden a formular opiniones y convicciones acerca de qué es lo bueno y lo correcto. No se trata de la conducta de una población en el sentido que pueda describirla un antropólogo sino del panorama de ideas e ideales por los cuales una población se juzga a sí misma cuando trata de justificar o repudiar su conducta. El *ethos* no es tampoco la colección de reglas, principios y valores que se invocan sino la matriz en la que esas reglas principios y valores se constituyen. Para Foucault, lo que los griegos llamaban un *ethos* era algo así como la actitud o modo de relación respecto a la actualidad, una manera de pensar y de sentir, de actuar y de conducirse que a la vez marca una pertenencia y una tarea (por ejemplo la actitud de la modernidad).¹⁹⁷ Pero a la vez, un *ethos* filosófico consistiría en una crítica de lo que decimos, pensamos y hacemos, a través de una ontología histórica de nosotros mismos. El *ethos* norteamericano se caracterizaría para Jonsen por el moralismo, el progresismo y el individualismo.

El “moralismo” entendido aquí como distinto de la moralidad supone la tendencia a transformar todos los aspectos de la vida diaria en cuestiones morales en una especie de “adicción a la moralización” que termina adjudicando sentido moral a distintos aspectos de la vida en una forma caprichosa visible tanto en el puritanismo y el catolicismo como en diversas sectas y grupos. El “progresismo moral” implica el espíritu que aspira a un futuro siempre mejor que el presente y que transforma en “misión moral” toda búsqueda de un destino, aún cuando ese camino implique brutalidad y destrucción ya que toda intención y conducta habrá de ser juzgada a la luz de aquel ideal moral. El sentido de una misión providencial en los puritanos, y sobre todo del progreso científico y tec-

¹⁹⁶ Jonsen, Albert R., *The Birth of Bioethics*, cit., nota 1, pp. 389-401.

¹⁹⁷ Foucault, Michel, “¿Qué es la Ilustración?”, *Sobre la Ilustración*, Madrid, Tecnos, 2003.

nológico como ideas de la Ilustración, el Positivismo y el Pragmatismo, serían convergentes con la aspiración nacional de ascenso político, económico y militar. El “individualismo moral”, por último, implica la creencia en que la riqueza y la responsabilidad moral residen en el individuo y no en la comunidad; tal como lo sostenido por la doctrina calvinista de la salvación personal, la afirmación cristiana de que cada alma es infinitamente preciosa a los ojos de Dios, el llamado evangélico a un compromiso personal con Jesús, la doctrina ilustrada de los derechos naturales y la exaltación de la libre empresa y el mercado. Pero este individualismo no es atomístico cuando se une al progresismo para que el futuro mejor se consiga con el trabajo conjunto. Estas tres características se conjugaron en la emergencia de la bioética en los Estados Unidos.

El moralismo en medicina comenzó tan temprano como en el siglo diecinueve con la codificación de la moral médica. El progresismo fue posterior a la Segunda Guerra Mundial con la creencia en poder alcanzar con la ciencia y la tecnología una mejor salud para todos convertida en idea de progreso sin límites que se fue reforzando con los nuevos descubrimientos médicos. Y el individualismo profesional que el poder de la ciencia y la tecnología fueron reafirmando con un costo y una dificultad creciente en el acceso a la atención de la salud, no encontró en la visión liberal de la bioética de Estados Unidos un cuestionamiento último a los “fines” de la medicina —sólo problematizados por algunos autores como Daniel Callahan¹⁹⁸— sino que se convirtió en todo caso en una vía “justificatoria” de los mismos. En la visión apocalíptica de la sociedad de Estados Unidos que el cineasta Lars von Trier ofrece en *Dogville* (2003) y luego en *Manderlay* (2005) estos tres componentes emergen en toda su crudeza. Y un personaje central de la primera —Tom—, será la representación del filósofo moral que incapaz de conocerse y cambiarse a sí mismo para poder diferenciarse de la infamia moral que le rodea, termina mostrándose como un ser miserable que ha de ser condenado. El error de extrapolación del *ethos* angloamericano que el principalismo ha hecho tiene así su triple debilidad en ese moralismo, individualismo y progresismo, que poco tienen que ver con la realidad histórica y social de la moralidad en otras comunidades. Pero si bien el análisis de Jonsen nos sirve para comprender el modo angloamericano de dar cuenta de las cuestiones morales de la vida y el vivir, la consecuencia que se desprende de ese análisis

¹⁹⁸ Callahan, Daniel (dir.), “The Goals of Medicine”, 1996, *cit.*, nota 64.

es la necesidad de identificar el *ethos* de cada población unida en los lazos de su historia y su cultura para pensar la moralidad.

VIII. LAS AMENAZAS GLOBALES PARA AMÉRICA LATINA

La profesión médica en América Latina, asediada por diversas razones históricas y sociales en sus tradicionales compromisos morales con la atención y el cuidado de los pacientes y la comunidad, encontró una nueva amenaza en la opción de una bioética como el fundamentalismo de los principios que aunque originada en un *ethos* particular se presentaba como exenta de todo condicionamiento histórico y social.¹⁹⁹ Y sin embargo, las amenazas a la integridad moral de la profesión médica en el mundo con sus distintos orígenes en el proceso de globalización económica y social, las fuerzas del mercado presentes en ella, y el creciente poderío económico-financiero de la investigación y el desarrollo en las ciencias de la vida y la salud; cobraron distinto significado para la profesión médica en los países ricos que en los países pobres. En los primeros la globalización, el mercado y el desarrollo científico-tecnológico en salud, si bien amenazaron la moral médica tradicional por otro lado ofrecieron en el modelo económico-social comunitario y en las condiciones de vida de una franja de su población, razones subyacentes para postular el cambio de esa ética tradicional hacia concepciones liberales avanzadas.²⁰⁰ El objetivo de la Organización Mundial de Comercio de extender el libre mercado a salud, educación, vivienda y transporte, para capturar el segmento del producto bruto interno nacional dedicado a esos servicios públicos, amenazó con la destrucción de los tradicionales sistemas de salud europeos en su cobertura universal y sus principios de solidaridad y equidad pero resultó atractivo en una región que pujaba por ser proveedora global de esos servicios.²⁰¹

¹⁹⁹ Sobre la falta de autocrítica de la bioética en Estados Unidos véase Fox, Renee, "The entry of United States bioethics into the 1990's: a sociological analysis", en DuBose, Edwin *et al.* (eds.), *A Matter of Principles? Ferment in United States Bioethics*, Valley Forge, Pennsylvania, Trinity Press International, 1994, p. 56.

²⁰⁰ Veatch, Robert, sostiene que buena parte del incremento de costos en la medicina actual se debe al enfoque tradicional hipocrático sobre el cuidado médico en: "Healthcare Rationing through Global Budgeting: The Ethical Choices", *The Journal of Clinical Ethics*, 1994, vol. 5, num. 4, pp. 291-296. Sobre el *ethos* americano véase Jonsen, Albert, *The Birth of Bioethics*, *cit.*, nota 1, pp. 389-401.

²⁰¹ Price, David *et al.*, "How the World Trade Organization is shaping domestic policies in health care", *The Lancet*, vol. 354, 27 de noviembre de 1999, pp. 1889-1892.

En las regiones pobres del mundo como América Latina, en cambio, esas amenazas de la globalización, el mercado y el desarrollo científico, se volvieron más amenazantes aún con el cambio de la moral tradicional hacia una bioética liberal de los principios éticos. Esto sucedió cuando la tradicional obligación de cuidado médico se vio socavada por las posturas neoliberales en los sistemas de salud mientras una pauperización creciente hacía que el hambre volviera a ser la máxima prioridad sanitaria en estos países. El mejor alumno de las doctrinas privatizadoras del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional que fue la Argentina durante la década de los noventa, llegó a tener sus salas de internación pediátrica repletas de chicos desnutridos en 2001. Por eso no era sorprendente en modo alguno que el presidente brasileño Lula sostuviera después y en el mismo día de su elección para un primer mandato: “El mercado debe saber que los brasileños tienen que comer tres veces por día”.

La caída del Muro de Berlín en 1989 y la reunificación de las dos Alemanias en 1990 fueron dos de los símbolos mayores del reordenamiento político del mundo hacia la nueva globalización. La desaparición de la Unión Soviética y de los estados socialistas supuso una globalización política, militar y económica del liberalismo. La integración política de las antiguas repúblicas soviéticas a la Comunidad Europea y la integración militar al Tratado del Atlántico Norte dibujaron el mapa internacional de los nuevos acuerdos. La temprana reformulación económica que acompañó a estos reordenamientos fue postulada por John Williamson en 1990 en lo que se ha dado en llamar el Consenso de Washington donde Washington significaba el complejo político-económico-intelectual integrado por organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, y por el Congreso, la Reserva Federal, los altos cargos de la Administración y los grupos de expertos de Estados Unidos.²⁰² El Consenso implicaba, entre diez instrumentos, los acuerdos en privatizaciones, liberalización comercial y financiera, desregulaciones, garantías de los derechos de propiedad, y apertura a inversiones extranjeras directas. Durante la década de los noventa este modelo se aplicaría sobre todo y aún con distintos matices en la Región de América Latina. Su principal y definitivo problema era que en él quedaba prácticamente excluido el tema de la equidad siendo América Latina el continente más desigual del planeta donde el ingreso per cápita del 20% más rico re-

²⁰² Williamson, John, “Lo que Washington quiere decir cuando se refiere a reformas de las políticas económicas”, en M.Guitián, J.Muns (eds.), *La cultura de la estabilidad y el consenso de Washington*, Barcelona, 1999, pp. 67-79.

sultaba ser 18.7 veces mayor que el ingreso per cápita del 20% más pobre cuando la media mundial era de 7.1. Williamson explicaba la exclusión directa de los problemas de equidad diciendo que su pretensión era elaborar una lista positiva más que una lista normativa y que deliberadamente había excluido de la lista cuanto fuera básicamente redistributivo porque pensaba que el Washington de los ochenta era una ciudad muy desdeñosa con las preocupaciones sobre la igualdad. Sin embargo, los argumentos de Williamson mostraban una ambigüedad en el uso del término “Washington” toda vez que varias de las instituciones mencionadas en el Consenso no se mostraban enteramente de acuerdo con algunos de los diez puntos centrales señalados como comunes. Esto mostró que Williamson había pretendido formular un paradigma de política económica a partir del “posible acuerdo” entre los poderes fácticos que podían dictarlo desde un modo de argumentación pragmático en extremo importante de ser comprendido para poder establecer los supuestos de interpretación moral que a la realidad de la vida y la salud podían aplicarse.

Y sin embargo, en medio de esa situación había bioeticistas que promovían el fundamentalismo de una bioética de los principios éticos que se pretendía innovadora frente a la supuesta actitud nostálgica de quienes reclamaban un cuidado médico respetuoso de la salud como un derecho humano básico. Pero cuando los contenidos y procedimientos propuestos por esa bioética de innovación para países ricos quisieron ofrecerse como respuestas a los problemas que amenazaban la obligación de cuidado médico en los países pobres, se observó entonces a una seudobioética que en las apariencias de sus falsas respuestas resultaba encubridora de una verdadera conciencia moral. Un ejemplo de ello pudo observarse en la bioética de principios y su aplicación a la enseñanza de la ética médica según una propuesta internacional de una *Carta de los Médicos* pensada como una suerte de Juramento Médico Global. Viendo que el compromiso de la medicina con el paciente estaba siendo desafiado por fuerzas externas de cambio dentro de nuestras sociedades, tres importantes organizaciones trabajaron para elaborar un documento aparecido simultáneamente en *The Lancet* y *Annals of Internal Medicine* con tres principios éticos y diez reglas que se pretendía pudieran ser aplicables a diferentes culturas y sistemas políticos.²⁰³ Pe-

²⁰³ ABIM Foundation, ACP-ASIM Foundation and European Federation of Internal Medicine Project, “Medical Professionalism in the New Millennium: A Physician Charter”, *Annals of Internal Medicine*, vol. 136, 2002, pp. 243-246.

ro la *Carta* enunciaba tres principios fundamentales: el de primacía del bienestar del paciente, el de autonomía del paciente, y el de justicia social; que, como se ve, repetían los del *Informe Belmont*. Sus diez reglas pretendían que a pesar del reconocimiento de las diferencias culturales y las tradiciones nacionales y de las dificultades que causaban a la profesión médica la globalización, las fuerzas del mercado y la explosión tecnológica, se reafirmaran principios y valores supuestamente fundamentales y universales para todos los médicos. Pero esto resultaba muy discutible cuando el marco conceptual lo constituía un paradigma angloamericano y no el sistema de derechos humanos.²⁰⁴

Es así que la concepción fundamentalista de los principios éticos de origen angloamericano al ser introducida como nueva moral médica resultó especialmente perjudicial en la región de América Latina. Y esto que ocurrió en primer lugar con la implementación de un programa educativo principialista para América Latina a través del Programa Regional de Bioética de la Organización Panamericana de la Salud, y que comenzó a reproducirse luego con los programas de capacitación en ética de la investigación patrocinados por diversos organismos extra-regionales tales como el Centro Fogarty de los Institutos Nacionales de Salud, se debió tanto a la falta de reflexión crítica sobre esa introducción y a la mentalidad colonialista de algunos individuos e instituciones de América Latina, como al papel jugado por esas fuentes de financiación en la promoción de determinados proyectos en bioética.²⁰⁵ En 1989 Carlyle Guerra de Macedo, entonces Director de la OPS, estaba preocupado por las consecuencias de la introducción en América Latina del modelo autonomista liberal de la bioética angloamericana. Hoy sabemos que el fundamentalismo de los principios es una concepción errónea y un fracaso para nuestros problemas bioéticos. Y es que América Latina es la región del mundo con mayores inequidades en salud al comparar la brecha entre el 20% más rico de la población con el 20% más pobre. Esas inequidades aunque no son homogéneas aumentaron en las últimas décadas al igual que el porcentaje de población en situación de pobreza. Haití es el país más pobre del mundo. En la Argentina de 2003 más de la mitad de los niños menores de 14 años eran pobres. La fuente principal de los problemas morales de la vida y el vivir en América

²⁰⁴ Tealdi, Juan Carlos, "Physicians Charter and the New Professionalism", *The Lancet*, vol. 359, num. 79322, 8 junio de 2002, p. 2042.

²⁰⁵ Véase Chadwick, Ruth y Schüklenk, Udo, "Bioethical Colonialism?", *cit.*, nota 48.

Latina era y es la pobreza y la inequidad. Y en ese marco, se implementaba una bioética liberal de pretensión pseudo-universalista que no atendía a las necesidades y problemas éticos de las condiciones de salud, los derechos humanos, las cuestiones sociales y culturales, económicas, políticas y religiosas de los países de América Latina.²⁰⁶ A la vez, el Programa de Bioética de OPS constituía para el período 2001-2002 a un Comité Asesor Internacional que debía contribuir al examen de las directrices y políticas de la Organización y que estaba formado con siete bioeticistas estadounidenses y uno español que ninguna experiencia especial poseían acerca de la Región.²⁰⁷ ¿Cuál era la razón para que América Latina necesitara un asesoramiento ético que no era necesario en otras regiones y qué es lo que otorgaba validez a ese asesoramiento? La OPS, un organismo con cien años de destacada tradición en salud pública y todos los recursos para haber construido un modelo ejemplar en ética de la salud, dejó así a la ética de la pobreza y las inequidades de América Latina en manos de una bioética liberal principialista sin vivencias, conocimiento ni experiencia en la salud regional y sus problemas éticos prioritarios, con lo cual se abrieron espacios de reforzamiento de la tendencia regional creciente a la injusticia.

IX. DEL FUNDAMENTALISMO DE LOS PRINCIPIOS AL IMPERIALISMO MORAL

La *Comisión Nacional* que en 1978 y después de grandes diferencias en su seno emitió el *Informe Belmont* consagró —como hemos dicho— los principios éticos de respeto por las personas y beneficencia propuestos por Engelhardt y el de justicia propuesto por Beauchamp que emergieron co-

²⁰⁶ La disociación entre las orientaciones estratégicas y programáticas de OPS con la planificación del posgrado del Programa Regional de OPS impartido por Diego Gracia puede observarse en: Pellegrini Filho, A. y Macklin, R. (eds.), *Investigación en Sujetos Humanos: Experiencia Internacional*, Santiago de Chile, Programa Regional de Bioética OPS/OMS, Serie Publicaciones, 1999. El desconocimiento y desinterés en el campo de la bioética para atender a los determinantes sociales de la salud comunitaria ha sido señalada por Daniels, Norman, “Why Justice is Good for Our Health?”, en F. Lolas y L. Agar (eds), *Interfaces between bioethics and empirical social sciences*, Regional Program on Bioethics OPS/OMS, publication series-2002, p. 38.

²⁰⁷ Los ocho miembros del Comité fueron: Daniel Callahan, Norman Daniels, James Drane, Ezequiel Emanuel, Robert Levine, Ruth Macklin y Daniel Wikler de Estados Unidos, y Diego Gracia Guillén de España.

mo normas de nivel medio entre los derechos humanos y los valores religiosos para fundamentar la moral en salud.²⁰⁸ Al año siguiente los *Principios de Ética Biomédica* de Beauchamp y Childress sistematizarían la propuesta llevando a cuatro el número de principios, dándoles un carácter “fundamental” y postulándolos como obligaciones éticas *prima facie*.²⁰⁹ De este modo, los principios éticos a diferencia de los derechos humanos no serían considerados absolutos e inviolables en cualquier circunstancia, con lo cual la condición conjugadora de la moral contenida en la dinámica histórica de la idea de justicia quedó disuelta por esa operación de encubrimiento que supuso la conversión de la justicia en principio ético *prima facie*.²¹⁰ Operación que expresaba tanto la razón de ser del fundamentalismo ético y el imperialismo moral como el enorme éxito de la propuesta para atemperar las críticas a la injusticia del orden establecido por el liberalismo avanzado. Pero que significaba, a su vez, que el principialismo en ética no tenía coherencia interna, ni poder explicativo o justificativo, ni viabilidad en sus pretensiones teóricas porque no podía dar un solo ejemplo de subordinación de la idea de justicia a algún principio ético, ya que de haber querido hacerlo habría caído inmediatamente en contradicción ya que es precisamente la idea de justicia aquella que da coherencia armónica, poder interpretativo y legitimación procedimental a los principios éticos. Sin embargo, para los fundamentalistas a partir de entonces el papel de los derechos humanos (el lugar de la idea de justicia) quedó subordinado a los principios éticos. La *Enciclopedia of Bioethics*, que no tiene ninguna entrada para “Derechos Humanos”, en su 1a. ed. incluía una visión inclusiva

²⁰⁸ El costo racional de esta elección es haber prescindido del *principio del tercero excluido* (*tertium non datur*) por el cual dos proposiciones que se oponen contradictoriamente no pueden ser ambas falsas ni, por consiguiente, ambas verdaderas. Derechos humanos y valores religiosos, si se oponían contradictoriamente, no podían resultar ambos falsos ni ambos verdaderos. Los derechos humanos son por definición incluyentes de los valores religiosos. Los valores religiosos, en cambio, no necesariamente lo son de los primeros. La disociación por el principialismo de principios éticos, derechos humanos y valores (reducidos a valores religiosos) es verificable en esta operación.

²⁰⁹ Beauchamp, Tom, Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics*, Nueva York, Oxford University Press, 1979. La concepción de la bioética fundada en principios se extenderá a *Los Fundamentos de la Bioética* de Engelhardt en 1986, los *Fundamentos de Bioética* de Gracia Guillén en 1989 en España y los *Principios de Ética en Atención de la Salud* de Gillon en 1993 en el Reino Unido, entre otros textos.

²¹⁰ Véase un análisis crítico de la ética de los principios “*prima facie*” en Dancy, Jonathan, “Una ética de los deberes *prima facie*”, en Peter Singer (ed.), *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza Editorial, 1995, pp. 309-321.

de los mismos por Albert Jonsen bajo el título “Derecho a los servicios de atención de la salud”. En la 2a. ed. ese trabajo de Jonsen no apareció y en la entrada “Derechos”, en cambio, Macklin postuló el carácter derivado de los principios éticos que tienen los derechos humanos.²¹¹ En esa línea argumentativa del principialismo la definición de salud de la OMS resultó inaceptable y para la *Comisión Presidencial* de Bioética en 1983 ya la salud no sería un derecho humano básico. Y paradójicamente, cincuenta y cinco años después de haber constituido los Tribunales de Nuremberg, los Estados Unidos se negarían a reconocer la incumbencia para sus soldados del Tribunal Penal Internacional destinado a juzgar los crímenes contra la humanidad.

Frente a las críticas sufridas, Beauchamp y Childress introdujeron importantes cambios en la 4a. ed. de su libro (1994). Los derechos humanos que eran reducidos inicialmente a reglas derivadas de los principios, aparecieron entonces como moral común que es fuente de los principios éticos dejando al rawlsiano “equilibrio reflexivo” la tarea de ponderación última de esos principios y manteniendo el carácter deductivo de la estrategia aunque retocada. Pese a estos esfuerzos por reformular la bioética de los principios, la relación esencial entre bioética y derechos humanos no quedó salvada y según Robert Baker el fundamentalismo moral entró definitivamente en bancarota siendo una prueba de ello las conclusiones del Informe de 1996 de la *Comisión sobre Experimentos con Radiación Humana* en las que no hubo una sola condena merced a la introducción de la distinción entre acciones morales y agentes morales.²¹² Se juzgó allí a los militares de Estados Unidos que durante la época de la Guerra Fría con la Unión Soviética y bajo hipótesis de conflicto nuclear habían expuesto a experimentos radioactivos a población civil de hombres y mujeres, niños, adultos y ancianos. La conclusión fue que las acciones habían sido inmorales pero los agentes habían actuado en un marco de “ignorancia culturalmente inducida” y por ello eran —supuestamente— exculpables. La introducción del concepto de “ignorancia culturalmente inducida” permitió la arbitrariedad de exculpar a otros de la misma nación. Pero también permitiría hipotéticamente —y *contrario sensu*— exculpar las acciones de

²¹¹ Jonsen, Albert, “Health Care: Right to Health Care Services”, en W. Reich (ed), *Encyclopaedia of Bioethics*, Nueva York, Simon&Shuster Macmillan, 1978, pp. 623-629; Macklin, Ruth, “Rights in Bioethics”, *cit.*, nota 132.

²¹² Baket, Robert, “A Theory of International Bioethics...” (1998), *cit.*, nota 78.

aquellos eticistas que desde una concepción fundamentalista de los principios actuaran en bioética internacional considerando que existen personas en el mundo que viven en un marco de “ignorancia culturalmente inducida”. Este concepto habilitaría a esos eticistas a la educación y el consejo moral de esas personas y de ese modo harían con otros lo que no permitirían para ellos mismos.

La oposición de Ruth Macklin al relativismo cultural ha sido criticada por ese aparente universalismo sin reciprocidad moral.²¹³ Y en la función social que atribuye Diego Gracia a la bioética en la enseñanza y la práctica de la deliberación para lograr una verdadera democracia en la globalización,²¹⁴ se reproduce la sofística que ya fuera refutada por Sócrates al señalarle a Protágoras su incapacidad para enseñarles la virtud de la justicia a los atenienses. Y es que el ejercicio de la justicia está en todos y cada uno de los ciudadanos de América Latina cuando exigen, reconocen y protegen la vida y el vivir como derechos humanos. Por eso es que hoy podemos sentirnos cerca de la consideración antigua acerca de la justicia como virtud que no es patrimonio de supuestos expertos foráneos, toda vez que nadie tendrá un conocimiento mayor que el de los propios ciudadanos cuando de discutir cuestiones de justicia se trate. La virtud de la justicia no es la del músico, o el médico, o el escultor, que son virtudes “prometeicas”, de las artes u oficios, patrimonio de expertos entendidos en las mismas.

La virtud de la justicia es una virtud “hermética”, propia del lenguaje y la deliberación, de la práctica social en el foro ciudadano. Pero además de la deliberación y las razones, de lo que se trata es de las posibilidades

²¹³ Véase Macklin, Ruth, *Against Relativism*, Nueva York, Oxford University Press, 1999; otra de sus obras es “Circumcision Revisited (Letter)”, *Hastings Center Report* 1997, vol. 27, num. 2, pp. 4 y 5; Rubinstein, Robert, Lane, Sandra, *Ibidem*, p. 5.

²¹⁴ Gracia, Diego, *Profesión Médica, investigación y justicia sanitaria*, Bogotá, El Buho, 1998, pp. 58-76. Gracia ha insistido con ese paternalismo imperial en bioética en su artículo “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Algunas claves para su lectura”, en Gros Espiell, H. y Gómez Sánchez, Y. (coords.), *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Granada, Comares, 2006, p. 15: “Cabe plantearse la pregunta de si tiene algún sentido hablar de una declaración universal de bioética. Y pienso que puede responderse afirmativamente. No se trata, por supuesto, de imponer a nadie nada, ni de extender a todos lo que nosotros consideramos correcto o incorrecto. Se trata de *dar unas normas*, sobre todo procedimentales, *de formación moral*; se trata de elaborar unos materiales que puedan ser útiles a todos, *especialmente a quienes viven en el tercer mundo*; se trata de ayudar a la formación moral de los individuos y las sociedades.” (el énfasis es nuestro).

de autodeterminación de lo justo en la comunidad y frente a la multiplicidad de puntos de vista presentes en la globalización aunque ésta los niegue. Y es por ello que el riesgo implícito de imperialismo moral que se desprende del fundamentalismo de los principios tiene tanta importancia entonces para las relaciones entre bioética y derechos humanos en América Latina.

Esa concepción fundamentalista de la bioética que conduce al imperialismo moral en América Latina pudo verse ilustrada en el pensamiento y el rol desempeñado por distintos bioeticistas que como Macklin, Gracia y Levine, comparten los siguientes supuestos teóricos y prácticos comunes: 1) sostienen los principios éticos introducidos por el *Informe Belmont* como fundamento de la bioética,²¹⁵ 2) subordinan los derechos humanos a los principios éticos o a razones estratégicas,²¹⁶ 3) minimizan las valoraciones culturales y comunitarias en la formulación del deber ser,²¹⁷ 4) pasan de los principios a la acción con iniciativas regionales en ética de la investigación, educación en bioética o ética política, que convierten su fundamentalismo de los principios en imperialismo moral.²¹⁸ Pero no toda bioética que susten-

²¹⁵ Macklin, Ruth, *Mortal Choices: Bioethics in Today's World*, Nueva York, Pantheon Books, 1987 (trad. esp. *Dilemas*, Buenos Aires, Atlántida, 1992); Levine, Robert, *Ethics and Regulation of Clinical Research*, cit., nota 132, Gracia, Diego, *Fundamentos de Bioética*, cit., nota 131.

²¹⁶ Véase Macklin, Ruth, *Rights in Bioethics*, *Idem*; de Gracia, Diego, *Fundamentos de Bioética*, *Idem*, y de Levine, Robert, *Ethics and Regulation of Clinical Research*, *Idem*. En la Asamblea 2003 de la Asociación Médica Mundial celebrada en Helsinki en la que se debatió la pretensión de modificación del párrafo 30 de la Declaración, Macklin sostuvo una postura contraria al “doble estándar”. Sin embargo, su método analítico de argumentos y contra-argumentos encerraba una falacia y es que consideraba toda pretensión argumentativa como “moral” sin distinguir entre pretensiones estratégicas autointeresadas —como muchas de las esgrimidas por la industria farmacéutica— y pretensiones morales universales. A esta objeción que le formulé entonces respondió que para ella debían tenerse en cuenta “todos los intereses”. La visión de Levine pasa por ser menos sutil.

²¹⁷ Véase de Macklin, Ruth, *Against Relativism*, cit., nota 213. Por su parte, Diego Gracia ha dicho —Brasilia, VI Congreso Mundial de Bioética, 2002— que querer hablar de una “bioética latinoamericana” es “peligroso” y podría conducirnos al camino equivocado que tuvieron los soviéticos que quisieron inventar una “matemáticas soviética” o al de quienes en América Latina hablaron de una “teología de la liberación”.

²¹⁸ Gracia tuvo a su cargo la maestría del Programa Regional de Bioética para América Latina y el Caribe de OPS; Macklin ha intervenido en diversos programas internacionales y uno de ellos ha sido el Programa del Centro Fogarty de los Institutos Nacionales de Salud; Levine ha coordinado la revisión 2002 de las Pautas CIOMS-OMS e interviene asimismo en diversos proyectos internacionales.

te los principios éticos como parte de su concepción ha de ser llamada fundamentalista y no toda posición fundamentalista de los principios éticos promueve el imperialismo moral. El fundamentalismo de los principios éticos suma las siguientes características: i) sostiene que hay principios éticos *fundamentales* aceptados por todas las épocas y culturas y aplicables en modo universal a todos los agentes y acciones en todo tiempo y lugar, siendo poco sensible a los contextos en los cuales se verifican los hechos morales y se toman las decisiones éticas; ii) disocia a los principios éticos de los derechos humanos e invierte su grado de subordinación convirtiendo en legalismo rigorista deductivo a la moralidad interpretativa e históricamente constructiva de los derechos humanos; y iii) bajo el manto de un combate teórico contra el relativismo cultural no respeta en la práctica el papel de los valores culturales y comunitarios en la razón moral. Las consecuencias de esta concepción son: a) una exaltación de la moral individualista con una minimización de la idea de justicia, b) el menosprecio de los contextos históricos y culturales, c) el paternalismo moral ilustrado de los expertos racionales, y d) la creencia en una ética *urbi et orbe* que en tanto pretensión de expansión operativa se convierte en imperio moral invirtiendo el eslogan “pensar globalmente y actuar localmente” porque se trata de un pensamiento local que busca actuar en forma global.²¹⁹

El fundamentalismo vació así el sentido político de la idea de justicia y al modo de una nueva sofística se propuso no sólo como pedagogía moral general sino también como enseñanza del mayor valor particular e intransferible que es el ejercicio ciudadano de la justicia. Los ataques a la reforma de la Declaración de Helsinki justificados desde el marco legal de los Estados Unidos y de los cuales Robert Levine fuera uno de sus principales portavoces,²²⁰ condujeron a las presiones explícitas de la FDA para el reconocimiento internacional de las normas de Estados Uni-

²¹⁹ En su mensaje de bienvenida a la reunión en Buenos Aires (octubre 2001) del Consejo Asesor Internacional del Programa Regional de Bioética de la Organización Panamericana de la Salud, el Director de OPS George Alleyne decía a sus ocho miembros (siete de Estados Unidos y uno de España): “The bioethics cause has both a cosmopolitan and a local dimension. The two are important. We have to think globally but act locally, as Rene Dubois would say”. En F. Lolas y L. Agar (eds.), *Interfaces between bioethics and empirical social sciences*, *cit.*, nota 206, p. 9.

²²⁰ Levine, Robert, “The Need to Revise the Declaration of Helsinki”, *cit.*, nota 15, pp. 531-534; “Placebo Controls in Clinical Trials when there are known effective treatments”, en F. Lolas y L. Agar (eds.), *Interfaces between bioethics and empirical social sciences*, *Ibidem*, pp. 79-89.

dos sobre investigación y a la promoción de un doble estándar en el cuidado de la salud. Aunque hacían falta tres biosferas para hacer sostenible al mundo según los niveles de contaminación que producían los Estados Unidos, éstos no ratificaban los acuerdos internacionales ni mostraban interés alguno en cumplir con esas normativas. Y sin embargo, la expansión de la industria farmacéutica y las normas internacionales sobre ética de la investigación resultaban para este país un tema prioritario y por eso su discusión de los supuestos de la Declaración de Helsinki. No obstante, no podía progresarse en bioética con argumentos seudomorales de este tipo que socavaban la condición de derechos humanos que se había buscado proteger con la Declaración. Porque esa simbiosis entre razones morales y acciones autointeresadas constituyó desde siempre la vía más frecuente, extendida y perniciosa en el vaciamiento moral del mundo de la vida. Esa falsa conciencia moral mostraba a la vez su fracaso porque no hacía falta más que someter el fundamentalismo de los principios a una crítica de sus supuestos de justicia para comprobar la falta de respaldo empírico de sus enunciados teóricos y la falsedad de su construcción.

El fundamentalismo de los principios sostuvo entonces una lógica invertida por la cual el reconocimiento de principios universales que las exigencias de derechos humanos alcanzan en situaciones particulares, quedó olvidado como movimiento constitutivo para quedar reemplazado por los principios constituídos desde los que han de derivar los derechos humanos. Pero si bien los derechos humanos a la vida, la identidad, la integridad y la libertad, están relacionados con los principios bioéticos de beneficencia, justicia, no maleficencia y autonomía; son los principios formales de la bioética los que se dotan de contenido con los derechos humanos y no a la inversa. No se trata de establecer principios de cuya combinación deriven los derechos humanos fundamentales como sostiene Nino al proponer como esos principios la inviolabilidad de la persona, la autonomía y la dignidad de la persona.²²¹ Se trata de entender que es en el juicio de tercer grado de la conciencia donde la armonización de los derechos humanos básicos a la vida, la identidad, la integridad y la libertad, al relacionarse con los juicios de segundo grado de las justificaciones morales, confiere a los principios de la bioética su posibilidad de sintetizarse en un mandato moral de primer grado. De lo que una concepción fundamentalista de los principios no puede dar cuenta es del hecho de perder las no-

²²¹ Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, cit., nota 80, p. 46.

ciones morales universales a pesar de conocerlas y estar recogidas en la Constitución Nacional, como sucedió por ejemplo durante la última dictadura militar en Argentina. No sólo las perdieron muchos, sino que estos sostuvieron y siguieron sosteniendo en muchos casos, que principios tales como el de “la seguridad nacional” tenían mayor valor que cualquier otro. Asimismo se usó como argumento que los principios éticos fueron correctamente aplicados en el contexto de “una guerra sucia” donde, por ejemplo, era moralmente aceptable el homicidio “piadoso” de los prisioneros irrecuperables o que los médicos se retiraran por ética hipocrática a la cabina del piloto luego de adormecer a quienes iban a ser arrojados vivos al mar desde un avión.²²² La participación de médicos en la violación de los derechos humanos en la Argentina muestra que éstos evaluaban la resistencia a la tortura, controlaban la prolongación del sufrimiento para poder obtener mayor información, participaban en la expropiación de niños nacidos en cautiverio asistiendo a las detenidas-desaparecidas parturientas y expidiendo falsos certificados, realizaban autopsias de cadáveres que luego eran inhumados como NN sin dar conocimiento a la Cámara Penal, participaban en los “vuelos de la muerte” y hasta ejecutaban a los prisioneros. Que los principios éticos desaparecieron en una versión macabra llevada a extremos metafísicos de la lógica de la inmoralidad puede verse además en palabras del dictador Videla:

...en tanto esté como tal, es una incógnita el desaparecido, si el hombre apareciera, bueno, tendrá un tratamiento X, y si la desaparición se convirtiera en certeza de su fallecimiento, tiene un tratamiento Z, pero mientras sea un desaparecido no puede tener ningún trato especial, es incógnita, es un desaparecido, no tiene entidad, no está, ni muerto ni vivo, está desaparecido.²²³

Esto supone que negada la identidad no hay anclaje posible de la moral. El cometido de la *Comisión Nacional por la Desaparición de Personas* (Conadep) creada el 15 de diciembre de 1983 —primera Comisión Nacional de Bioética en Argentina— fue demostrar la falsedad empírica de esa lógica. Sin embargo, y previamente, frente a estas monstruosida-

²²² Verbitsky, Horacio, *El Vuelo*, Buenos Aires, Planeta, 1995, p. 61.

²²³ Tomado de imágenes y audio de archivo con declaraciones de Videla a un medio televisivo, Buenos Aires, sin fecha.

des de la razón el único límite existente fue la conciencia.²²⁴ Una conciencia que no reclamó como si de una aspiración de todos al cumplimiento de principios universales se tratara sino que se presentó como exigencia de unos pocos al Estado y las instituciones con carácter absoluto, no negociable, intransferible y universalizable de reconocimiento. Las primeras exigencias individuales y organizadas en grupos de derechos humanos fueron realizadas así en una sociedad que no tenía principios éticos fundamentales reconocidos. Sin embargo, con el tiempo esos reclamos permitieron reconstruir una moralidad y allí la vida, la integridad, la identidad y la libertad reconocidas volvieron a dotar de contenidos a los principios éticos. Esto muestra cómo en ocasiones los principios se vacían materialmente y quedan como cáscaras huecas de pura formalidad y son entonces las exigencias reconocidas de la conciencia moral las que vuelven a llenarlos de contenido.²²⁵ El Acta Patriótica de

²²⁴ Desde el punto de vista normativo la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas fue adoptada por la Organización de Estados Americanos en 1994, y la Convención Internacional sobre la Desaparición Forzada de Personas fue adoptada por las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006.

²²⁵ Un caso especialmente relevante en la relación entre bioética y derechos humanos en la Argentina es el del juez Pedro Hooft. El 8 de marzo de 2006 el secretario de Derechos Humanos de la Nación presentó una denuncia en su contra por considerar que éste había contribuido intencionalmente con el terrorismo de Estado permitiendo que pudiesen cometerse delitos de lesa humanidad y exigiendo por ello su indagatoria, procesamiento y detención como presunto responsable por acción u omisión de los delitos de tormentos seguidos de muerte, tormentos cometidos en forma reiterada, violación reiterada, y autor penalmente responsable del delito de abuso de autoridad, violación de los deberes de funcionario público, denegación de justicia y supresión de objetos destinados a servir como prueba reiterada. El Juez Hooft, además de su tarea judicial, era considerado entonces uno de los referentes de la bioética argentina, fundador y Presidente —efectivo y luego honorario— de la Asociación Argentina de Bioética desde 1995. El 13 de marzo, el secretario de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires ratificó la denuncia presentada por la Nación, pidiendo una investigación sobre el secuestro de once personas, la mayoría de ellos abogados, ocurrido en la ciudad de Mar del Plata entre el 6 y el 13 de junio de 1977 durante la llamada “Noche de las corbatas” para determinar, entre otras, la responsabilidad de Hooft en estos hechos. El caso Hooft no era nuevo en el ámbito de los derechos humanos ya que había sido mencionado en el informe *Nunca Más* de la Comisión Nacional por la Desaparición de Personas (Conadep) en 1984, había sido objeto de un jurado de enjuiciamiento con sobreesimiento en 1993, había sido acusado nuevamente en los *Juicios por la verdad* de Mar del Plata en 2001, y finalmente había dado lugar a pedidos de repudio y rechazo en el Consejo Deliberante de Mar del Plata en 2006. Sin embargo, en el ámbito de la bioética, esta historia en su totalidad o en sus detalles era prácticamente desconocida. De allí que la noticia sobre su denuncia, aparecida en un dia-

octubre de 2001 y la Nueva Doctrina de Seguridad de septiembre de 2002 en Estados Unidos con su pérdida de libertades civiles y su noción de guerra preventiva dejó de lado la paz y el multilateralismo para pretender imponer una nueva moral mundial. “Dar a cada uno lo suyo” dice el principio formal aristotélico de justicia: pero el problema se encierra en los contenidos materiales de ese principio ya que si de evidencias empíricas se trata todo indica que el mundo es cada día más injusto y que el principio de justicia no existe y debería ser declarado una ficción intelectual antes que un principio de la bioética. Por eso es que la posibilidad de creer que hay un concepto denominado “justicia” descansa en los contenidos históricos que la conciencia individual y social ha ido construyendo a lo largo del tiempo, y no en los designios de una república imperial, ni tampoco en la letra de un fundamentalismo convertido en su discurso moral para el campo de la vida y del vivir humano.

X. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSENSUALISMO PRAGMATISTA

El fundamentalismo de los principios éticos encontró un aliado estratégico para convertirse en imperialismo moral y éste fue el pragmatismo filosófico. Richard Rorty fue el notable filósofo que daría sustento teórico a esta operación singular. Rorty sostuvo que una filosofía típicamente norteamericana como el pragmatismo quiere librarse de la noción incondicional de derechos humanos del tipo de la defendida por Ronald Dworkin o la Declaración de Helsinki y sustituir la pretensión de conocimiento moral por la búsqueda de acuerdos o consensos.²²⁶ De este modo realizó una fuerte crítica del fundacionalismo de los derechos humanos en particular y del fundacionalismo filosófico racionalista de Platón, Aquino y Kant en general. Y esto porque según él, y aunque hayamos señalado ya los peligros del razonamiento y la justificación que pueden llegar a probarlo todo, para el pragmatista la noción de “derechos humanos

rio nacional y por la enorme gravedad de los cargos, tuvo el impacto de una conmoción en el campo de la bioética argentina y regional.

²²⁶ Rorty, Richard, *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 94 y 95 (original alemán, *Hoffnung Statt Erkenntnis: Eine Einführung in die Pragmatische Philosophie*, Viena, Passagen Verlag, 1994).

inalienables” es un eslógan o una forma de dejar de argumentar. Sería mejor entonces que al hablar de derechos humanos explicáramos nuestras acciones identificándonos con una comunidad de personas que comparten una noción determinada de los mismos, sea esta comunidad la occidental o europea o del alcance que se quiera. Y al decir que el pragmatismo es una filosofía norteamericana no se quiere decir según Rorty que filosofía y política estén tan estrechamente unidas como para que el pragmatismo deba ser asociado a los Estados Unidos, salvo para decir que en política es posible sustituir por la *esperanza* aquello que los filósofos han tratado de alcanzar como un tipo de conocimiento. Y esto porque para Dewey, el pragmatismo y los Estados Unidos expresarían un estado de ánimo esperanzado, progresista —*melioristic*—, experimental; orientado hacia el futuro (ya hemos señalado cómo para Jonsen el “progresismo” constituye una característica principal del *ethos* norteamericano). Pero es esa distinción pragmática entre pasado y futuro la que para Rorty puede sustituir a todas las antiguas distinciones filosóficas incluyendo la más importante entre apariencia y realidad.

Y si bien se les dice pragmatistas a filósofos muy distintos entre sí, sería el “giro lingüístico” que tomó como tema al lenguaje dejando de lado la experiencia lo que separa a los pragmatistas clásicos —Peirce, James, Dewey— de los neopragmatistas —Quine, Goodman, Putnam, Davidson—. ²²⁷ También los diferenciarían las diferentes creencias en el método científico tan apreciado por los primeros. Pero en general los pragmatistas no creen que haya una manera en que las cosas realmente son —dice Rorty— y por ello quieren reemplazar la distinción apariencia-realidad por una distinción entre las descripciones menos útiles y más útiles del mundo y de nosotros ya que el intento de Platón de ir de la apariencia a la realidad ha sido en vano. ¿Útiles para qué?, podría preguntarse. Y la respuesta sería: útiles para crear un mundo mejor. ¿Mejor según qué criterio? mejor en el sentido de contener más de lo que consideramos bueno y menos de lo que consideramos malo. ¿Qué considerar bueno? la variedad y la libertad, el crecimiento que es en sí mismo el único fin moral, sin esperar que el futuro se ajuste a un plan sino que asombre y estimule, la plenitud del ser presente, el “ahora” de Aristóteles. Rorty nos recuerda que según Bacon “el conocimiento es poder”, de allí que el afirmar que se sabe X es afirmar que se está en condiciones de hacer algo con X pues no hay nada que

²²⁷ *Ibidem*, pp. 7-15.

no sea un rasgo relacional de X (antiesencialismo). Por eso la clásica distinción objetivo-subjetivo es reemplazada en el pragmatismo por la facilidad relativa de obtener acuerdo.²²⁸ Hay que recordar aquí la crítica de Habermas al *consenso normativo* de Max Weber que ya hemos señalado. Y hay que decir, además, que todo este interés del pragmatismo en el lenguaje, la utilidad, el poder, la variedad y la libertad, los acuerdos, así como su desinterés por la cosa en sí, le aproxima mucho a la sofística.

Pero esta defensa de la justificación y el consenso por Rorty es de gran interés para observarla en relación a lo que se ha entendido por consenso en bioética.²²⁹ Y como veremos, Nicholas Rescher criticará este enfoque pragmático diciendo que al considerar que el conocimiento real es inalcanzable se lo reemplaza por el consenso comunitario como lo mejor que podemos hacer sustituyendo así una racionalidad “inalcanzable” por el consenso que ya desde antiguo se sabe que puede ser bueno o malo.²³⁰ Pero estas afirmaciones de Rorty quedarían refutadas posteriormente, además, por la realidad que convirtió en apariencia sus dichos. La Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial llegó a la revisión realizada en Edimburgo en octubre del año 2000 luego de un extenso proceso de debates y acuerdos para el nuevo texto. Pero como ya hemos señalado, desde antes de ser modificada y especialmente después de su aprobación, se observaron distintas presiones para que el nuevo texto suavizara las exigencias con respecto al uso de placebos y a las garantías de acceso al mejor tratamiento probado. Los Estados Unidos, a través de la FDA, realizaron presiones sobre la Organización Mundial de la Salud para que terciara en una puja detrás de la cual estaba la industria farmacéutica. A partir de entonces y en modo público, los funcionarios de la FDA cuestionaron la Declaración y sostuvieron que la misma no podía estar por encima de la legislación nacional. Sin embargo, ésta era precisamente la característica central del documento que obligaba a los médicos sin distinción de nacionalidad o legislaciones locales al cumplimiento de la norma. Como puede verse, un buen consenso como el de la Declaración de Helsinki no asegura su utilidad. Pero también puede observarse que la utilidad puede ser el mejor modo de romper un buen consenso. Podrá decirse desde el pragmatis-

²²⁸ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

²²⁹ Moreno, Jonathan D., *Deciding Together. Bioethics and Moral Consensus*, Nueva York, Oxford University Press, 1995.

²³⁰ Rescher, Nicholas, *Pluralism. Against the Demand for Consensus*, Nueva York, Oxford University Press, 1993, p. 16.

mo roortiano que de lo que se trata es de ampliar el espacio de consenso para ser más “incluyentes” con aquellos interesados afectados. Pero puede contra argumentarse diciendo que en realidad el consenso más incluyente de las mayorías —el consenso moral— se encuentra permanentemente atacado por el consenso menos incluyente de las minorías —el consenso estratégico— que tiene el poder para (y se constituye por) imponer la exclusión. Por eso es que Habermas introdujo el término “entendimiento” para señalar la diferencia que existe entre consensuar y entenderse.

Aunque uno no acepte el supuesto realista de “las cosas son”, eso no mella la distinción apariencia-realidad. Ya desde Hegel —cuando menos— podemos aceptar el supuesto dialéctico de que “las cosas van siendo”. Y desde Darwin, Freud, y Marx, podemos aceptar que la apariencia del hombre como animal racional oculta su estar siendo desde la animalidad, el inconsciente y la injusticia. Pero un sentido pragmático de los límites sólo nos exigiría pensar, según Rorty, que hay proyectos para los que nuestras herramientas actuales son inadecuadas y que tenemos la esperanza de que, en ese aspecto, el futuro sea mejor que el pasado. De allí que los pragmatistas van a explicar la indagación ética como la búsqueda de justificación y acuerdo poniendo en duda las obligaciones no condicionales y categóricas porque dudan de que algo sea no relacional. Si de justificación moral se trata, ya hemos visto las dificultades encerradas en la versión de Beauchamp y Childress. Y en cuanto al consenso, y como se sabe, Rawls y Habermas han debido admitir entre otros que el carácter relacional nos obliga a encontrar alguna razón conceptual más allá del consenso para que los vínculos no queden determinados por las relaciones de poder.²³¹ Si esa razón es el “velo de la ignorancia” o la “situación ideal de habla”, los principios del “*maximin*” y el “*minimin*” u otros, lo cierto es que esas razones se postulan en modo categórico e incondicional.

Sin embargo, insistirá Rorty, cuando los kantianos dicen que no hay diferencia entre el hambre de nuestro hijo y el hambre de un niño cualquiera del mundo, contrastando el “punto de vista moral” con el “mero autointerés”, no advierten que los límites del yo son imprecisos y flexibles. Para Dewey en cambio, por diferencia con los kantianos, la distinción prudencia /moralidad es una distinción de grado ya que no hay distinción de clases entre lo que es útil y lo que es correcto. La equivocación de los utilita-

²³¹ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979 (1a. ed. en inglés, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1971); Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I*, 1987.

ristas que el pragmatismo evita es reducir la utilidad a obtener placer y evitar el dolor. Por eso el pragmatista considerará el ideal de hermandad humana no como la imposición de algo no empírico sobre lo empírico ni de algo no natural sobre lo natural, sino como la culminación de un proceso de ajuste que es también un proceso de renovación de la especie humana. El progreso moral no consistirá en un aumento de la racionalidad ni tampoco, como creía Dewey, en un aumento de la inteligencia como incremento de la habilidad para inventar cursos de acción que satisfagan muchas demandas conflictivas simultáneamente. Para Rorty, es mejor ver al progreso moral como un aumento de la *sensibilidad* y de la capacidad para responder a más personas y cosas; y así los pragmatistas piensan que les gustaría minimizar una diferencia por vez, por ejemplo: la diferencia entre cristianos y musulmanes en una aldea bosnia; más que tener una visión más clara de algo verdadero y profundo. El progreso intelectual y moral será así un incremento del poder de la imaginación donde el pragmatismo intenta sustituir el conocimiento por la esperanza. Y si los derechos humanos son construcciones sociales entonces debatir la utilidad del conjunto de constructos sociales que llamamos ‘derechos humanos’ es debatir la cuestión de si las sociedades incluyentes son mejores que las excluyentes.

Quizás haya pocas exposiciones más descarnadas de la filosofía del pragmatismo norteamericano que la que hace Rorty y que por eso resulta tan útil para comprender muchas de las nociones presentes en el desarrollo de la bioética liberal en los Estados Unidos. Y si bien es posible coincidir con él en afirmaciones tales como la necesidad del aumento de la sensibilidad, o de sociedades incluyentes en lugar de las excluyentes, esta coincidencia no supone estar de acuerdo para nada con que el pragmatismo pueda ser la mejor filosofía para alcanzarlo o que el “consenso normativo” sea su mejor instrumento. Es más, nuestra opinión es precisamente la contraria. Puede coincidirse con Rorty en la tesis débil de que la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial no tiene valor como “derecho humano inalienable” —o bien porque no es un instrumento específico del derecho internacional de los derechos humanos o bien porque su uso suele ser metafísico en la retórica internacionalista—, pensando en cambio que tiene valor como establecimiento de pautas que guían en primer lugar la conducta *de los médicos* en la identificación de violaciones a valores culturales, principios éticos y en su caso derechos humanos básicos. Pero esta coincidencia no es obstáculo para disentir

con la tesis fuerte de Rorty acerca del no-valor de la afirmación sobre el carácter inalienable de los derechos humanos en general y de aquellos alcanzados por el marco de la Declaración de Helsinki en particular. El concepto de *alienación*, que Rorty ataca en la clásica distinción apariencia /realidad (distinción que en su caso Habermas desarrolla como conflicto entre racionalidad estratégica y racionalidad moral), permite comprender en un sentido histórico-conceptual los aspectos “inalienables” del hombre. Aspectos que no son tales por su declamación retórica, sino por su permanente construcción material, concreta, político-jurídica, en tanto oposición a las precedentes *deconstrucciones* históricas de valores como la vida, la identidad, la integridad, la libertad, la salud o el bienestar.²³² Es así que reconocer el encubrimiento *alienante* de la realidad que supone la falsa conciencia (ideología), es tener una vía de comprensión de las relaciones entre poder y racionalidad. Pero debatir la utilidad del constructo “derechos humanos” como propone Rorty con su pragmatismo, no implica debatir la cuestión de si las sociedades incluyentes son mejores que las excluyentes.

En realidad, esa ha sido la preocupación de ciertos pragmatistas como algunos políticos occidentales interesados repentinamente por la (utilidad política de la) situación de las mujeres afganas en el marco de “guerras” como la de Afganistán o como antes lo fue el tema de la mutilación genital en las mujeres africanas²³³ y como mañana lo será alguno de los hábitos culturales en América Latina. Pero hay que diferenciar el fracaso de las posiciones reduccionistas sean éstas las del relativismo cultural, del fundamentalismo de los principios, de la retórica internacionalista, o de

²³² En este trabajo el término “retórica” que se menciona varias veces alude a dos grandes usos: i) el nuestro para señalar la “bioética retórica” del fundamentalismo de los principios éticos y su disociación de los derechos humanos, y en modo opuesto, ii) el del principialismo y el pragmatismo para señalar “la retórica internacionalista de los derechos humanos”. Ambos coincidimos, sin embargo, en tomar el significado original de retórica dado por Heinrich Gomperz como el de un lenguaje, discurso, o palabras sin un contenido objetivo, tal como el que utilizaron muchos sofistas antiguos. En nuestro caso hemos recurrido al concepto de “ideología” y sus requisitos de respaldo empírico —tiempo, lugar, agente y resultados— para tratar de fundamentar nuestra argumentación sobre ese proceso de vaciamiento de significado. El concepto filosófico de retórica tiene sin embargo una gran variedad de significados según distintos autores y no puede ser reducido, en cualquier caso, al uso despectivo que tiene muchas veces en el lenguaje ordinario.

²³³ Rubinstein, Robert, Lane, Sandra, “Circumcision Revisited. Reply”, *Hastings Center Report* 1997, *cit.*, nota 213.

la sofisticada globalofílica, de aquellas posiciones que pretenden una dialéctica entre valores, principios y derechos humanos. Porque hay algo que para los pragmatistas —si piensan desde los países del subdesarrollo— sería una preocupación genuina sobre la utilidad de las construcciones conceptuales y esto sería saber: ¿por qué el constructo “derechos humanos” tuvo un sentido en la política de los Estados Unidos para América Latina durante los años setenta, luego otro y después otro nuevo sentido más cercano al primero? ¿Es que no hay nada “esencial” en los conceptos contruídos —pese a lo sostenido por los conceptualistas— y entonces el significado de los derechos humanos tiene tan sólo un sentido estratégico mediado por el pensamiento o la propaganda dominante? ¿Es que durante la larga etapa de ocupación colonial los países europeos no supieron ver sus “aberraciones morales” frente a los pueblos que ocupaban y el tiempo y las conductas adoptadas no significan nada en la propia postulación de los derechos humanos? ¿O es que el concepto de “aberración moral” y “derechos humanos” cambia según se trate de una ocupación territorial o de una ocupación financiera?

Estas son cuestiones pragmáticas que tienen que ver con lo que la gente usa para sí misma todos los días que son los medios para la subsistencia en los países pobres. Es de estas cuestiones que un auténtico pragmatismo debiera preocuparse. Y es de estas cuestiones de las que hablan los que exigen respeto por los derechos humanos en esos países. Y es que el concepto de sociedades cada vez más *incluyentes* que Rorty utiliza para atacar la tradicional distinción apariencia/realidad y que está presente asimismo en la noción de *desarrollo humano sustentable*,²³⁴ muestra acabadamente el fracaso de su intento. Porque queriendo evitar la retórica de los derechos humanos el pragmatismo filosófico queda convertido en retórica liberal por el pragmatismo político. Así, por ejemplo, iniciando el siglo XXI, en medio de la mayor crisis política, económica y social de la Argentina, con más del 50% de la población viviendo en la pobreza en medio de los mayores problemas de una ética de la vida para cualquier filosofía, el gobierno de Estados Unidos y los

²³⁴ Véase “Las nociones de bienestar, capacidad, estilo de vida y estándar de vida”, en Martha Nussbaum y Amartya Sen (comps.), *La calidad de vida*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1996. El desarrollo humano sustentable enlaza a través de esas nociones con el concepto de desarrollo sustentable entendido como desarrollo económico, desarrollo social y protección del medio ambiente.

organismos financieros internacionales le exigían al gobierno argentino un plan económico “sustentable” que pudiera ser más “incluyente” aunque esto suponía seguir la espiral de exclusión del modelo neoliberal antes impuesto que había llevado a esas consecuencias. En contextos semejantes, los reclamos por el respeto de los derechos humanos no son necesariamente retóricos.²³⁵ La diferencia esencial que subyace en diferentes conceptualizaciones de los derechos humanos reside en dos alternativas extremas según señala Bueno.²³⁶ Por un lado puede sostenerse una concepción de los derechos humanos como universales en sentido *connotativo* donde conceptualmente quedan todos abarcados por igual, en un marco intemporal donde los instrumentos legales son manifestaciones de los mismos sin que las instituciones o grupos de poder tengan influencia alguna en la formulación jurídica.

Por otro lado, y en sentido opuesto, podemos sostener una concepción de los derechos humanos como universalizables en el sentido *denotativo* de una lista que los enumere en un marco temporal —histórico— en el que los instrumentos legales son constitutivos de los derechos humanos mediante las instituciones y grupos sociales de poder que influyen para la formulación jurídica de los mismos. Si bien entre esas dos posiciones reduccionistas extremas caben varias concepciones intermedias, y en nuestro abordaje histórico-explicativo de los derechos humanos defendimos una de éstas, Rorty sostiene en cambio una visión *sui generis* de la concepción denotativa de los derechos humanos. Anticipando la objeción principal que reciben posiciones como la suya, Rorty dirá que la vía para que el poder que influye en la formulación jurídica no sea arbitrario o injusto descansa en el consenso. Pero este supuesto es el que no resulta respaldado por pruebas de la realidad política —en particular en lo que hace a América Latina— como señala Chomsky al hablar de “el imperio de la fuerza en los asuntos mundiales”.²³⁷ Y por otro lado, este supuesto es el que será atacado asimismo en perspectiva filosófica por un autor como Rescher.

²³⁵ La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su creación, muchos de cuyos casos son citados en este trabajo, es una de las referencias a tener en cuenta para poder ver que el derecho internacional de los derechos humanos no es mera retórica. Puede accederse en su portal www.cortedh.or.cr.

²³⁶ Gustavo Bueno, “Los derechos humanos”, *cit.*, nota 91, pp. 337-375.

²³⁷ Chomsky, Noam, *Estados canallas: el imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*, Buenos Aires, Paidós, 2002.

XI. LA CRÍTICA DEL CONSENSO
PRAGMÁTICO DESDE EL PLURALISMO RACIONALISTA

Si hay dos conceptos que han tenido singular relevancia en el desarrollo de la bioética angloamericana éstos han sido los de pluralismo y consenso.²³⁸ Y un autor que se va a enfrentar a la posición del consenso pragmático de Rorty desde una defensa del pluralismo racionalista es Nicholas Rescher. Es por ello que merece especial atención. En este sentido, si Dworkin postula una teoría liberal del derecho con una visión universalista de los derechos humanos, y Rorty pretende que el consenso comunitario creciente reemplace al universalismo retórico, Rescher va a plantear en cambio una fuerte defensa del pluralismo tanto en teoría social como del conocimiento frente a las diversas búsquedas de consenso tales como las de Aristóteles, San Agustín, la Ilustración, Stuart Mill y Peirce y muy en especial a los intentos de Habermas y Rorty.²³⁹ La conformidad con una diversidad de opiniones y la tolerancia del disenso significa aceptar el pluralismo. Pero defender al pluralismo nos llevará a preguntarnos si es que esto no nos conducirá al escepticismo ya que los filósofos escépticos han estado en contra de todo consenso universal.²⁴⁰ Y es que podría pensarse que por el camino de un pluralismo crítico del consenso dogmático y su pretensión de objetividad del significado podría arribarse a la posición escéptica en la cual ante una variedad de posiciones discordantes ninguna alternativa debería ser aceptada ya que todas ellas se cancelan las unas a las otras. En un seminario dictado en Argentina en 1995, Engelhardt señalaba el hecho de la creciente fragmentación de las verdades morales que nos llevaría a uno u otro grado de escepticismo, usando para ello su concepto de *extraños morales* y dando como ejemplo a las diferencias de creencias religiosas en Bélgica con su impacto sobre la comunidad de atención de los centros de salud según fueran católicos, protestantes, judíos o seculares.²⁴¹ Siendo esto así, cabría

²³⁸ Sobre el concepto liberal de “pluralismo” en bioética véase Tristram Engelhardt, Hugo, *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 31-47, para “consenso” véase Moreno, Jonathan D., *Deciding Together. Bioethics and Moral Consensus cit.*, nota 229.

²³⁹ Nicholas Rescher, *Pluralism, cit.*, nota 230.

²⁴⁰ Barry Stroud, *The Significance of Philosophical Scepticism*, New York, Oxford University Press, 1984 (trad. española, *El escepticismo filosófico y su significación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991).

²⁴¹ Escuela Latinoamericana de Bioética, Fundación Mainetti, “V Curso Intensivo de Bioética”, Manuel B. Gonet, Seminario de Bioética Clínica, 9 a 13 de octubre de 1995.

dudar de los juicios que realizamos en bioética o debiéramos inclinarnos hacia una creciente autonomía individual tal como la postulada por el propio Engelhardt. Pero la posición de Rescher con respecto al escepticismo y sus implicancias prácticas, que tuvo un largo desarrollo antes de su defensa del pluralismo, terminó sosteniendo que una diversidad pluralística de posiciones conflictivas no es una base para el escepticismo.²⁴²

Rescher procede a atacar al consenso comunitario de Habermas y Rorty planteados como alternativa posible al escepticismo pero hace una diferencia entre ambos autores: si Habermas toma al consenso como una vía regia para la solución racional de problemas lo cual no es realista, Rorty en cambio ve al consenso como un sustituto de la racionalidad misma luego de desaparecida la racionalidad clásica lo cual no es más que una cáscara vacía.²⁴³ Sin embargo, no es simplemente consenso lo que queremos sino la clase *correcta* de consenso que pueda alcanzarse con buenas razones por lo que estamos poniendo a la racionalidad como fundamento del mismo. El lugar de la racionalidad se vuelve entonces fundamental. Y se trata de minimizar la insatisfacción de la vida práctica en una suerte de utilitarismo inverso como un ideal pragmático de optimización y no como una idealización fuera de contexto centrada en la legitimación y la validación al modo de Rawls y Habermas. Las exigencias del escepticismo como las del consenso son una idealización dado que tenemos necesidad de darle sentido a las cosas. En ese aspecto Rescher coincide con Rorty ya que ambos *esperan* un progreso moral y del conocimiento que satisfaga la necesidad humana de reducir los problemas y las insatisfacciones. La cuestión se vuelve aquí central para el debate bioético y es por eso que cabe preguntar cuáles son los criterios que nos van a permitir distinguir la verdadera satisfacción de las necesidades de la falsa satisfacción de las mismas. Rescher dirá que la experiencia empírica le brinda el crite-

²⁴² Véase las siguientes obras de Rescher, Nicholas: *The Primacy of Practice*, Oxford, Basil Blackwell, 1973 (trad. española, *La primacía de la práctica*, Madrid, Tecnos, 1980); *Scepticism*, Oxford, Basil Blackwell, 1980; *Rationality. A Philosophical Inquiry into the Nature and the rationale of Reason*, Nueva York, Oxford University Press, 1988 (trad. española, *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, Madrid, Tecnos, 1993. Véase especialmente “Racionalidad cognoscitiva y riesgo: una crítica al escepticismo”, pp. 64-89).

²⁴³ Véase Rescher, Nicholas, *Pluralism, cit.*, nota 230, p. 80: En el racionalismo contextualista sólo es aceptada una de las posiciones discordantes y su aceptación tiene una base racional aunque esta base pueda diferir en perspectiva de grupo en grupo, era en era y escuela en escuela.

rio para hacerlo y de allí derivará el alcance de su distinción; Rorty confiará en las descripciones útiles del mundo en el sentido de contener más de lo bueno. Los dos comparten el no creer que “las cosas son”: Rescher no cree que las cosas son lo que piensa la mayoría expresada en el consenso, y Rorty no cree que haya esencias de las cosas. Por eso es que si el escéptico no tiene respuestas ni para lo que conocemos ni para decidir si conocemos o no, habría que pensar que el pluralismo tanto en Rescher como en Rorty es incompatible con el escepticismo ya que ambos esgrimen algún criterio en el cual confían para poder hacer esa distinción.²⁴⁴ Ahora bien, si se trata del campo de la ética, Rescher pensará como el escéptico que no hay otra fuente de conocimiento que no sea la razón o la experiencia aunque ambos se diferenciarán en cuanto a la cuestión de si conocemos o no ciertos hechos éticos: el primero cree que sí a diferencia del escéptico que en cambio opina lo contrario. De allí que las conclusiones de ambos serán diferentes. Por otro lado, también Rorty estaría de acuerdo con Rescher en que conocemos ciertos hechos éticos, pero a diferencia del reductivismo inductivista de éste y en cierto modo alejándose mucho de él, se apoyará en la *sensibilidad* para postular el progreso moral. Rorty se encuentra más cerca de la posición escéptica que Rescher, pero desde su hermeneútica plantea una superación al escepticismo antes que el intento de un pluralismo exento del mismo.

Desde el punto de vista epistemológico, Rescher planteará que las bases experienciales de la diversidad cognitiva conducen a la inevitabilidad del pluralismo, que la discusión sobre éste debe centrarse más en las creencias que en los métodos, y que debemos prestar atención a los datos disponibles de los contextos variables.²⁴⁵ Si el pluralismo es entendido como doctrina epistemológica de una variedad de diversas posiciones todas las cuales son vistas como más o menos apropiadas o plausibles, entonces tiene sentido decir que el aceptar una diversidad de opiniones y tolerar el disenso es aceptar el pluralismo. Sin embargo, cabe preguntarse si uno va a aceptar un pluralismo de *creencias* o un pluralismo de *métodos* porque este último sería más fuerte que el primero. Si hay completo acuerdo en las creencias no puede haber sino acuerdo en los métodos pero tener diferentes creencias no requiere necesariamente diferentes métodos. Para Res-

²⁴⁴ Chisholm, Roderick M., *Teoría del Conocimiento*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 144-146 (original inglés, *Theory of Knowledge*, Nueva Jersey, Prentice Hall, 1977).

²⁴⁵ Rescher, Nicholas, *Pluralism, cit.*, nota 230, pp. 64-66.

cher hay dos razones por las que la discusión actual sobre el pluralismo cognitivo debiera enfocarse a las creencias más que a los métodos: 1) si el pluralismo metodológico implica al pluralismo de creencias entonces las implicancias del último se seguirán de las del primero; y 2) si los debates actuales en torno al pluralismo cognitivo presuponen una noción de racionalidad en la que el método inductivo estándar de la ciencia tiene una posición predominante para el conocimiento e investigación del mundo, entonces la cuestión del pluralismo metodológico no tiene mucho sentido. Pero ¿de dónde surgen entonces las diversas posiciones que dan lugar al pluralismo? Rescher dice: son los distintos antecedentes de experiencia los que pueden conducir a la gente al desacuerdo ya que la conformidad o desviación con un patrón preestablecido de normalidad es toda la diferencia que hay en cómo se interpreta una información determinada. Su ejemplo sobre la salud es claro en este sentido: cuando alguien se queja de sentirse mal, las conclusiones sobre ese dato serán diferentes si quienes rodean a la persona son todos hipocondríacos o son todas personas saludables. El contexto —como en la ética clínica y casuística— es esencial. La formación racional de opinión descansa sobre procesos fundamentalmente inductivos que abarcan la búsqueda para la construcción de la estructura menos compleja de creencias capaz de contestar nuestras preguntas acomodando los datos disponibles. Estos “datos disponibles” son cruciales ya que siendo claramente un factor contextualmente variable y dado que sólo podemos aprender acerca de la naturaleza interactuando con ella todo dependerá de dónde y cómo topemos con la misma en nuestra interacción. Pero siendo la experiencia algo que difiere entre edades, culturas, y hasta en cierto modo de persona a persona; aún cuando un método particular sea aceptado —por ejemplo: el método inductivo de la indagación racional— la situación experiencial de quienes lo practican puede y debe engendrar un pluralismo de resultados sustancialmente diferentes. Obviamente, esta visión de Rescher se opone a las bases epistemológicas de la visión deductiva de la bioética de los principios y a una de sus versiones como es la siguiente: “Por ende, nosotras no concordamos con la propuesta de que hay problemas (éticos) que corresponden a determinados países en función del grado de desarrollo que éstos tengan”.²⁴⁶ Ya hemos visto cómo del funda-

²⁴⁶ Luna, Florencia y Salles, Arleen, “Develando la Bioética. Sus diferentes problemas y el papel de la filosofía”, *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, año 1, núm. 1, 1996, p. 19.

mentalismo de los principios se va al imperialismo moral por vía del consenso pragmático pero ahora acabamos de ver cómo para que éstos puedan sustentarse es necesario haber negado el valor de los datos disponibles, la situación experiencial y el pluralismo de resultados en una negación que, sin embargo, exige una contraparte de colonialismo moral en el contexto de referencia.

La visión de Rescher permite así aceptar el concepto de *ethos* propuesto por Jonsen y profundizar en la noción de progreso de la ciencia. Este progreso —y cabe inferir el grado de desarrollo científico en un contexto dado— es un proceso de innovación *ideacional* que siempre pone ciertos desarrollos fuera de los horizontes anteriores. Y aunque podría argumentarse que ya que hay una sola naturaleza sólo una ciencia natural es posible, en realidad habría diferentes *mundos de pensamiento* que pueden estar en la cuestión de la elaboración de una ciencia.²⁴⁷ Aunque las leyes del movimiento o la química serán las mismas siempre, en cualquier lugar y para todos; esto no significa que siempre se tendrá en cualquier lugar y unánimemente la misma *concepción* de ellas. Las *cosas* son las mismas dice citando a Kuhn, pero su *significado* es diferente. El pensamiento es una clase de acción donde dada la diversidad de la experiencia humana el empirismo supone el pluralismo y la realización de consenso requiere condiciones extraordinariamente inusuales. Aunque haya acuerdo en los fines de la búsqueda cognitiva y en los medios y métodos apropiados para hacerlo, siempre se llegará a diferentes resultados conflictivos en tanto los datos proporcionados por la experiencia son diferentes según el tiempo, la sociedad y las circunstancias. Estas afirmaciones de Rescher le acercan al Kuhn de *La estructura de las revoluciones científicas*, a las diferencias entre “contexto de justificación” y “contexto de descubrimiento”, y nos hacen pensar si no hay un planteo relativista en sus tesis —tan atacado por principialistas como Macklin— aunque también nos permite ponerlo en comparación con el pragmatismo de Rorty cuando éste sostiene que “la imaginación —como la innovación “ideacional” de Rescher— es el bisturí de la evolución cultural”.²⁴⁸

Llegados a este punto hay que pensar qué diferencia existe entre Rescher y Rorty, si la hay, en entender al marco del sentido común como revisable y por tanto sin certeza. Quizá la haya en que Rescher intentará

²⁴⁷ Rescher, Nicholas, *Pluralism*, cit., nota 230, pp. 67-78.

²⁴⁸ Rorty, Richard, *¿Esperanza o conocimiento?* cit., nota 226, p.100.

escapar tanto del escepticismo como del pragmatismo consensualista de Rorty ya que para él todo disenso cognitivo es inevitable. Considera así que el pluralismo está racionalmente justificado, y que cualquier teoría del conocimiento que quiera ser satisfactoria tiene que aceptar la realidad de la indisponibilidad del consenso y la inevitabilidad del pluralismo (Rescher no pretende “terminar” con el pluralismo sino por el contrario aceptarlo y fomentarlo). Pero profundizando algo más la discusión, Rescher dirá que el pluralismo epistémico se enfrenta a la cuestión de hasta qué punto la verdad admite no sólo diferentes *visiones* sino también diferentes *versiones*; o hasta qué punto hay verdades diferentes e incompatibles o simplemente opiniones diferentes e incompatibles acerca de la verdad. E inmediatamente considerará que ésta es una distinción académica que puede tener importancia en lo abstracto pero que en lo concreto carece de ella ya que para todos los propósitos prácticos así como para todos los teóricos implementables una pluralidad de creencias sobre la verdad es una pluralidad de formulaciones de la verdad.

La demanda de conocimiento es una *necesidad* humana ya que tenemos preguntas y necesitamos respuestas y por eso debemos hacer lo que pragmáticamente podemos para satisfacer esa necesidad²⁴⁹ y no como el escéptico que no da ninguna solución a nuestros problemas prácticos o cognitivos de modo tal que la irresolución es el único curso disponible y se hace imposible la misma racionalidad. La idea de que el pluralismo lleva inexorablemente al escepticismo descansa en el argumento de que en aquellas situaciones problemáticas en las que hay genuinas alternativas de respuesta ninguna base racional está disponible para preferir una a las otras. Pero esto supone la premisa claramente problemática de que allí donde diferentes individuos o grupos optan por diferentes alternativas lo hacen con igual justificación o que todas las opciones son igualmente buenas. Sin embargo la idea de que el reconocimiento pluralista de la existencia de otras alternativas supone una suspensión escéptica de opinión sobre la base de estar obligados a ver la existencia de otras opiniones como aniquiladoras de la nuestra es errónea. El pluralismo sostiene que es racionalmente inteligible y aceptable que otros sostengan posiciones distintas a las nuestras pero esto no supone sostener que un individuo dado necesite abrazar una pluralidad de posiciones. Porque debe distinguirse entre el punto de partida individual y el punto de partida

²⁴⁹ Rescher, Nicholas, *Pluralism, cit.*, nota 230, pp. 87-90.

grupal ya que el pluralismo es un rasgo del grupo colectivo pero no del individuo: que otros acuerden con nosotros no es prueba de corrección y que ellos desacuerden no es señal de error. Y una diversidad pluralística de posiciones conflictivas no es una base para el escepticismo.

El problema al que hemos arribado consiste en que si dejamos de lado el consenso de Habermas por poco realista (la situación ideal de habla, etcétera), el consenso pragmático de Rorty porque termina sustituyendo a la racionalidad por el ejercicio del poder, la posición del escepticismo porque no se puede suspender el juicio ya que el dar cuenta de la verdad es una necesidad insoslayable de la vida práctica, y el relativismo indiferente porque no cree que pueda haber una aceptación racional sino tan sólo de gustos, tradiciones o elecciones subjetivas ¿qué alternativa podemos considerar entonces? Para Rescher, luego de todo esto quedan sólo dos posiciones racionales posibles ante la diversidad pluralística de alternativas. Por un lado el *sincretismo* en el que todas las alternativas deberían ser aceptadas ya que las posiciones en apariencia discordantes están de hecho justificadas y deben ser conjugadas y yuxtapuestas. Y por otro lado el *racionalismo perspectival o contextualismo* que él suscribe y que dice que tan sólo una alternativa debería ser aceptada (esta aceptación tendría como base la fuerza lógica racional aunque ésta base pueda diferir en perspectiva de grupo en grupo, época en época, y escuela en escuela).²⁵⁰

Todo esto tiene enormes implicancias para la concepción de los derechos humanos que sostenemos. La discusión sobre la moralidad de las leyes “de obediencia debida y punto final” en la Argentina, o sobre la “obligatoriedad” —y no la “compulsividad”— de las pruebas genéticas de identidad en sujetos bajo presunción de haber sido secuestrados al nacimiento durante la dictadura militar, ilustra el punto en cuestión. Aceptar la diversidad de posiciones y el carácter conflictivo de las mismas no supone renunciar a la pretensión de estar enunciando una posición que se cree con mayor racionalidad que las demás. Y no supone volverse escéptico ante ello y suspender el juicio, ni intentar resolver el conflicto por vía del consenso pragmático, ni perseguir una situación ideal de habla, ni mostrar una indiferencia relativista. Supone persistir en la defensa de una posición particular pero que se cree con mayor carga de racionalidad que las otras y que busca imponerse por el diálogo en razón de esta racionalidad. Queda una salvedad no obstante y ésta es el alcance que le damos al

²⁵⁰ Rescher, Nicholas, *La racionalidad*, cit., nota 242, p. 80.

término racionalidad. La posición de Rescher puede considerarse clásica en ese sentido y como hemos dicho apunta a la resolución por vía del respaldo empírico ante las diferencias. Nosotros sostenemos aquí, en cambio, una visión más amplia de racionalidad que pueda incluir —para decirlo en términos de Habermas y retomando el clásico concepto aristotélico— toda acción orientada al entendimiento. Creemos que la argumentación no académica de los defensores de los derechos humanos, como es el caso de Abuelas de Plaza de Mayo, no deja un resquicio de dudas acerca de su racionalidad y mucho menos aún del carácter verdadero de esa racionalidad. Pero creemos también que para comprenderla en plenitud debemos recurrir no sólo a las categorías concurrentes de discursos racionales en juego sino también al concepto límite, de orden intuitivo y emotivo, donde pueda apoyarse toda racionalidad. Porque de eso y no de otra cosa se trata la exigencia de recuperar la identidad de un recién nacido que fuera secuestrado.

XII. LAS FORMAS DE LA FALSA CONCIENCIA MORAL

El pragmatismo filosófico enlazado con el fundamentalismo de los principios éticos, tuvo el necesario correlato y coronación que la lógica del consenso pragmatista exige, en el ejercicio del poder mediante el pragmatismo económico y político. Entonces pudo proclamarse —en modo menos filosófico y más completo que el de la disputa entre apariencia y realidad— que finalmente se habían terminado las ideologías.²⁵¹ En esta difusa afirmación se incluyó el fin de las disputas por sistemas sociales alternativos, por la contraposición entre planificación y mercado, por las políticas de demanda y las políticas de oferta, por la sustitución de importaciones o la apertura de las economías, por las nociones de convención y naturaleza, y de apariencia y realidad, y por el carácter de lo humano y lo no humano. El final de las ideologías no significaba el fin sino el principio de las discusiones útiles.²⁵² Las discusiones sobre las ventajas o in-

²⁵¹ La introducción con gran impacto del concepto “el fin de las ideologías” corresponde a Daniel Bell en *The End of ideology: On the exhaustion of political ideas in the fifties*, Glencoe, t. III, The Free Press, 1960 (trad. española *El fin de las ideologías*, Madrid, tecnos, 1964).

²⁵² Fernández Ordóñez, M. A., “La convergència en les idees sobre política econòmica de l'enfrontament al consens”, en Guitián, M. y Muns Albuixech, J., *La cultura de la estabilidad y el consenso de Washington*, cit., nota 202, p. 145.

convenientes de los diferentes sistemas de provisión de servicios sanitarios o educativos eran más interesantes que las viejas discusiones entre los partidarios de diferentes “modelos de sociedad”. Desde el punto de vista de los pragmatistas la noción de “derechos humanos inalienables” no resultaba mejor ni peor que el eslogan de la “obediencia a la voluntad divina” ya que no daba razones para la acción, y ponía demasiada presión en preguntarse por los derechos humanos siguiendo a la filosofía tradicional basada en la metafísica que suponía que el progreso moral consiste en incrementar el conocimiento moral.²⁵³ Todas esas supersticiones o dispositivos de los débiles para protegerse de los poderosos —en palabras nietzscheanas— debían dejarse de lado para debatir la utilidad del conjunto de constructos sociales que llamamos “derechos humanos”, lo cual consistía en debatir la cuestión de si las sociedades incluyentes son mejores que las excluyentes e intentar sustituir el conocimiento por la esperanza. Sin embargo, lo que las distintas formas del pragmatismo lograron como consecuencia de sus concepciones y en modo contrario a sus postulados fue demostrar la plena vigencia de los discursos ideológicos. De manera análoga a los escépticos radicales que en su extremo terminan refutándose a sí mismos y no pueden construir una teoría del conocimiento precisamente por su falta total de pragmatismo; en su contracara los nuevos pragmatistas radicales que pretendían convertir toda verdad al principio de utilidad no terminaban con las ideologías y eran incapaces de construir una teoría aceptable de la moral. En lo que Rorty había tenido una profunda lucidez, sin embargo, había sido en percatarse que el talón de Aquiles del pragmatismo lo constituye una sólida teoría de las ideologías y que el enemigo mortal de una pretensión pragmática de la moral se encuentra hoy en los derechos humanos. Y si bien el término *ideología* ha tenido diversas acepciones desde que fuera acuñado,²⁵⁴ y el abuso de su utilización anterior y actual inducen a usarlo menos de lo debido o a usarlo mal, lo cierto es que con esas diversas acepciones se ha referido a las determinaciones sociales del pensamiento que no son conocidas, a la mediación de las ideas por el *interés* y consecuentemente a la

²⁵³ Rorty, Richard, *¿Esperanza o conocimiento? cit.*, nota 226, pp. 95 y 96.

²⁵⁴ Para la noción de “Ideología” pueden verse entre otros Chatelet, François, *Historia de las Ideologías*, Madrid, Zero, 1978, 2 vols.; Lenk, Kurt, *El concepto de ideología*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974; Rossi-Landi, Ferruccio, *Ideología*, Barcelona, Labor, 1980; Blackburn, Robin (ed.), *Ideología y Ciencias Sociales*, Barcelona, Grijalbo, 1977; Geiger, Theodor, *Ideología y Verdad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1972.

tarea de desenmascaramiento de los prejuicios sociales, al lugar de las formas de la *conciencia social* entendida como unidad de vinculación entre relaciones sociales y significados,²⁵⁵ y al carácter de *falsa conciencia* que tiene la forma ideología en tanto no sólo no expresa la verdad sobre el mundo sino que además se presenta ante todos como si tuviera plena capacidad para hacerlo. En cualquier caso es en los textos y en el lenguaje donde operan las formas ideológicas.²⁵⁶ Y no se trata de textos que van a aparecer ante nosotros en modo explícito y con la inmediata evidencia de su carácter ideológico sino que al igual que sucede con los actos fallidos en tanto emergencia abrupta de lo inconsciente que exige ser resignificada, los discursos ideológicos aparecen en fragmentos deshilvanados cuyo desprendimiento de la realidad no se observa a primera vista sino en el momento en que podemos establecer que los mismos hablan de una realidad que no existe. Es por esto que la tarea principal frente a la ideología en general y a la ideología moral en particular es hacer lo que el pragmatismo rechaza y que es descubrir la apariencia de los discursos. Porque si algo caracteriza a la ideología no es ya la determinación de los discursos por los intereses que encubre (esa característica que se quiso rechazar anunciando el fin de las ideologías) sino la instauración en el mundo de intereses precisos mediante la globalización de la forma ideológica de los discursos para fortalecer esquemas de poder y prestigio social.

El resultado de abandonar la distinción entre apariencia y realidad que piden los pragmatistas conduce a dejar de lado toda interpretación y, por tanto según ellos, al fin de las ideologías para remitirse a una mera consideración de lo útil. Sin embargo, esa postulación implica una cuestión no enunciada y es que el abandono de toda interpretación sólo puede darse si se impone esa postulación que al fin y al cabo no es más que una interpretación y que será útil o eficaz precisamente en la medida en que se imponga.²⁵⁷ Por eso es que la ideología en bioética no es más que la pretensión de imponer una determinada interpretación normativa bajo el manto de una aparente neutralidad axiológica. Y es una pretensión que a la vez busca ser eficaz o “útil” en lo político y cultural. Sin embargo, no todo discurso es ideológico y la seudolegitimación moral adopta formas particulares. Se trata, como hemos dicho, de evidenciar la forma ideoló-

²⁵⁵ Lukács, Georg, *Historia y conciencia de clase*, Barcelona, Grijalbo, 1975.

²⁵⁶ Faye, Jean-Pierre, *Los lenguajes totalitarios*, Barcelona, Taurus, 1974.

²⁵⁷ Cohn, Gabriel, entrada “Ideología”, en Altamirano, Carlos (dir.), *Términos críticos de sociología de la cultura*, Buenos Aires, Paidós, 2002, pp. 134-140.

gica de textos y discursos mediante interpretaciones adecuadas. El sostener la generalidad de que todo discurso es ideológico conduce a no señalar ninguna forma nueva de interpretación sobre textos particulares y a facilitar la mayor eficacia de aquellos discursos que sí encierran formas ideológicas. Hablar de la ideología angloamericana en bioética supone en primer lugar particularizar un supuesto aceptando que no todos los autores y textos pertenecientes a esa área cultural producen formas ideológicas. A lo que nos referimos al hablar de ideología angloamericana es a tres cuestiones características. La primera corresponde al lugar de donde emerge una interpretación determinada, entendiendo ese lugar como aquel sustrato común del que habla Jonsen para referirse precisamente al *ethos* de Estados Unidos al señalar su moralismo, su “progresismo” e individualismo moral. La segunda corresponde al tiempo en el que una determinada forma ideológica se hace visible, cronología de la cual venimos hablando. La tercera corresponde al grado de eficacia de un núcleo determinado de producción de sentido moral para imponer globalmente su interpretación normativa, como pudo verse en la expansión internacional del fundamentalismo principialista.

XIII. LA ÉTICA DE LA INVESTIGACIÓN INTERNACIONAL COMO FORMA IDEOLÓGICA

La ética de la investigación biomédica es el mejor ejemplo —aunque no el único— para visualizar las formas ideológicas del discurso bioético angloamericano. Hay que tener en cuenta para ello a la denuncia de Lurie y Wolfe de 1997 que señalaba falta de ética en el Departamento de Salud y Servicios Humanos, los Institutos Nacionales de Salud y el Centro para el Control de Enfermedades de Atlanta. Un primer dato importante entonces para nuestra interpretación es que los principales organismos de investigación del país líder en materia de investigaciones biomédicas protagonizaban un escándalo moral. A partir de allí, y como enmascaramiento de esa realidad, se producirían diversas formas de respuesta ideológica con las características señaladas de tiempo, lugar y búsqueda de eficacia interpretativa. El primer argumento para defender la realización de esos estudios fue que el no-tratamiento era el estándar local. Sin embargo, además de la infracción a lo indicado por las Pautas CIOMS-OMS, cualquiera sabía que la característica distintiva del discurso moral es su pretensión de universalidad. De modo tal que este argumento no podía ser otra cosa que

enmascaramiento de lo ya conocido sobre la realidad moral. En otros términos, este argumento luego llamado “doble estándar” o postulado de un tipo de tratamiento para países ricos y otro para países pobres, no podía ser otra cosa que ideología o falsa conciencia. De todos modos y como hemos dicho antes, si algo pretende la forma ideológica es imponerse y ser eficaz en su imposición. El argumento del doble estándar resultó ser en cierto modo pueril e indefendible explícitamente, aunque algunos autores lo hayan defendido intuyendo acaso que la cuasi-explicitación de los intereses introduce uno de los márgenes necesarios para los límites del discurso ideológico. Y es así que en la tarea interpretativa del discurso bioético global muchos quedaron atrapados en esta zona de claroscuro sin advertir la amplia variedad de tonos grises que se producían incesantemente. Porque siguiendo el primer postulado del pragmatismo sobre la inexistencia de “esencias” Levine sostuvo —como luego lo haría Macklin con el concepto de dignidad— que la Declaración de Helsinki debía ser revisada. A partir de allí se produjo un movimiento de asedio a la Declaración que, según la definió muy bien Rorty, era un documento de derechos humanos (aunque la haya definido así para decir que debía abandonarse).

La producción de un nuevo sentido para la interpretación de la ética de la investigación tomó el cauce de imponer dos nuevos documentos frente a la Declaración de Helsinki que fueron el Informe de la Comisión Nacional de Bioética de los Estados Unidos y el Informe del Consejo Nuffield del Reino Unido. Una característica de ambos es que surgían de los países y centros más cuestionados en cuanto a su moral en ética de la investigación por lo cual, en razón de tiempo y lugar, eran extemporáneos. Este desajuste, sin embargo, sólo manifestaba la voluntad de invertir ideológicamente —esto es falsamente— una realidad cuestionada. Los canales de circulación para estos informes fueron extensos y por tanto en buena medida eficaces como patrón de referencia pragmático. Ningún país subdesarrollado había solicitado estos informes y mucho menos al ver las denuncias de que eran objeto las investigaciones internacionales de estos países de origen. Pero junto a estas pretensiones de imposición interpretativa por vía de la disolución del sentido de la Declaración, o de la degradación de su jerarquía mediante la introducción de una horizontalidad jerárquica de las normas tipo informes de la Comisión Nacional de Bioética de los Estados Unidos de América y del Consejo Nuffield, otra nueva forma de globalización ideológica de la moral se introdujo con el Programa Fogarty de capacitación en ética de la investigación. La

intención de capacitar a miles de expertos en ética de la investigación, para formar una red global en ese campo, no mostró otra cosa que el viejo modelo de los expertos entrenados por una matriz central bajo el supuesto de que en algún lugar se conoce el fundamento último de la moral. Nada habría que decir de la loable intención de seguir académicamente a una escuela como su propio nombre indica —la Academia o el Liceo de los griegos—. De lo que se trata, en todo caso, es de ver la forma “sofística” e imperial de estos intentos o sea la forma que pretende enseñar no ya un dominio especializado del conocimiento sino la forma que pretende enseñar (aún veladamente) el dominio universal de la justicia.²⁵⁸

Y si el consenso ya se sabe desde antiguo que puede ser bueno o malo, y lo hemos analizado ya críticamente, ¿qué otra formas entonces adoptó el discurso bioético global como ideología? Un modo había de ser el discurso ideológico normativo explícito: por ejemplo el decir que “la Declaración de Helsinki no debe ocuparse de cuestiones de ética social”²⁵⁹ o el decir que “todo lo que un individuo de un país en desarrollo debe saber es aquello que le correspondería en su país de origen...”.²⁶⁰ Un segundo modo, más sutil, es la ideología liberal-pragmática fundacional, implícita en la supuesta fundamentación filosófica del discurso, al sostener que en la mesa del diálogo moral deben estar presentes todos los que tengan intereses en los resultados emanados del debate.²⁶¹ Hasta Max Weber distinguió con sus dificultades de fundamentos criticada por Habermas, entre *complementariedad de intereses y consenso normativo*. De allí que aunque la tradición filosófica deba cambiarse según los pragmatistas, las cuestiones de intereses han estado siempre reñidas con el diálogo moral. No hay que remitirse a autores heterodoxos para ello ya que basta con citar a John Rawls —cuyo concepto de “equilibrio reflexivo” es utilizado por Beauchamp y Childress al hablar de un “principalismo especificado”—, para encontrar en su pretensión de un “velo de la ignorancia” el significado del poder de-

²⁵⁸ Chadwick, Ruth y Schüklenk, Udo, “Bioethical Colonialism?”, *cit.*, nota 48.

²⁵⁹ Expresión de Robert Temple de la Food and Drug Administration —United States of America— vertida en la Asamblea de la Asociación Médica Mundial en Helsinki, 10-13 de septiembre de 2003.

²⁶⁰ Levine, Robert, “The need to revise the Declaration of Helsinki”, *cit.*, nota 15.

²⁶¹ Esta fue la posición sostenida por Ruth Macklin y Fernando Lolas en la Asamblea 2003 de la AMM en Helsinki. Macklin sostuvo que todos los interesados deben estar sentados a la mesa del diálogo moral adjudicando en este hecho —como Rorty— carácter indiferenciado a argumentos de intereses e ideales. Lolas dijo además que “interesado” proviene etimológicamente de “inter-esse” que refiere a la relación entre seres.

jar de lado las posiciones privilegiadas de los interlocutores si se quiere acceder a una auténtica discusión sobre la justicia. Por eso es que a la mesa del diálogo moral deban sentarse aquellos cuyos argumentos tengan la condición de ser morales, esto es desinteresados.

Es posible que un sujeto cuya actividad primaria sea una actividad estratégica basada en intereses —como por ejemplo obtener el mayor rédito para sus inversiones industriales—, pueda enunciar algún argumento moral dirigido a una situación particular. Pero el presupuesto inicial para sus argumentos, y hasta que no se demuestre lo contrario, es la defensa de intereses propios y no universales. Sin embargo, la forma liberal-pragmática de pensamiento parte del supuesto —falso— de que las formas autointeresadas de argumentación no tienen diferencia alguna con las formas morales de argumentación y que, por ejemplo, los argumentos de la industria farmacéutica en orden a la regulación moral de sus actividades tienen la misma jerarquía axiológica que la de las poblaciones afectadas por la epidemia VIH-Sida en los países pobres. Un tercer modo de la forma ideológica en bioética consiste en la apariencia de internacionalismo que otorga la inclusión de participantes de distintas regiones del mundo cuando se tiene asegurado el control de la agenda contando con participantes de esas regiones que han dado señales previas y suficientes de ceñirse a una discusión sin críticas radicales. Un ejemplo de ello puede verse en la revisión de las Pautas CIOMS-OMS 2002 que estuvo coordinada por el principal exponente de la defensa del doble estándar cuya idoneidad para ese rol, por tanto, era radicalmente cuestionable. Y no por tener una posición ética determinada, que al fin y al cabo todos la tenemos, sino porque su posición era considerada “no ética” por sus críticos.

La firme decisión de avanzar en la estrategia de disolución de todo supuesto de universalidad inalienable, como había pedido Rorty, llevó a que la Declaración de Helsinki terminara siendo atacada dentro mismo de la Asociación Médica Mundial que le dio origen. Los artículos que los partidarios del nuevo orden moral buscaban modificar —como se ha dicho— eran el 19 (beneficios para la comunidad), el 20 (grupos control y placebo) y el 30 (garantías de continuidad en el tratamiento después de la investigación). En un primer movimiento posterior a la revisión de la Declaración en el año 2000, este asedio consiguió introducir una “nota aclaratoria” flexibilizadora del párrafo 29 sobre el uso de placebo en el grupo control. Para la asamblea de la AMM del año 2003 un grupo de trabajo propuso enmendar el párrafo 30 considerando que no se podía exigir a

los patrocinadores de una investigación biomédica el hacerse cargo de las injusticias causadas por los malos gobiernos y que si aumentaban las exigencias lo único que se lograría era que disminuyeran los estudios valiosos. Sin embargo, y como desde una de las representaciones a la Asamblea tuvimos oportunidad de sostener,²⁶² si las deficiencias relativas a los errores políticos y las circunstancias económicas mundiales llevan a que individuos y grupos humanos padezcan situaciones de injusticia en cuanto al respeto de su derecho a la atención de la salud, los patrocinadores de un estudio y los investigadores no pueden fundamentar en esa injusticia previa la repetición por ellos mismos de esa injusticia en los sujetos humanos participantes en el estudio. Esta doble injusticia sería tanto más grave si los patrocinadores persiguieran para ellos un beneficio económico derivado del estudio porque en ese caso la rentabilidad de la investigación dependería de la convalidación de una situación injusta en la que los individuos serían tratados como meros medios para satisfacer intereses.

El supuesto de la inhibición de estudios valiosos que sirvan a las necesidades de salud de las poblaciones si se exige la responsabilidad de los patrocinantes e investigadores de asegurar el acceso a los mejores métodos identificados por el estudio, no tiene respaldo ante las evidencias disponibles sobre la correlación entre el gasto mundial en investigaciones en salud y la falta de progresos en el acceso equitativo de la población mundial a los resultados de esas investigaciones. Según el *Global Forum for Health Research*, el 90% del gasto mundial en investigaciones biomédicas se dedica a estudiar los problemas de salud del 10% de la población mundial e inversamente tan sólo el 10% del gasto mundial en investigaciones biomédicas se dedica a estudiar los problemas de salud que aquejan al 90% de la población planetaria. Todos los indicadores señalan que, lejos de mejorar, la brecha de las inequidades en el acceso a la salud entre países ricos y países pobres continúa creciendo. La responsabilidad exigida por el párrafo 30 si bien no podría corregir por sí misma esa tendencia, lo que lograría al menos es no contribuir a incrementarla. Es así que los patrocinadores e investigadores no sólo deben inhibirse del engaño, la manipulación o la persuasión indebidas sobre los pacientes, sino que además deben explicitar los alcances precisos de los beneficios

²⁶² Posición de la Confederación Médica de la República Argentina ante la Asamblea de la Asociación Médica Mundial, Helsinki, 10-13 de septiembre de 2003.

individuales contemplados por el estudio. Y los médicos que realizan una investigación deben distinguir sus responsabilidades de atención de la salud de sus responsabilidades como investigador aunque ambas se conjuguen en la práctica. La obligación del médico en la atención de la salud es una obligación “primaria” de la profesión médica de hacer lo máximo posible para que los pacientes tengan acceso a una atención eficaz según el estado actual del conocimiento médico disponible y sus intervenciones presuponen alcanzar algún beneficio para el paciente con métodos probados de los cuales se conocen los riesgos. La función del médico como investigador, en tanto sus intervenciones sobre el “grupo de intervención” en comparación con el “grupo control” consisten en el estudio de métodos aún no probados, nunca puede presuponer un beneficio para los pacientes como no sea en sentido hipotético. Es por esto que la responsabilidad del médico como investigador es mayor aún que la responsabilidad del médico en la atención de la salud, ya que en las investigaciones no se presupone beneficio —sino que se lo estudia para ver si se prueba en términos de eficacia— y tampoco se conoce acabadamente el alcance de los riesgos que se estudian en términos de seguridad. Y es por estas razones que la obligación del médico como investigador de asegurar a sus pacientes el tener acceso a una atención eficaz después del estudio, es mayor aún que la obligación del médico de asegurar el acceso en su función de atención de la salud. Por eso los individuos que contribuyeron a probar un método deben ser en términos de justicia los primeros beneficiados en la generalización del nuevo conocimiento. No garantizar esto significaría comenzar las inequidades en el acceso a la atención desde el primer momento de haber alcanzado un nuevo conocimiento. Por eso resultaba inaceptable la propuesta de modificación que consideraba suficiente que el médico simplemente informara al paciente si era previsible o probable que los auspiciadores no le proporcionarían un tratamiento eficaz y apropiado al retirarse del estudio.

Es por todo este debate que la medicina y los médicos, que debieron reformular su moral tradicional al encontrar en el consenso de los derechos humanos una razón que suponía un progreso para su estándar ético de siglos, se encontraron sin embargo con esta pretensión de un nuevo orden moral que no tenía nada para enseñarles y que además era contraria y regresiva frente a lo que habían sostenido y les había hecho respetables ante la sociedad durante siglos. En el asedio a la Declaración de Helsinki pudo verse una muestra de esa lógica de dominación que pretendía romper con

la moral universal de respeto integral a los derechos humanos. El punto central del asedio —como había postulado Rorty— era terminar con el carácter “inalienable” de la Declaración. El término “alienación” refiere a la conversión en un extraño (*alien*) o “extrañamiento”.²⁶³ El carácter de inalienables de los derechos humanos significa que nada ni nadie los puede convertir en “extraños” para las personas ya que forman parte de su condición de seres humanos. El romper con el carácter de inalienables de los derechos sostenidos en la Declaración de Helsinki implica, por tanto, la posibilidad de hacer que los mismos resulten “extraños” para algunos seres humanos. Y éste es el límite del debate de las diferencias morales en bioética porque lo que está en juego ya no es una cuestión de tolerancia y respeto de distintas posiciones de pensamiento sino una petición radical de modificación del marco de convicciones acerca de la dignidad humana y del sentido mismo de la moral. Por eso es que no se trataba simplemente de una disputa entre partidarios y adversarios del “doble estándar” —y quien plantee el conflicto en estos términos se equivoca— ya que la disputa esencial era y es entre quienes defendemos el carácter inalienable de los derechos humanos contra quienes de distintos modos lo ponían y lo ponen en duda. De allí que pueden verse “opositores” al doble estándar en ética de la investigación que son partidarios de una resolución pragmática de la moral lo cual no es otra cosa que un doble estándar entre la moral de los poderosos y la de los débiles. Pero el pluralismo encuentra sus límites en una racionalidad que puede poner en discusión todo excepto sus pretensiones mismas de racionalidad. Por eso es que como no puede ser de otro modo, lo que en principio fuera la aceptación de nuevos actores y disciplinas en el escenario de las prácticas de atención e investigación en salud en tanto que aportaban a una dignificación de las mismas, terminaría convirtiéndose en rechazo de estos nuevos sofistas de la ética de la vida. Porque todo esto no es nuevo en la historia de la filosofía y ya ha sido señalado de muy distintas formas. Raymond Ruyer llamaba “filosofías cínicas” a aquellas cuya apariencia ética, como hemos señalado aquí, ha de ser criticada.²⁶⁴

²⁶³ Para el concepto de alienación véase Joachim, Israel, *Teoría de la alienación*, Barcelona, Península, 1977; Schaff, Adam, *La alienación como fenómeno social*, Barcelona, Crítica, 1979. Véase asimismo el uso del concepto de “extraños morales” que hace Engelhardt en *Los fundamentos de la bioética*, cit., nota 131, en particular en las pp. 106 y 107.

²⁶⁴ Ruyer, Raymond, *La filosofía del valor*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 54 y 55.

Las preferencias y las voluntades individuales se disfrazan muy a menudo de juicios de valor. El cínico piensa: “Tú debes hacer esto porque tal es mi deseo”, pero dice “Tú debes hacer esto, porque esto es bueno”. Este abuso de la universalidad y de la objetividad de los juicios de valor por el capricho o la voluntad de poder, ha hecho creer a muchos filósofos que todo juicio de valor no es sino una falsa apariencia, el disfraz de una voluntad individual que no es, en sí misma, un puro hecho. Esta tesis es inaceptable. El abuso cometido es, por el contrario, el reconocimiento implícito de la objetividad del valor por parte de aquél que lo juzga. No habría hipocresía si no hubiera verdadera virtud.

XIV. DE LA CRÍTICA DE LA APARIENCIA A LA CONSTRUCCIÓN MORAL

La crítica de la apariencia ética descubre varias nociones importantes para la bioética. Una de ellas es la indisociable vinculación entre bioética y derechos humanos. En segundo lugar descubre que la idea de justicia presente en los derechos humanos es el fundamento básico de una bioética verdadera. Pero además descubre que no es posible entender ese fundamento en modo histórico-explicativo si no es recurriendo al contexto de interpretación de esos derechos humanos. Esa tarea hermenéutica—inexcusable si no se quiere caer en una mera retórica de los derechos fundamentales y de la bioética—, nos conduce a la necesidad de dar cuenta del *ethos* en el que surgen las construcciones morales de las distintas comunidades.²⁶⁵ La bioética emergió en el marco del *ethos* angloamericano. Pero la expansión mundial del discurso de la bioética llevó a situaciones de imperialismo moral caracterizadas por la negación de la existencia de otros *ethos* y por la imposición pragmática de concepciones particulares de la justicia con pretensión universal. América Latina tiene tantas o más razones que cualquier región del mundo para considerarse una comunidad con suficientes atributos de identidad para ser pensada con un *ethos* propio.²⁶⁶ Y esa es la tarea imprescindible a la hora de construir una bioética de los derechos humanos en América Latina.

²⁶⁵ Véase Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método I. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1977; Jonsen, Albert, *The Birth of Bioethics*, cit., nota 1; Taylor, Charles, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, cit., nota 66; Ricoeur, Paul, *Sí mismo como otro*, cit., nota 156; Foucault, Michel, cit., nota 197.

²⁶⁶ Véase una mínima muestra para la reflexión sobre el *ethos* de América Latina en Ardao, Arturo, *Génesis de la idea y el nombre de América Latina*, Caracas, CELARG,

La construcción de una teoría ética debe comenzar dando cuenta de la distinción entre lo moral y lo inmoral y en esta fundamentación una bioética de los derechos humanos, con base en la construcción histórico-social de la moralidad, se presenta como la concepción más coherente frente a las concepciones alternativas de la bioética. Una teoría ética debe dar cuenta además de qué es lo que caracteriza a la moralidad y en esta cuestión la universalizabilidad de una bioética de los derechos humanos se apoya en la concepción ontológica que brinda el concepto de dignidad humana. Una teoría ética debe dar cuenta asimismo de los fines de la moralidad —para reducir el avance de la historia por el lado malo como advertían Hobbes y Hegel—, y es por eso que la concepción de paz y justicia de los derechos humanos traza coordenadas esenciales para la vida buena. Pero una teoría ética debe dar cuenta también de la cuestión de los desacuerdos morales y el relativismo cultural y normativo: en ese sentido una bioética de los derechos humanos no sólo puede dar cuenta de ello por su universalismo sino que además se postula como respetuosa de los contextos, tradiciones culturales e historia de las diferentes comunidades. Una bioética de los derechos humanos es universalista pero a la vez no puede concebirse si no es contextualmente porque la noción misma de derechos humanos como límite inestable entre los mundos de la moral y la inmoralidad sólo se verifica en un tiempo y lugar, como lo es en América Latina o incluso en un país de la región o en una jurisdicción de un país determinado.

La noción de derechos humanos implica la existencia de sociedades humanas en un determinado período de la evolución histórica donde —independientemente de la existencia de formas residuales de organización social— los estados-nación alcanzan a toda la geografía mundial. Para esto tuvo que darse la descolonización del siglo veinte. De allí que

1980; Dussel, Enrique, *Filosofía de la Liberación*, 5a. ed., Bogotá, Nueva América, 1996; Ellacuría, Ignacio, *El compromiso político de la filosofía en América Latina*, Bogotá, El Buho, 1994; Henríquez Ureña, Pedro, *Historia de la Cultura en la América Hispánica*, México, FCE, 1947; Romero, Francisco, *Sobre la filosofía en América*, Buenos Aires, Raigal, 1952; Salas Astráin, Ricardo (coord.), *Pensamiento crítico latinoamericano*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica Silva Henríquez, 2005, 3 vols.; Salazar Bondy, Augusto, *Existe una filosofía de nuestra América?*, México, Siglo XXI, 1968; Manuel Ugarte, *La patria grande* [1922], Buenos Aires, Coyoacán, 1961; Zea, Leopoldo, *El pensamiento latinoamericano* [1965], Edición ampliada en México, Pormaca, 1976; Zea, Leopoldo, *La filosofía latinoamericana como filosofía sin más*, México, Siglo XXI, 1969.

los derechos humanos emergen como tales en un período específico de la historia humana y remiten a la moralidad de una pretensión normativa que no podía siquiera imaginarse hasta hace menos de un siglo. Del mismo modo que la universalidad de la ética kantiana y los primeros enunciados de los derechos del hombre y del ciudadano sólo tienen sentido histórico con la disolución del arbitraje moral de Roma y de las monarquías feudales, los derechos humanos sólo se explican en plenitud formal desde el siglo veinte y sus alcances. Y no se trata de tomar los patrones morales de conducta de grupos étnicos particulares y desbordados por la expansión de las sociedades industriales y multiculturales para hablar de la relatividad de los sistemas morales mientras no se dice nada de la forma de organización del estado-nación en que cada comunidad habita. Porque al no hacerlo se deja de lado un hecho fundamental para el análisis de la moral. Y es irrelevante hablar aquí de la distinción entre estándares de las creencias y estándares de los juicios morales sin aceptar la existencia de un dato de la realidad que se impone hasta un determinado alcance sobre las diversas creencias y juicios morales. De lo que se trata entonces es de dar cuenta de cuál es ese alcance que los estados-nación pueden imponer hoy sobre el mundo moral.²⁶⁷ Y allí los derechos humanos aparecen como el supuesto de creencia moral mínima a compartir entre todos y en cada uno de los estados-nación. Porque de otro modo ¿qué

²⁶⁷ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Case of the Saramaka People vs. Suriname*, juicio de 27 de noviembre de 2007. En la denuncia que hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la CIDH, alega que el pueblo de Saramaka es una comunidad tribal y que el derecho internacional de los derechos humanos impone al Estado la obligación de respetar los derechos de los pueblos tribales incluido el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras. Pero el Estado de Suriname disiente y discute ese alegato. La Corte observa que el pueblo de Saramaka no es originario de la región que habita sino que fue llevado allí durante la época colonial. Es uno de los seis grupos Maroon de esclavos africanos llevados a la fuerza a Suriname durante el siglo XVII. Están organizados en doce clanes matrilineales con una población de 25000 a 34000 individuos. Sin embargo, comparte con los pueblos indígenas el tener tradiciones culturales, económicas y sociales diferentes de las de otros sectores de la comunidad nacional, identificándose a sí mismos con sus territorios ancestrales y regulándose al menos parcialmente con sus propias normas, costumbres y tradiciones. La tierra es más que una fuente de subsistencia porque es también la fuente de continuidad de la vida y la identidad cultural. Por esos y otros elementos la Corte considera que el pueblo de Saramaka es una comunidad tribal y que por ello y según su jurisprudencia requiere medidas especiales dentro del derecho internacional de los derechos humanos para proteger y garantizar su supervivencia física y cultural.

sentido tendría el hablar del respeto del sistema moral de un grupo humano como el de los esquimales, por ejemplo, en un mundo de calentamiento global de la atmósfera, de la depredación de focas y ballenas, de cielos surcados una y otra vez por aviones y naves espaciales, y de mares salpicados de petróleo? ¿Qué parte del sistema moral de ese grupo estaríamos respetando? Por otro lado, ¿qué sentido tendría el respeto del sistema moral de los vascos por el estado-nación español si no fuera desde un supuesto de respeto común a un mínimo de universalidad moral en la disputa política sobre el estado que excluyera la matanza de población civil? O ¿qué sentido tendría la moralidad del estado-nación mexicano si no fuera con un mínimo respeto de la identidad chiapaneca? Una de las grandes debilidades, no ya de la ética filosófica que presume ampararse en la cada día más débil distinción entre teoría y práctica (o aplicación), sino de la bioética en tanto ética “aplicada” o ética “práctica”, es dejar de lado todas estas consideraciones al hablar de los fundamentos de la bioética.

Cuando Daniel Callahan visitó Argentina en 1998 repitió aquella frase del Eclesiastés que cita en la segunda edición de la *Encyclopedia of Bioethics*: “nada hay nuevo bajo el sol”. En sus palabras había una suerte de conclusión sobre su corto viaje a una parte de América Latina y su contacto con nuestra práctica de la bioética. Una conclusión para nada ofensiva toda vez que él ha expresado también con esa frase su creencia en que si bien desde una determinada perspectiva la bioética es un campo moderno en razón de los avances científicos y tecnológicos que han cambiado nuestra comprensión sobre la naturaleza, el cuerpo y la vida humana; por otro lado la clase de cuestiones planteadas por esos avances están entre las más antiguas que los seres humanos se han hecho a sí mismos desde siempre.

No cuesta acordar con esta doble visión para pensar las cuestiones bioéticas en América Latina. Sin embargo, en ese mismo acuerdo está la raíz de importantes diferencias. Puede pensarse por un lado en cuanta analogía guardan muchos de los debates que hoy tenemos en bioética en nuestros países, con las cuestiones discutidas en política, derecho y teología en el siglo XVI en torno a los indígenas de estas tierras, a su señorío, sus culturas y religiones, y al derecho del Imperio sobre todas ellas; discutidas por ejemplo por Francisco de Vitoria en *Relecciones del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*. Y al recordar esto podemos decir —pensando en el debate sobre las relaciones entre bioética y derechos humanos— “nada hay nuevo bajo el sol”. Pero esta clase de

permanencia en el tiempo que alude a problemas recurrentes en nuestra región sólo es posible verla como recurrencia propia al identificarnos como ciudadanos latinoamericanos que pueden encontrar en los padecimientos de su vivir actual las similitudes (y diferencias) que les unen a las poblaciones pasadas. La recurrencia vista por Callahan en nosotros —y en esto su comunitarismo le llevaría a aceptar esta proposición— es la recurrencia de los problemas éticos que el desarrollo de la ciencia y la tecnología plantean en la actualidad en diversos países en el campo de las ciencias de la vida y la salud como cuestiones *aparentemente* universales. Pero es precisamente en contra de esta apariencia encubridora que debemos invertir el supuesto de las preocupaciones éticas por el avance científico y tecnológico como cualidad universalmente “novedosa y cambiante” en contraposición a la universalmente “vieja permanencia” de las cuestiones filosóficas, para afirmar que lo novedoso emerge al pensar nuestro pasado a la luz de la apariencia de universalidad que brindan los elementos del presente. Estos elementos son aparentemente universales porque si bien las evidencias científicas y la eficacia de los resultados de la técnica tienen una pretensión universal en sí mismos, cuando se reflexiona sobre ellos a la luz de la proyección de los fines comunitarios que se trazan por el contraste entre presente y pasado, aquella apariencia de universalidad se desvanece.²⁶⁸

El pragmatismo quiere dejar de lado la oposición apariencia/realidad y sustituirla por el concepto de lo útil. Sin embargo, la utilidad no puede dejar de ser vista en términos de utilidad aparente o utilidad real. Es por esto que nuestra verdadera —no aparente— universalidad latinoamericana sólo puede construirse desde la verdad encerrada en la memoria de nuestro vivir individual y colectivo y enfrentada a los cambiantes hechos del presente. Una verdadera bioética de América Latina con legítima aspiración universalista por sumarse al encuentro de comunidades será aquella que hable pensando la ética desde nuestro vivir cotidiano y no desde los supuestos aparentemente universales de una pragmática moral que fetichice en modo encubierto las formas interesadas de la ciencia y la tecnología. Es así que podremos dar contenido a nuestro *ethos* desde la dignidad de los hombres y mujeres que habitan esta Región.

²⁶⁸ Véase una profunda reflexión sobre el significado para la época moderna de la relación entre *vita activa* y *vita contemplativa* en Arendt, Hannah, *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós, 2003 (título original *The Human Condition*, Chicago, The Chicago University Press, 1958).

¿Qué bioética hacer entonces en América Latina? Una respuesta a parte de esa pregunta es decir que los organismos internacionales en la Región deben ser asesorados por personalidades latinoamericanas y los programas de investigación y educación en bioética planificados, dirigidos y evaluados por investigadores y docentes latinoamericanos con un compromiso explícito con los derechos humanos según el Pacto de San José de Costa Rica. Y para ilustrar esta necesidad y comprender el sentido de los problemas bioéticos en nuestro contexto es pertinente exponer un caso sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁶⁹

El 6 de febrero de 1993 María Elena Loayza Tamayo fue detenida en Perú por miembros de la Dirección Nacional contra el Terrorismo cuando el territorio se encontraba en estado de emergencia y con garantías constitucionales suspendidas. Fue procesada con otros imputados por el delito de traición a la patria a cargo del fuero militar pero fue absuelta de ese delito. El 10 de octubre de 1994, sin embargo, fue procesada por los mismos hechos y con las mismas pruebas obtenidas en el procedimiento militar, por un tribunal especial del fuero común que la condenó a veinte años de pena privativa de la libertad en sentencia confirmada el 6 de octubre de 1995 por la Corte Suprema de Justicia. Desde su detención fue encarcelada en un Centro Penitenciario de máxima seguridad, en una celda reducida, húmeda y fría, sin ventilación ni luz natural, autorizada a recibir veinte a treinta minutos de sol al día, con aislamiento celular continuo, sin recibir diarios ni revistas, ni disponer de radio, y con un régimen de visitas sumamente restringidas. Denunciado el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ésta sometió el mismo el 12 de enero de 1996 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y contra el Gobierno del Perú, entendiendo que la salud de Loayza Tamayo se había deteriorado por el régimen de vida inhumano y degradante al que era sometida. La Corte resolvió solicitar al Perú que adoptara las medidas necesarias para asegurar eficazmente su integridad física, psíquica y moral, que le brindara el debido tratamiento médico y psiquiátrico, y el 17

²⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo. Medidas provisionales*, 30 de mayo 1996; Resolución del Presidente, 12 de junio de 1996; Resolución de la Corte, 2 de julio 1996; Resolución de la Corte, 13 de septiembre 1996; Sentencia, 17 de septiembre 1997; Resolución de la Corte, 11 de noviembre 1997; Reparaciones, 27 de noviembre de 1998; Resolución del Presidente, 13 de diciembre 2000; Resolución de la Corte, 3 de febrero de 2001; Resolución de la Corte, 28 de agosto 2001.

de septiembre de 1997 ordenó ponerla en libertad. Un mes después fue liberada y temiendo por su vida se exilió en Chile sin recibir reparación alguna que la Corte ordenaría en su sentencia del 27 de noviembre de 1998. El 30 de noviembre de 2000, después de padecer diversos problemas de salud, sin contar con medios para un tratamiento adecuado, con trabajos ocasionales y precarios, en nombre de Loayza Tamayo se solicitaba y sostenía ante la Corte:

...[que] tome, urgentemente, toda medida provisional para que la profesora María Elena Loayza Tamayo, recupere el monto de dinero fijado por la Corte como justa indemnización, junto con los intereses moratorios, y los demás daños materiales y morales relativos a las violaciones consiguientes al incumplimiento por el Perú del fallo sobre reparaciones, que le permita salir de la miseria en la cual vive, dejando de ser cuasi mendiga y empiece a gozar de una `vida digna'; [para que] pueda desarrollar un nuevo (aún limitado) proyecto de vida , empezando una nueva formación profesional que esté a su alcance en el extranjero, mientras se mantenga la situación de inseguridad en el Perú respecto a su persona; [para que] pueda cuidar de su salud de forma apropiada; [y para que] pueda subvencionar en forma directa y personal las necesidades de sus hijos, luego de sufrir la humillación de que éstos estén al cargo de sus abuelos y de sus tías... en cuanto al derecho a la vida, el proyecto de vida de la señora Loayza Tamayo ha sido dañado, y la libertad recuperada con la Sentencia de la Corte Interamericana sobre el fondo del caso "poco le vale", pues la conducta del Estado hasta la fecha le impide un mínimo de vida digna. Igualmente su derecho a la salud se ve gravemente violado y menoscabado.

En este caso pueden observarse muchos de los conceptos básicos que hemos introducido y que desarrollaremos para postular una bioética de los derechos humanos. En primer lugar los conceptos mayores del valor "vida digna" y del valor "justicia" que modulan el conjunto de cuestiones sobre las que reflexionar y de los derechos humanos a respetar. En segundo término el desenvolvimiento de ese conjunto de cuestiones expresadas en la síntesis que brinda cada uno de los seis términos principales que introducimos a la vez como valores, como principios y como virtudes éticas, asociados a sus correspondientes derechos humanos: la vida, la identidad, la integridad, la libertad, la salud y el bienestar. Pero pensados *desde* la problemática moral del vivir individual y comunitario en el

que estamos situados y *para* dar respuestas a esa problemática. Resulta especialmente interesante para ello, por el ejemplo que nos brinda respecto a la vinculación entre valores y principios, norma jurídica y norma ética, bioética y derechos humanos, la reflexión del caso en torno al concepto *proyecto de vida*.

En el caso de María Elena Loayza Tamayo la Corte reconoció que la violación de sus derechos humanos habían derivado en un grave daño a su “proyecto de vida” aunque sostuvo que la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia hasta esa fecha no permitían traducir ese reconocimiento en una reparación económica. El voto del Juez Oliver Jackman, particularmente, sostuvo que no había necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones. El reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al concepto de “daño al proyecto de vida”, se afirmaría en los casos *Cantoral Benavides, Gutiérrez Soler, y Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana*. Este último abordó la cuestión desde el problema del desarraigo por situaciones de exclusión social y pobreza extrema. Pero la introducción del concepto “proyecto de vida” es fundamental no sólo para la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito de los derechos humanos sino también para el significado que le otorguemos al *bios* de la bioética.

Si entendemos el *bios* como aquel de las ciencias biológicas estaremos pensando y practicando una concepción de la bioética. Si en cambio entendemos el *bios* desde el significado de la vida y el vivir humano, del cual se ocupan no sólo las ciencias biológicas y sus tecnologías sino también las ciencias sociales y humanas, jurídicas y políticas, entonces nuestra teoría y práctica de la bioética será otra muy diferente. Estas diferencias estuvieron fuertemente marcadas en las discusiones para la construcción de la Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO aprobada en 2005. Pero la consideración del concepto *proyecto de vida* nos sirve para comprender además la vinculación entre bioética y derechos humanos. Por un lado y como hemos visto se trata de un concepto sobre el cual se reflexiona en el campo particular de los derechos humanos y sus alcances para la práctica jurídica. Pero por otro lado, el mismo concepto forma parte de la reflexión y crítica en el terreno filosófico de la ética social. Baste citar como ejemplo a Amartya Sen, un autor que ha construido el cuerpo mayor de su obra sobre las relaciones dadas entre los conceptos de libertad, bienestar e igualdad; relaciones expresadas en los conceptos de *libertad de bienestar* y *libertad de ser agente* como

necesarias para alcanzar la libertad entendida como “nuestra capacidad para vivir del modo en que uno elegiría”.²⁷⁰ La consideración compleja del concepto de libertad en Sen hace necesario comprenderla en su relación con la vida, la identidad y la integridad, con la salud y el bienestar, y no meramente desde un restringido concepto de “autonomía”. Es desde los supuestos de una bioética entendida en esta perspectiva ampliada que realizamos la crítica del fundamentalismo de los principios.

Por eso es que la promoción abstracta de la autonomía y el consentimiento que ha hecho la bioética liberal sin hablar de necesidades en situaciones donde la carencia hace que haya poco o nada para ofrecer como elección se convierte en un irresponsable abandono de personas. La inmoralidad de un gran número de situaciones que nos rodean no requiere de consentimiento sino de sensibilidad y compromiso con un respeto moral mucho más básico y fundamental.²⁷¹ El error de la concepción de los derechos humanos centrada en la autonomía es no comprender que la vida, la identidad y la integridad son valores que preceden a la libertad para interrelacionarse con ella. Levine ha dicho que Helsinki refleja el

²⁷⁰ Aunque estos conceptos son tratados y desarrollados en profundidad en distintos abordajes de la extensa producción de Amartya Sen, en su obra *Bienestar, justicia y mercado*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 143 dice: “Si se juzga la libertad por nuestra capacidad para vivir del modo en que uno elegiría, entonces el espacio de los bienes no es el espacio adecuado para la valoración de la libertad. Incluso libertades tan elementales como la capacidad para estar bien nutrido pueden variar ampliamente entre las personas (a pesar de que se consumen las mismas cantidades de alimento) dependiendo de cuáles sean sus tasas metabólicas, el tamaño corporal, las condiciones climáticas, las enfermedades parasitarias, la edad, el sexo, las necesidades especiales (tales como el embarazo), etcétera. Es más sensible juzgar la libertad como oportunidad en términos de capacidad para conseguir resultados valiosos que simplemente por la posesión de bienes.”

²⁷¹ Véase Kenyon, Cecelia M., entrada “Jefferson, Thomas”, en *The New Encyclopædia Britannica*, Chicago, The University of Chicago, 15th. ed., Macropædia, vol. 10, 1977, pp. 127-131. Frente a la situación económico-social en América Latina y las interpretaciones que hace hoy la bioética liberal habría que recordar el concepto del derecho a la propiedad en Thomas Jefferson a quien siendo el redactor de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos nadie podría tildar de antiliberal. Jefferson creía que la propiedad era uno de los derechos naturales con los que el hombre nacía y que esto significaba el derecho a medios decentes de subsistencia. Si en cualquier país uno podía observar al mismo tiempo tierras no cultivadas y gente pobre desempleada esto mostraba una violación del derecho natural. Ninguna sociedad que negara ese derecho podía considerarse justa ni disfrutar por largo tiempo de un gobierno republicano. Las virtudes para la existencia de tal gobierno no podían florecer en condiciones de extrema pobreza o de completa dependencia económica.

tiempo del paternalismo médico de las décadas de los 50 y 60, y Gracia se hizo eco de esta crítica de la nostalgia como si diciendo eso demostraran que el sólo paso del tiempo es señal de progreso moral. Pero la realidad de América Latina indica que muchos cambios en salud han sido y pueden ser para peor y que el neoliberalismo ha causado una enorme catástrofe humana.²⁷² Cuatro siglos pasaron hasta finales del siglo diecinueve para que América Latina pudiera volver a tener la población que tenía al momento de la conquista y que fue diezmada por hambre, enfermedades y matanzas. Y habrá que ver las décadas de sufrimiento que las consecuencias de los enfoques neoliberales y sus pseudoéticas asociadas puedan tener. Por esto es que el fundamentalismo de los principios ha tenido un influjo pernicioso y es necesario adoptar una concepción de los derechos humanos que vaya más allá de lo declamatorio. Porque los organismos internacionales pueden llegar a convertirse ellos mismos en infractores de esos derechos así como los Estados Unidos se negaron a reconocer al Tribunal Penal Internacional de La Haya cincuenta y cinco años después de haber constituido los Tribunales de Nuremberg.

La última garantía de los derechos humanos reside en el carácter inalienable de la conciencia moral de cada individuo humano cuando el Estado o los organismos internacionales llegan a vulnerarlos. Después de largas décadas de invasiones militares extranjeras y dictaduras nacionales en América Latina, el ejercicio mayor de la fuerza para la Región no es militar sino económico y de pensamiento. Los supuestos progresos sobre Helsinki y CIOMS propuestos por la FDA, el CDC y el NIH no son más que regresos morales para la obligación de cuidado médico. Por eso es que la mayor batalla intelectual que ha de dar la bioética latinoamericana, como ocurriera en el mismo origen de la filosofía, es la disputa con esa nueva sofisticada y las amenazas de mercantilización y disciplinamien-

²⁷² Macklin, acaso retomando la distinción de Hume entre placer y dolor (pleasure and pain) y el sentido de ‘carácter humanitario’ que éste le otorga al término *humanity*, habla del “Principio de Humanidad” (*Principle of Humanity*) diciendo: “Una cultura, sociedad o era histórica exhibe un alto grado de progreso moral frente a otra si la primera muestra más sensibilidad o menos tolerancia al dolor y el sufrimiento de los seres humanos que la anterior en sus leyes, instituciones y prácticas. El principio de Humanidad descansa en el principio de que es erróneo infringir dolor y sufrimiento innecesarios”; en “Universality and the Nuremberg Code”, Annas, George y Grodin, Michael (eds), *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code, cit.*, nota 1, pp. 240-257. Sin embargo, ya hemos señalado su contradicción con este supuesto y su sociedad de pertenencia en el caso del Informe de la Comisión Presidencial sobre Experimentos con Radiación Humana.

to de la idea de justicia que encierra su discurso. Y una bioética de los derechos humanos puede enfrentarse al fundamentalismo de los principios porque establece los límites de la moral para demarcar lo negociable de lo no negociable; y porque estableciendo esos límites identifica el terreno de la inmoralidad y abre paso a la construcción social y política de una verdadera moral que pueda respetar a la vez los derechos humanos, los principios éticos y los valores culturales y comunitarios; aunque para poder hacerlo seriamente deba conocer y dar respuesta a la historia de la moral.