

Bioderecho: ¿una disciplina autónoma?

Fernanda Schaefer Rivabem

Resumen

El impresionante desarrollo de la biotecnología, especialmente en las dos últimas décadas, ha posibilitado y exigido una revisión de los establecimientos clásicos de Derecho. La necesidad de estudiar diversas cuestiones jurídicas derivadas de los avances tecnológicos relacionados con la Medicina y la Biotecnología, con especial referencia al cuerpo y a la dignidad humana, dio lugar a lo que se denominó Bioderecho (del inglés, *biolaw*). El debate propuesto en este trabajo, a partir de la revisión crítica de la literatura, es analizar si el Bioderecho puede ser tratado como una nueva y autónoma rama del Derecho, mediador de nuevos conflictos; o, si es suficiente con que el Derecho reconozca las relaciones sociales emergentes a la luz de sus ramas tradicionales y las aborde a partir de las exigencias puramente bioéticas y jurídicas.

Palabras clave: Legislación. Bioética. Bioderecho.

Resumo

Biodireito: uma disciplina autônoma?

O impressionante desenvolvimento biotecnológico, sobretudo nas duas últimas décadas, tem propiciado e exigido a revisão de institutos clássicos do direito. A necessidade de se estudar diversas questões jurídicas derivadas dos avanços tecnológicos vinculados à medicina e à biotecnologia, com especial referência ao corpo e à dignidade humana, deu origem ao que se denominou biodireito (do inglês, *biolaw*). O debate proposto neste trabalho, a partir da revisão crítica da literatura, é analisar se o biodireito pode ser tratado como novo e autônomo ramo do direito, intermediador dos novos conflitos; ou se basta ao direito reconhecer relações sociais emergentes à luz de seus ramos tradicionais e tratá-las a partir das exigências puramente bioéticas e jurídicas.

Palavras-chave: Legislação. Bioética. Biodireito.

Abstract

Biolaw: an autonomous discipline?

The impressive development of biotechnology, especially in the last two decades, has allowed and even required the revision of classic law institutes. The need to study various legal issues arising from technological advances related to medicine and biotechnology, with special reference to the body and human dignity, gave rise to what came to be known as Biolaw. The debate proposed in this paper, based on the literature review, is to analyze if Biolaw can be treated as a new and autonomous branch of law, as a mediator of new conflicts; or if it suffices for the legal system to recognize emerging social relations in light of its traditional branches and deal with them based on purely ethical and legal requirements.

Keywords: Legislation. Bioethics. Biolaw.

PhD ferschaefer@hotmail.com – Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), Curitiba/PR, Brasil.

Correspondência

Rua Arcésio Correia Lima, 411, Atuba CEP 82630-130. Curitiba/PR, Brasil.

Declara não haver conflito de interesse.

¿Cuál es el valor de las palabras? No se discuten inútilmente estas cuestiones. Así, para responder a aquel que interroga, debemos dirigir la mente, luego de percibir las señales, a las cosas que éstas significan.

San Agustín¹

Los finales del siglo XX e inicios del XXI estuvieron fuertemente marcados por cuestiones relacionadas con la libertad científica y un impresionante progreso biocientífico, la protección de la vida humana, la búsqueda del equilibrio ambiental, la socialización y la universalización de la salud, y el reconocimiento de la autonomía del paciente. Además de esto, resurgió la preocupación ética y filosófica sobre cuestiones que atormentan desde hace mucho tiempo a la humanidad: vida, reproducción y muerte, y la búsqueda incesante de nuevos patrones morales que den cuenta de esta incipiente realidad. Es evidente que el derecho no podría permanecer inerte ante estas nuevas dinámicas políticas, económicas, sociales y morales.

Los debates resultantes del desarrollo biotecnológico han forzado también la revisión de los establecimientos clásicos del derecho. Para dar cuenta de las nuevas cuestiones jurídicas que se presentan, se viene desarrollando lo que se denominó “bioderecho” (*biolaw*). El análisis propuesto en este trabajo procura identificar si el bioderecho puede ser tratado como una nueva y autónoma rama del derecho, mediadora de los nuevos conflictos, o si es suficiente para el derecho reconocer relaciones sociales emergentes a la luz de sus ramas tradicionales y tratarlas a partir de exigencias puramente morales.

Ética y derecho

La relación entre ética y derecho siempre fue cercana y, por esto, comprender (aunque de forma sucinta) las semejanzas y diferencias entre ambos es fundamental para entender su fuerte interrelación, basada en importantes influencias recíprocas. Durand explica que:

la ética (o moral) designa propiamente la reflexión sobre el conjunto de las exigencias del respeto y de la promoción de la persona. Es un cuestionamiento sobre el objetivo de una buena vida, una indagación sobre los deberes que se imponen universalmente, antes que ser un conjunto de reglas, una sistematización de valores o de principios. Es prioritariamente del orden de la reflexión, del cuestionamiento. El derecho, por su parte – y entendiendo al derecho positivo en oposición al derecho natural

–, designa en primer lugar un conjunto de reglas aplicables en una sociedad dada y sancionadas por la autoridad pública².

Se puede afirmar que la ética – aquí utilizada como sinónimo de moral – tiene por objeto la mayor promoción de la persona, mientras que el derecho tiende a armonizar la convivencia social a partir de normas y valores que considera suficientes para la tutela de la persona humana. La ética corresponde a un ideal a ser alcanzado, mientras que el derecho se preocupa por la persona *in-concreto*. La ética se preocupa por la interiorización de buenas conductas (deberes de conciencia), en tanto que el derecho se ocupa de los efectos sociales de la exteriorización de determinadas conductas. La ética requiere una libre adhesión (voluntariedad), mientras que el derecho se impone como obligatorio (coercibilidad). La ética tiene intenciones universales; el derecho se contenta con representar a la sociedad en la que se inserta.

La ética, como ideal, exige un esfuerzo continuo y a veces excesivo; el derecho exige el mínimo de esfuerzo para su adhesión puesto que se define como el mínimo ético establecido para determinado grupo social. La ética impone sólo deberes (unilateralidad), mientras que el derecho está marcado por la bilateralidad, imponiendo deberes jurídicos y confirmando derechos. La ética impone sanciones morales, en tanto que para el derecho la sanción es jurídica. La ética es autónoma, puesto que resulta de la conciencia; el derecho es heterónimo, impuesto por la autoridad. La ética tiene un campo de actuación más restricto que el derecho, puesto que éste puede disciplinar también cuestiones técnicas y económicas que pueden ser totalmente extrañas a la moral.

Frente a estos puntos de contacto y de distanciamiento, se puede inicialmente afirmar que la bioética y el bioderecho no pueden ser tratados como sinónimos, aunque estén íntimamente ligados, dado que la ética sin el derecho pierde coercitividad y el derecho sin la ética pierde legitimidad.

No se puede tampoco confundir los estudios propuestos por la bioética con los estudios pretendidos por el bioderecho. Aunque el objeto sea común, los resultados pretendidos son diferentes. Mientras que la bioética busca regular éticamente temas complejos como el inicio y el fin de la vida, el derecho procura una regulación jurídica capaz de proteger legalmente al ser humano presente y futuro en todas sus dimensiones.

La aproximación entre ética y derecho es indisoluble para garantizar la interdisciplinariedad, el

diálogo y el reconocimiento de valores y principios necesarios para la tutela de la persona humana. No obstante, no se puede negar que sus finalidades son distintas: la bioética no tiene como meta el triunfo de tesis particulares, sino la reducción de los conflictos de modo tal que se privilegie la coexistencia de la humanidad; el bioderecho tiene una base normativa e impositiva que busca dar soluciones normativas a grandes dilemas resultantes de la biotecnología.

La relación entre bioética y derecho

La necesidad de aproximar los conocimientos médicos y técnicos básicos es un presupuesto imprescindible para el tratamiento adecuado de las cuestiones emergentes, en especial, de las resultantes de las tecnociencias.

La bioética se desarrolla a partir de la segunda mitad del siglo XX en virtud del impresionante progreso científico-tecnológico y de las grandes transformaciones sociales y políticas que provocaron grandes cambios en las relaciones humanas. Se abandonan las nociones de que los avances biomédicos serían indiscutibles, desde el punto de vista ético, para discutir con mayor criticidad las nuevas investigaciones, en un contexto político-social marcado por el desarrollo de las nociones de autonomía y libertad:

La primera generación de bioeticistas se ocupó más de aquello que podríamos llamar problemas éticos ubicados a nivel micro, como la protección de los sujetos humanos en la investigación y los derechos del paciente, que de las cuestiones macro como la justicia social³.

No obstante, con el avance de los estudios y de las discusiones, las preocupaciones del nivel macro también se desplegaron y determinaron nuevos rumbos para los debates bioéticos. Poco a poco, los filósofos comenzaron a interesarse por el campo de la ética biomédica y, a partir de este interés, se dio inicio al desarrollo de la ética normativa, consustanciada en lo que hoy se denomina "bioética". De índole necesariamente interdisciplinar (su fundamento epistémico es ese), aloja múltiples corrientes éticas, diversas teorías y paradigmas teóricos, innumerables métodos y metodologías de análisis.

La bioética es reconocida como una parte de la ética general, más como una ética aplicada que como una ética propiamente teórica. Según Casabona, *la bioética es un claro ejemplo de aproximación a un objeto de estudio común, multidisciplinario, hacia*

donde confluyen diversas ciencias, además de la ética, con sus respectivas perspectivas y metodologías propias⁴. Se desarrolla a lo largo del siglo XX como corolario del conocimiento biotecnológico, rama de las ciencias sociales aplicadas que busca establecer un sistema de valores para solucionar problemas éticos resultantes de los descubrimientos e intervenciones biotecnológicas. Llega al siglo XXI enfrentando grandes dilemas morales, para los cuales aún no encontraron soluciones universales, y se fundamenta en una racionalidad pluralista y dialógica, lo cual impone un diálogo constante con el derecho:

Para la bioética, la interdisciplinariedad provoca la confluencia de temas notablemente distantes entre sí y difícilmente dominados por un único estudioso: la reflexión sobre el medioambiente, por ejemplo, o sobre la definición de muerte o, incluso, sobre el consenso conferido al acto médico, objetivamente requiere conocimientos extremadamente articulados y diferenciados para ser afrontados con la debida seriedad. ¿Un mayor empeño cultural y cognitivo, por parte de los estudiosos, podría ser suficiente para hacer frente a esta dificultad? Ciertamente que sí – además, es obligatorio –, pero ciertamente no será suficiente para resolver todos los problemas. La experiencia acumulada en estas décadas nos mostró que la interdisciplinariedad genera nuevas y sutiles dificultades, produciendo la perplejidad (...). El punto crucial es que una interdisciplinariedad auténtica, si fuera realmente respetada, implica la creación de una disciplinariedad nueva: es decir, de una nueva epistemología⁵.

Se tiene, entonces, que la bioética señala cuestiones emergentes y sugiere soluciones éticas. Al derecho le compete dar soluciones jurídicas a los conflictos bioéticos, tendiendo a la protección del ser humano en su integralidad, estableciendo un sistema de principios y valores que puedan ser considerados universales y vinculantes. De allí, la integración entre bioética y derecho, puesto que el objeto es común: el interés sobre la vida en sus variadas dimensiones; las ciencias biomédicas y la tecnociencia y sus reflejos en el ser humano. Lo que los diferencia es el lente bajo el cual analizan los asuntos.

La bioética propone reflexiones éticas; el derecho propone reflexiones jurídicas a partir del prisma de su mayor valor: la dignidad de la persona humana. Sobre la íntima relación entre derecho y bioética, Broekman afirma que *es importante para la bioética constatar que los cuerpos sometidos a una medicalización ya se encuentran juridizados y viceversa. La medicalización y la juridización son procesos*

fundamentales que otorgan significado a la interpretación del cuerpo como entidad cultural. Así, mantienen a la ética bajo su poder, tal y como lo demuestran exhaustivamente el derecho y la medicina⁶.

Aunque diferentes en cuanto a sus perspectivas, no hay cómo negar que las influencias son recíprocas, siendo el principal punto de contacto la dignidad de la persona humana. En este sentido, destaca Casabona que *en última instancia, la bioética aspira, como objetivo final, a contribuir con el derecho (el legislador, en este caso) con orientaciones en esta área. Pero, para éste, el compromiso es mayor, puesto que debe intentar contribuir con un criterio nítido y, en principio, unívoco, válido para la resolución de cada caso concreto*⁷. Por esto, en la visión del autor, la dialéctica entre bioética y derecho debe tener como premisas irrenunciables:

- 1) reflexionar sobre principios reguladores y buscarlos;
- 2) asegurar el pluralismo en la discusión;
- 3) buscar la uniformización de criterios, incluso en el ámbito supranacional e internacional, armonizando legislaciones; y
- 4) la intervención del derecho debe tener diferentes enfoques: la instrumentalización jurídica debe ser prudente y sobria, elástica y abierta a valores y situaciones diversas.

La íntima relación entre bioética y derecho es, por lo tanto, evidente, pero los respectivos órdenes normativos son distintos: *El derecho, como orden pragmático de solución de conflictos, puede ser investigado por una perspectiva dogmática. La moral actúa en el universo jurídico como un orden normativo auxiliar, provee colaboración para la formulación y la aplicación del derecho sin, no obstante, confundirse con éste. La bioética, de esta forma, tiene relevancia para el derecho, puesto que forma parte de la zetéctica jurídica*⁸.

Es un hecho que, en la nueva realidad que se presenta, la ciencia jurídica no puede ser reducida a un papel meramente instrumental, coadyuvante, dominada por discusiones bioéticas que insisten en superponer la moralidad e incluso la religiosidad a las necesidades sociales y jurídicas. El derecho está pautado por el respeto a las libertades individuales y la promoción de las colectividades, por la cohibición de los abusos contra la persona, protegiendo y promoviendo la vida humana como presupuesto de la propia dignidad. Por esto, sólo las normas y leyes jurídicas son capaces de favorecer elecciones universales racionales y moralmente deseables en espacios considerados democráticos.

Disciplinas afines

Una disciplina es un conjunto coherente de principios y métodos adecuados para el análisis de una materia en particular⁹. La bioética es, sin duda, disciplina autónoma, sin confundirla con otras disciplinas que incluso pueden guardar relación con el área. Las disciplinas afines son aquellas que tienen puntos de contacto con el derecho y la bioética, que pueden interactuar con éstas, pero sin confusión de las áreas entre sí.

Derecho médico

El derecho médico o derecho biomédico, derecho biotecnológico (*health law, health care law*), es utilizado en algunos sistemas como sinónimo de bioderecho (*biolaw*). El derecho médico tradicional se dedica a aspectos jurídicos vinculados al ejercicio de la medicina y demás profesiones ligadas directamente a la salud. Según Casabona,

*el derecho médico en su concepción tradicional se refería a las relaciones profesionales del médico (y otros profesionales similares) con el sistema de salud y la organización sanitaria, con los pacientes y usuarios de la red de salud, pública o privada, y con otros profesionales que ejercen sus actividades en el campo de la salud y, sobre todo, de las responsabilidades jurídicas que podrían advenir de tales relaciones (generalmente por imprudencia o negligencia, como consecución de la mala praxis profesional*¹⁰.

Contemporáneamente, varios autores, especialmente los de origen anglosajón, procuran ampliar el objeto del derecho médico tendiendo a integrar otros tópicos, incluidos los asuntos financieros referidos al área de la salud. Todavía siguiendo a Casabona, *el derecho biomédico comprende, en la actualidad, las implicaciones jurídicas de las llamadas ciencias biomédicas y de las ciencias biotecnológicas con el ser humano y, por extensión, con toda la materia viviente (animales y plantas), aunque sobre esta última puedan encontrarse posiciones variadas*¹¹.

Biojurídica

Se trata de una rama de la bioética centrada en la legislación aplicable al ser humano en tanto ente biológico. *Ciencia que tiene como objeto la fundamentación y la pertinencia de las normas jurídico positivas, de "lege ferenda" y de "lege data", para lograr y verificar su adecuación a los principios y valores de la ética en relación con la vida humana, que es lo mismo que decir, su adecuación a los valores de la bioética*¹².

Iusgenética

Es el área de estudio que centra sus discusiones en las implicaciones jurídicas resultantes exclusivamente de la genética:

La iusgenética constituye en este sentido un indispensable complemento en cuanto que codifica a su vez las pautas de conducta que una comunidad considera aceptables y vela porque estos experimentos y sus aplicaciones ulteriores se realicen con las necesarias cautelas, evitándose la inducción de un desorden biológico no deseado y el brusco trastorno de las normas de organización social¹³.

Derecho sanitario

El derecho sanitario, según la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (Anvisa), es un conjunto de normas federales, estatales o municipales que, procurando eliminar, disminuir o prevenir riesgos para la salud o procurando intervenir en los problemas sanitarios resultantes del medioambiente, regulan la producción y la circulación de bienes de consumo que, directa o indirectamente, se relacionan con la salud, comprendidas todas las etapas y procesos, de la producción al consumo, así como el control de la prestación de servicios que se relacionan directa o indirectamente con la salud¹⁴.

Aunque tampoco hay unanimidad en relación al contenido de esta disciplina, la mayor parte de la doctrina afirma comprender el estudio del sistema y de la organización sanitaria, con foco en el sistema de salud pública. Es también interdisciplinaria, puesto que su objeto abarca estudios, como mínimo, de derecho administrativo, derecho penal, derecho constitucional, derecho de seguridad social, derecho económico e incluso derecho ambiental.

Medicina legal

La medicina legal o la medicina forense es la disciplina que sirve de instrumento auxiliar de administración de la Justicia¹⁵, dado que el conjunto de conocimientos médicos, biológicos y psíquicos se destina a servir al derecho, colaborando en la elaboración e interpretación de dispositivos legales. Según França, no llega a ser propiamente una especialidad médica, pues aplica el conocimiento de diversas ramas de la medicina a las solicitudes del derecho. (...) Es ciencia porque sistematiza sus técnicas y sus métodos para un objetivo determinado, exclusivamente suyo (...). Es la contribución de la medicina y de la tecnología y otras ciencias afines a las cuestiones del derecho en la elaboración de las leyes, en la administración judicial y en la consolidación de la doctrina¹⁶.

Deontología médica

Es el área que se ocupa de las normas éticas destinadas a regular la actividad médica, imponiendo deberes y derechos al profesional. Por esto la necesidad de comprender el término “disciplina” aquí utilizado no como un conjunto de teorías y métodos que se basan en una teoría única, sino como multiplicidad de teorías que se agrupan para formar paradigmas teóricos capaces de dar cuenta de la pluralidad de discusiones que resultan de una unidad temática.

Siendo así, aquí se defiende que el bioderecho, aunque íntimamente ligado a la bioética y a tantas otras disciplinas afines, no está subordinado a ellas, pues su objeto es más amplio (hecho bioético-jurídico). Se trata de un sistema autopoietico¹⁷ que utiliza conocimientos de otras ciencias en busca de la defensa del ser humano¹⁸, sin restringirse al insuficiente monologismo de la dogmática jurídica.

Justificación epistemológica del bioderecho como disciplina autónoma

El bioderecho, aunque evidentemente constituya una disciplina típica de la dogmática jurídica, que utiliza en la construcción de sus presupuestos una metodología investigativa destinada a la resolución de problemas teóricos, tuvo su origen marcado por las preocupaciones presentadas por la bioética: *medicalizado también el derecho, el bioderecho incorpora los principios de la bioética que, por su parte, se tornan una fuente inspiradora de otros principios*¹⁹. Puede afirmarse que el bioderecho es la manifestación jurídica de la bioética.

El origen del término “bioderecho” en el país no es juicioso, tampoco pacífico. *En Brasil, hasta hace poco tiempo, era llamado bioética, surgiendo la expresión bioderecho a partir de la positivización e incorporación al ordenamiento jurídico de una regulación de procedimientos terapéuticos y de la investigación científica, con varios libros jurídicos adoptando esa denominación. Registro trabajos pioneros que abordaron el tema, como los artículos de los doctores Arnold Wald, bajo el título “De la bioética al bioderecho, una primera visión de la Ley nº 9.434” y de Francisco Amaral, con el título “Por un estatuto jurídico de la vida humana y la construcción del bioderecho”*²⁰.

Borba y Hossne²¹ afirman que lo mejor sería hablar de “bioética y derecho”, pues el neologismo bioderecho: 1) carece de una tradición histórica como la bioética; 2) podría conducir al abandono del diálogo necesario con la bioética, realizándose un abordaje meramente horizontal a partir de las

ramas clásicas del derecho; 3) acarrearía una fuerte presencia de formalismo de los procedimientos con la consecuente reducción de las dimensiones éticas de los problemas propuestos; 4) colocaría en riesgo el prudente equilibrio entre principios bioéticos y valores y principios jurídicos.

Los argumentos no se sustentan porque el bioderecho tiene por objeto construir nuevas perspectivas jurídicas sobre asuntos tan antiguos como la propia conciencia humana: vida y muerte, filiación y fertilidad, salud, integridad física y psíquica, y autonomía. Tiene por objetivo identificar nuevos valores éticos y sociales necesarios para responder a cuestiones emergentes presentadas por la medicina, la genética, la bioquímica, la biofísica, la telemática, la biología, etc. La perspectiva es una sola: el ser humano como destinatario y beneficiario de derechos y protecciones resultantes de la ley. Su fundamento personalista es único: la dignidad de la persona humana, entendida no sólo como elección moral, sino especialmente protegida y promovida como valor jurídico.

Así, cuando se piensa en el bioderecho como disciplina autónoma, es necesario tener en mente su extensión, que puede y debe abarcar disciplinas afines en virtud de la necesaria interdisciplinariedad. Hablar de bioderecho es afirmar que las perspectivas unilaterales conferidas por las ramas clásicas del derecho (civil, penal, administrativa, etc.) no son suficientes para tratar las cuestiones emergentes resultantes de la biotecnología. Es reconocer la necesidad de analizar esas situaciones bajo una perspectiva horizontal integradora, tomada a partir de la constatación de la vulnerabilidad de los sujetos, pero es también reconocer la Constitución Federal como fundamento principal.

Hablar de bioderecho es reconocer el compromiso intermediador y dialógico de la bioética, pero ahora bajo la perspectiva jurídica que tiende a promover no sólo el diálogo entre público y privado, sino también a firmar un compromiso interdisciplinario, procurando la comprensión del fenómeno humano en toda su complejidad.

La inconsistencia de las prácticas disciplinarias, de una formación universitaria específica o de un indexador propio en bancos de datos bibliográficos²¹, no es suficiente para negar al bioderecho la posibilidad de transformarse en una disciplina autónoma.

De hecho, el bioderecho está en la fase pre-paradigmática, anterior al reconocimiento de nuevas disciplinas, pero su desarrollo es incontestable e inminente. Sería posible argumentar que habría desacuerdo sobre sus fundamentos epistemológicos como lo hay en la bioética, pero en el bioderecho

esto no ocurre. Los diferentes abordajes se consolidan a partir de la visión constitucional y del reconocimiento de la persona humana como valor y fuente de todo el ordenamiento jurídico, y es a partir de la tutela de la persona que sus teorías se desarrollan.

El hecho de que el bioderecho sea inter y multidisciplinario, así como lo es la bioética, no es suficiente para garantizarle el indebido *status* de “pre-ciencia”. La visión monista del concepto de disciplina es arcaica y está desvinculada de las nuevas realidades. Asumir que para que el bioderecho se torne una disciplina científica autónoma debería concentrarse en un monismo metodológico, en un abordaje empírico y en las mismas normas operacionales de las ciencias naturales sería ignorar el hecho de que existen otras formas de construir conocimiento científico en la actualidad⁹. El monologismo de la dogmática jurídica es insuficiente para dar cuenta de la complejidad presentada por los problemas bioéticos.

La ausencia de un código o ley unificadora tampoco es suficiente para afirmar que el bioderecho no constituye un microsistema jurídico con características, fundamentos y principios propios. El bioderecho, postpositivista, establece un nuevo orden jurídico sobre asuntos resultantes de la biotecnología y su intervención sobre la vida humana en sus más diversos aspectos. Casabona concluye que:

para esta consideración de autonomía no constituye un obstáculo que el derecho biomédico no sea, aun, objeto de enseñanza independiente, ni que sus fundamentos conceptuales sean importados de las disciplinas jurídicas fundamentales tradicionales, pues se distancia y separa de estas tanto por el objeto específico de su estudio como por la metodología propia que lo caracteriza; como se indicó, ha de consistir en una aproximación jurídica integrada, sin perjuicio de que tome, como punto de partida, una perspectiva interdisciplinaria y multidisciplinaria²².

Por lo tanto, el procedimiento del bioderecho, en tanto orden normativo, es dogmático, teniendo sus normas un carácter prescriptivo. No obstante, sus normas jurídicas no pueden ser cerradas; por el contrario, deben ser abiertas y flexibles lo suficiente como para garantizar la actualidad y la eficiencia de las normas frente a los progresos científicos. El modelo propuesto por el bioderecho es el modelo de justicia – no como valor ético, sino como contenido procedimental y tomado en sentido humanista – cuyas normas contienen diversos e importantes valores destinados a la protección integral de la persona humana y efectivizados en los derechos humanos y en los principios fundamentales que, cuando entran en conflicto, sólo pueden ser resueltos en el caso concreto.

Sobre esta cuestión, Fabriz afirma que el *bioderecho surge en la estirpe de los derechos fundamentales y, en este sentido, es inseparable de ellos. El bioderecho contiene a los derechos morales relacionados con la vida, la dignidad y la privacidad de los individuos, representando el pasaje del discurso ético al orden jurídico, no pudiendo, no obstante, representar “una simple formalización jurídica de principios establecidos por un grupo de sabios, o incluso proclamado por un legislador religioso o moral. El bioderecho presupone la elaboración de una categoría intermedia, que se materializa en los derechos humanos, asegurando sus fundamentos racionales y legitimadores”*²³.

En virtud de la rapidez con que las novedades biotecnológicas se presentan, es una rama del derecho que no pretende tener respuestas únicas, sino respuestas que puedan ser construidas a partir del caso concreto, sin limitarse, por lo tanto, exclusivamente al discurso legal (Positivismo). El bioderecho busca organizar la conducta de cada quien en la sociedad biotecnológica, proponiendo el respeto y la promoción de valores que sirven de base a toda la humanidad (presente y futura), organizando libertades y educando para la preservación de los valores esenciales.

El bioderecho no puede ser tratado como una rama forastera, como un espacio no científico extraño a la dogmática jurídica. Debe establecerse como disciplina propia, autónoma, con un método propio, que incorpora otras disciplinas consideradas tradicionales, pero que contribuyen con su solidez, con la construcción de un lenguaje propio, apto para dar cuenta de su natural interdisciplinariedad. La diferenciación entre ética y derecho, la reconstrucción histórica de la propia bioética, la secularización y el pluralismo moral de la bioética y la identificación del objeto del bioderecho permiten afirmar que éste es una nueva faceta del campo de conocimiento que impone una metodología y una fundamentación propias, capaces de conferirle el *status* de disciplina académica rumbo a la deseada transdisciplinariedad. Surge de allí la crítica a la afirmación de Garrafa, quien afirmó sobre el derecho:

El neologismo que están intentando implementar, llamado ‘bioderecho’, es una deformación. Si la bioética ya emergió como una nueva disciplina y requiere un poco de cada una y su gran fuerza es la multidisciplinariedad, ¿imaginen si comienzan con la biofilosofía; la bioeconomía; la biomedicina; la biobiología; la biopsicología? No es esa la concepción. Está el peligro de usar ese modismo – que es francés, para variar, pero no significa que Francia no esté trabajando seriamente. En los países que están actuando

*seriamente en esta área – Inglaterra, por ejemplo – el gran tema es la bioética y el derecho, bioethics and law. Esta cuestión, al ser reducida, permanecerá compartimentada, y no es esa la idea inicial. Hago una apelación a las personas que están queriendo introducir la palabra ‘bioderecho’ en la calle para que lo piensen dos o tres veces. Si ‘bioderecho’ significa el derecho trabajando las cuestiones biotecnológicas, estoy de acuerdo, pero si significa ‘bioderecho’ con respecto a la bioética, desacuerdo totalmente y digo que eso es una impureza conceptual y un error metodológico y epistemológico grave*²⁴.

Como se demostró anteriormente, tratar cuestiones normativas legales bajo el manto de la ética es un equívoco, dado que el resultado de la regulación es diverso. Una vez más: la ética establece comportamientos cuya adhesión es voluntaria, mientras que el derecho fija comportamientos cuya adhesión es obligatoria, impositiva. Entonces, aunque haya incuestionables y deseables influencias recíprocas, es un hecho que los efectos de la actuación de cada uno son muy diferentes.

Afirmar al bioderecho como una disciplina no es intentar compartimentar el conocimiento, como afirma el autor, sino organizar sus métodos y teorías, valores y principios, resguardando su pluralidad de fuentes. No hay un error metodológico, tampoco epistemológico. El error estaría en creer que la bioética es suficiente para normar y organizar todos los complejos asuntos resultantes del desarrollo biotecnológico. El equívoco está en considerar que una nueva rama del derecho no puede desarrollarse resguardando el método dialógico e interdisciplinario (característico de la bioética).

Al reconocer el bioderecho como una rama autónoma no se propone sectorizar la discusión, limitándola a espacios estancos. Por el contrario, al proponer la construcción de un bioderecho, se defiende la permanencia de la dialéctica entre derecho y bioética, preservándose la natural elasticidad existente entre ellos. No se trata de limitar el estudio del derecho a las cuestiones de la vida y de la existencia humana, sino de establecer un debate jurídico sobre las repercusiones jurídicas de las cuestiones bioéticas.

Consideraciones finales

El derecho no puede permanecer inerte frente a las nuevas relaciones sociales resultantes del desarrollo de la biotecnología, así como no puede pretender dar nuevas y eficaces respuestas fundamentadas en

viejos y sobrepasados conceptos, determinaciones y categorías establecidos por sus ramas tradicionales.

En los últimos años se intensificaron los debates bioéticos, lo que permitió agudizar los oídos jurídicos en relación a importantes cuestiones emergentes. No obstante, un error común es querer elaborar problemas bioéticos como problemas jurídicos y conflictos de intereses. La bioética, como el propio nombre lo indica, debe atenerse a la problematización moral de las cuestiones, quedando el bioderecho encargado de discutir legal y jurídicamente estos problemas. La íntima relación entre bioética y bioderecho es indiscutible, pero sus objetivos se distancian, dado que aquella da respuestas morales, mientras que éste debe disciplinar coercitivamente el comportamiento humano.

Reconocer los vacíos normativos es el primer paso para construir un bioderecho autónomo, reconocidamente interdisciplinario, principiológico y

dinámico suficientemente como para acompañar, con eficiencia, las novedades biotecnológicas que inciden directamente sobre el ser humano y que pueden, al mismo tiempo, traer beneficios o poner en riesgo las generaciones presentes y futuras.

Para reconocer al bioderecho como una disciplina efectivamente autónoma es necesario cambiar la perspectiva, es decir, se debe profundizar la cuestión a partir de la visión interdisciplinaria, desarrollándose una dogmática propia. Por esto, se pregona por un bioderecho como una rama autónoma del derecho, típicamente interdisciplinario, con principios, objeto y metodologías propios, rechazándose la corriente que prefiere tratar los temas bajo la rúbrica “bioética y derecho”. Así denominada la disciplina, la necesaria interdisciplinariedad no se evidenciaría en relación a otras ciencias y, tampoco, en relación a las diversas ramas del derecho.

Referências

1. Santo Agostinho. De magistro. São Paulo: Abril Cultural; 1973.
2. Durand G. Introdução geral à bioética. São Paulo: Loyola; 1999. p. 83.
3. Ferrer JF, Álvarez JC. Para fundamentar a bioética. São Paulo: Loyola; 2005. p. 69.
4. Casabona CMR. O direito biomédico e a bioética. In: Casabona CMR, Queiroz JF, coordenadores. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey; 2005. p. 13-44.
5. D'Agostino F. Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito. São Leopoldo: Unisinos; 2006. p. 13-4.
6. Broekman JM. Bioética con rasgos jurídicos. Madrid: Diles; 1998. p. 15.
7. Casabona CMR. Op. cit. p. 27.
8. Sá MFF, Naves BTO. Manual de biodireito. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey; 2015. p. 9.
9. Jonsen AR. The birth of bioethics. New York: Oxford University Press; 1998. p. 345.
10. Casabona CMR. Op. cit. p. 14.
11. Casabona CMR. Op. cit. p. 15.
12. Vila-Coro MD. Introducción a la biojurídica. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; 1995. p. 2.
13. Mateo RM. Iusgenética. In: Cuchillo M, Choy A. Especial medio ambiente. [Internet]. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra; [s.d.]. [acesso 5 fev 2016]. p. 7-35. Disponível: <http://bit.ly/2pjCLmj>
14. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. [Internet]. [s.d.]. [acesso 20 out 2015]. Disponível: <http://portal.anvisa.gov.br>
15. Casabona CMR. Op. cit. p. 21-2.
16. França GV. Medicina legal. 9ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 2011. p. 3.
17. Liedke MS. A bioética e o biodireito enquanto sistemas autopoieticos. Juris. 2009;14:105-17.
18. Cambi EAS. O caráter universal do direito moderno e os desafios fundamentais impostos pelo biodireito. [Internet]. [s.d.]. [acesso 30 jan 2016]. Disponível: <http://bit.ly/2ozyHjD>
19. Sá MFF, Naves BTO. Op. cit. p. 16.
20. Dantas I. A era da biotecnologia: constituição, bioética e biodireito. [Internet]. [s.d.]. [acesso 20 maio 2015]. Disponível: <http://bit.ly/2oIgfJg>
21. Borba MN, Hossne WS. Bioética e direito: biodireito? Implicações epistemológicas da bioética nodireito. Bioethikos. 2010;4(3):285-91.
22. Casabona CMR. Op. cit. p. 17.
23. Fabríz DC. Bioética e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Mandamentos; 2003. p. 288.
24. Santos MCCL, organizadora. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2001. p. 120-1.

