

BIOÉTICA Y DOCENCIA

DALIA CARREÑO DUEÑAS - YOLANDA M. GUERRA
JOSÉ ARTURO RESTREPO RESTREPO - JAIRO BECERRA
MISAEEL TIRADO ACERO - JUAN CAMILO BEDOYA CHAVARRIAGA
RUTH CAROLINA BLANCO ALVARADO - CARLOS JULIO VARGAS VELANDIA
JUAN CARLOS ARIAS DUQUE - ALEXANDER CARREÑO DUEÑAS
NORHYS TORREGROSA JIMÉNEZ - JORGE ELIÉCER MARTÍNEZ POSADA
MARIANA MARTÍNEZ CRUZ

BIOÉTICA Y DOCENCIA



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
BOGOTÁ



UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS

Bioética y docencia / Dalia Carreño Dueñas y otros. -- Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

184 páginas ; 24 cm.

Incluye bibliografía

ISBN 978-958-749-625-3

1. Bioética - Aspectos jurídicos 2. Bioderecho 3. Biopolítica 4. Donación de órganos, tejidos, etc. - Aspectos jurídicos - Colombia 5. Trasplantes de órganos, tejidos, etc. - Aspectos jurídicos - Colombia I. Carreño Dueñas, Dalia, autora

174.957 cd 21 ed.

A1551581

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© DALIA CARREÑO DUEÑAS
YOLANDA M. GUERRA
JOSÉ ARTURO RESTREPO RESTREPO
JAIRO BECERRA
MISAEEL TIRADO ACERO
JUAN CAMILO BEDOYA CHAVARRIAGA
RUTH CAROLINA BLANCO ALVARADO
CARLOS JULIO VARGAS VELANDIA
JUAN CARLOS ARIAS DUQUE
ALEXANDER CARREÑO DUEÑAS
NORHYS TORREGROSA JIMÉNEZ
JORGE ELIÉCER MARTÍNEZ POSADA
MARIANA MARTÍNEZ CRUZ

© UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
Carrera 9 No. 72-90
Facultad de Derecho
Bogotá - Colombia

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Librería: Calle 12B N° 7-12 L.1
Tels.: 2835194 - 2847524
Bogotá, D.C. - Colombia
www.grupoeditorialibanez.com

ISBN: 978-958-749-625-3

Diseño de carátula: David Cortés Arias

Diagramación electrónica: Deissy Alejandra Rodríguez

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

® 2016

COMITÉ EDITORIAL

Germán Lozano Villegas
Doctor en Derecho - Universidad Externado de Colombia
Docente de la Universidad Externado de Colombia

Omar Huertas Díaz
Magister en Derecho Penal - Universidad Libre, Bogotá - Colombia
Docente de la Universidad Nacional

Rubén Vélez Núñez
Doctor en Integración - Universidad Andina Simón Bolívar, Quito - Ecuador
Docente Universidad Simón Bolívar - Quito, Ecuador

COMITÉ CIENTÍFICO

Laura Wendy Zazueta Carrillo
Doctora en Derecho - Universidad Juárez del Estado de Durango
Docente Investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias, México
Políticas Universidad de Juárez del Estado de Durango - México

Marco Bustos Gutiérrez
Doctor en Ciencias Sociales - Facultad Latinoamericana
de Ciencias Sociales, sede México
Docente de la Universidad Católica de Temuco - Chile

Martín Risso Ferrand
Doctor en Ciencias Sociales - Universidad de Buenos Aires - Argentina
Director del Departamento de Derecho Constitucional y
Derechos Humanos en Universidad Católica del Uruguay

PARES ACADÉMICOS

Gustavo Rojas Páez
Diego Barragán Jaramillo

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	
DALIA CARREÑO DUEÑAS	11
DERECHO, BIOÉTICA Y BIOPOLÍTICA	
YOLANDA M. GUERRA	15
ASPECTOS SOCIO JURÍDICOS DE LA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN COLOMBIA	
DALIA CARREÑO DUEÑAS-JOSÉ ARTURO RESTREPO RESTREPO JAIRO BECERRA	55
BIOÉTICA Y TRANSHUMANIDAD: HACIA UNA APROXIMACIÓN AL CONSUMO DE SUSTANCIAS NOOTRÓPICAS EN EL CAMPO ACADÉMICO	
MISAELE TIRADO ACERO - JUAN CAMILO BEDOYA CHAVARRIAGA RUTH CAROLINA BLANCO ALVARADO	91
DERECHO Y BIOTECNOLOGÍA: LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA BIOTECNOLOGÍA EN EL DERECHO COLOMBIANO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS	
CARLOS JULIO VARGAS VELANDIA - JUAN CARLOS ARIAS DUQUE	119
EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN INVESTIGACIÓN CLÍNICA	
ALEXANDER CARREÑO DUEÑAS - NORHYS TORREGROSA JIMÉNEZ	157
ENTRE BIOPOLÍTICA Y LITERATURA UNA LECTURA AGAMBENIANA DE MAUS <i>EL TESTIGO</i>	
JORGE ELÍECER MARTÍNEZ POSADA - MARIANA MARTÍNEZ CRUZ	173

PRESENTACIÓN

La bioética se conforma en uno de los escenarios interdisciplinarios de gran dinamismo, como quiera que para su abordaje son necesarias disciplinas como el derecho, la medicina, la biología, la ética, la sociología entre otras, para desde sus campos poder hacer comprensiones acerca de las intervenciones tecnológicas en la vida del hombre, que día a día la están transformando haciéndola insospechada. Los desarrollos tecnológicos inciden de manera fuerte en categorías como la corporalidad, la reproducción, la salud, la inmortalidad, la muerte, el bienestar que al ser afectados por la ciencia mutan, en otras nociones amplias, indeterminadas, en nudos simbólicos porque exigen interpretaciones desde todas las miradas científicas.

Un campo problemático que se advierte es que cada avance biotecnológico, que logra mejorar algún aspecto de la calidad de vida de las personas, empieza a convertirse en oportunidad para que la existencia se asuma con mayores expectativas y oportunidades, pero el anverso es que también crea dentro del Estado capitalista de hoy, exclusión y negación de acceso de estos avances a las minorías que se conforman en mayorías sin privilegios, sin recursos para su adquisición; y cuya existencia no se beneficia de estos logros científicos, creando con ello una brecha más entre quienes gozan de estas prerrogativas y los que no.

En esta panorámica de temas y problemas de la bioética, se presenta en relación con la docencia, por la necesidad de que estos temas deban ser abordados y discutidos en la Academia como escenario propicio para la interdisciplinariedad y la creación de sentidos, significados y comprensiones sobre la intervención de la ciencia en la vida, para señalar de manera crítica categorías de análisis, derechos, salvaguardas y sin duda límites desde la moral y la ética.

En el primer capítulo de este texto Derecho, bioética y biopolítica, Yolanda Guerra hace una puesta teórica de la necesidad de la biojurídica, como un campo de estudio emergente en el país, que requiere esfuerzos por incorporar la reflexión ética humanista en esta interdisciplina, para señalar los riesgos,

límites y avances. Señala que la biojurídica se configura en puente entre las ciencias sociales y las ciencias básicas en una perspectiva sistémica y de religación compleja.

En el segundo capítulo se plantean los aspectos socio jurídicos de la donación y trasplante de órganos en Colombia, en donde Dalia Carreño Dueñas, José Arturo Restrepo Restrepo, y Jairo Becerra plantean un recorrido por la legislación, jurisprudencia y doctrina, que consagran el complejo acto ético, jurídico, sociológico y hasta religioso, que implica la donación de órganos y tejidos. Plantean la necesidad de generar una cultura de la donación como expresión de solidaridad y filantropía, propias de los ciudadanos en un Estado social de derecho.

En el tercer capítulo Bioética y transhumanidad: hacia una aproximación al consumo de sustancias nootrópicas en el campo académico los investigadores Misael Tirado Acero, Juan Camilo Bedoya Chavarriaga y Ruth Carolina Blanco Alvarado plantean la situación paradigmática de la forma en que los procesos cognitivos, de aprendizaje, memoria y atención, en tanto complejos son susceptibles de mejoramiento mediante la intervención de la biotecnología, a través del desarrollo de drogas –nootrópicas– cuyos propósitos están en el orden del perfeccionamiento de las capacidades cognitivas, constituyendo así una manifestación de transhumanidad.

En el cuarto capítulo, Derecho y biotecnología: los nuevos desafíos de la biotecnología en el derecho colombiano desde la perspectiva del acceso a los recursos genéticos, de Carlos Julio Vargas Velandía y Juan Carlos Arias Duque plantean que los recursos biológicos y genéticos, como componentes fundamentales de la biodiversidad natural, generan retos bioéticos incorporados para su protección, en la legislación y reglamentación colombiana, bajo la denominación especial de acceso a los recursos genéticos, dentro de un contexto socio-cultural complejo y contestatario, como quiera que no se ha reglamentado de forma amplia y clara los contratos de acceso a recursos genéticos.

El quinto capítulo, acerca del consentimiento informado en investigación clínica de Alexander Carreño Dueñas y Norhys Torregrosa Jiménez, señala como dentro de las directrices de la ética médica se considera este, como la base esencial dentro de la ética médica actual, y se fundamenta en el derecho de un sujeto a recibir información del médico necesaria para tomar decisiones acerca de las intervenciones sobre su salud, y cuerpo.

El sexto capítulo, aborda las relaciones entre Biopolítica y literatura, como narrativa del poder sobre la muerte, de la tecnología y gestión, desde una lectura Agambeniana de Maus el testigo, elaborado por Jorge Eliécer Martínez Posada y Mariana Martínez Cruz, quienes desde la mirada filosófica reestablecen el relato de un sobreviviente de los campos de concentración Nazis.

Este texto se configura en un esfuerzo resultado de investigación de diversos investigadores pertenecientes a grupos y universidades que adelantan trabajos frente a la problemática de la Bioética y su relación con el ejercicio docente.

DALIA CARREÑO DUEÑAS
Compiladora Académica

DERECHO, BIOÉTICA Y BIOPOLÍTICA*

YOLANDA M. GUERRA**

Sumario: Introducción 1. Orígenes de la Bioética 1.1. Ética. 1.2. Origen de la Moral. 1.3. Razón y sensibilidad. 2. Bioética. 2.1. Breve análisis cronológico de la bioética. 2.2. Los principios. 2.3. Definiciones de Bioética. 2.4. Extensión de la Bioética. 2.5. Retos de la Bioética 3. Biopolítica. 3.1. Sociedad. 3.2. El miedo 3.3. El papel del Miedo en la Sociedad del Control. Conclusiones. Referencias

INTRODUCCIÓN

La sociedad del conocimiento encuentra cada día nuevos sujetos de estudio y nuevos problemas que resolver. En la actualidad se discute mucho las implicaciones de la biopolítica, la biojurídica y la bioética. Pero... qué son esas extrañas palabras.

¿Por qué Colombia requiere producir conocimiento en Biojurídica?

Básicamente la respuesta es: porque no se está estudiando a la fecha; y las consecuencias de esta falencia en la sociedad de la tecnología donde el humanismo se está dejando a un lado y la norma se queda corta en muchas ocasiones, son enormes.

La biojurídica es una ciencia de reciente creación cuyo impacto aún no se ha producido en Colombia. Según la página del Observatorio de Ciencia

* El capítulo del libro es producción académica del Proyecto de Investigación Bioética y Derecho, en el marco del Grupo de Investigación Socio Humanística del Derecho GISHD realizado con el apoyo estructural y financiero de la Universidad Santo Tomás, Sede Bogotá. Correo electrónico: yolandaguerra@usantotomas.edu.co

** Yolanda M. Guerra es abogada Magister, Doctor Ph.D. y Post Doctor en Narrativa y ciencia, Post Doctor en Investigación y Post Doctor en Educación comunicación y Cultura. Docente investigador de la Universidad Militar Nueva Granada y de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: yolandaguerra@usantotomas.edu.co

y Tecnología de Colombia y Colciencias, consultada el 2 de mayo de 2015, no hay muchos grupos de investigación en el país de los registrados y categorizados en Colciencias que se encuentre trabajando en el área de biojurídica, excepto el grupo Liderazgo, de Yolanda Guerra que tiene amplia influencia en la Universidad Militar Nueva Granada y recientemente en la Universidad Santo Tomás, Programa de Doctorado en Derecho.

En lo atinente a biojurídica Colombia se encuentra a la zaga de la legislación universal. Este vacío ha tratado de ser llenado a través de la jurisprudencia, pero no es lo mismo. La vastísima producción jurisprudencial de la Corte Constitucional desde el 17 de febrero de 1992, fecha de su instalación oficial, prácticamente desborda los límites de estudio normal sobre un tema concreto y mucho más en relación con el derecho a la salud, que toca todos los aspectos de la bioética y de su relación con la acción de tutela, en lo que se denomina la biojurídica (Olano, 2010).

El Dr. Manuel Albadalejo, en el prólogo a la obra “Introducción a la Biojurídica” de la Dra. María Dolores Vila-Coro (1995) comenta: “la Biojurídica, cuyo objeto sea la preparación y estudio de las nuevas leyes y el seguimiento de las actualmente vigentes, para garantizar su debida fundamentación en la dignidad del hombre y en el respeto y protección de la vida humana”. Objetivo de la Biojurídica serían, resumidamente, regular tanto la investigación científica como la práctica médica conforme a los principios recogidos por la Bioética. La propia doctora (1995) define esta nueva rama “como la Ciencia que tiene por objeto la fundamentación y pertinencia de las normas jurídico-positivas, de ‘lege ferenda’ y de ‘lege data’... su adecuación a los valores de la Bioética”.

¿Cuáles son las principales causas y problemas que se estudian con el desarrollo de dicho conocimiento?

El adelanto tecnológico no se ha quedado atrás en experimentos en humanos: por ejemplo la clonación, las células madres, los embriones creados para donar y hacer trasplantes y otras figuras entre otras, de amplias implicaciones en la vida humana, no están debidamente legisladas a la fecha.

Esta falencia causa que se conviertan en delitos conductas como la donación de órganos a título oneroso, la clonación, etc. ¿Hasta dónde se ha estudiado la conveniencia del ajuste de la norma a los descubrimientos y avances del siglo XXI en lo atinente a la biotecnología?

Patentes, riqueza natural explotada por multinacionales extranjeras, vacunas producidas por plantas que solamente se encuentran en una región

específica, verbigracia: el Amazonas colombiano, tampoco tiene una normatividad que se ajuste a los cambios y a las necesidades del momento.

La biojurídica nutre esta falencia y este vacío. De no estudiar la norma y la sociedad a la luz de los adelantos tecnológicos y científicos nos convertiríamos en una sociedad de monstruos educadísimos, (Descalzo, Martín) donde cualquiera puede conducir el tipo de experimento que desee y no hay legislación alguna que lo detenga, como lo sucedido con los experimentos de Hitler y su personal científico en Nuremberg.

La norma debe responder y estar lista a actualizarse según los desafíos humanos, científicos y tecnológicos. ¿Quiénes en Colombia a la fecha tienen alguna producción en el campo de conocimiento de la Biojurídica?

En Colombia aparecen solamente dos grupos tratando el tema, aunque de manera indirecta, uno es un grupo de biofísica y el otro se denomina biomedicina. Sin embargo a nivel mundial existe la cátedra Unesco a nivel mundial. Además como países pioneros se encuentran Estados Unidos, Holanda y España; en lo atinente a América Latina se encuentra México y Argentina.

Entre los ejes temáticos que debe tratar un grupo de investigación que estudie la biojurídica se encuentran, aunque no de manera excluyente los siguientes temas: Derechos humanos, Biopolítica tanto desde Michel Foucault como de otros pensadores, Derecho y Bioética, Legislación comparada, Trasplantes, Eutanasia, Aborto, Conflicto armado, La violación como arma de guerra, Biotecnología, Manipulación genética, Bio-poder, Justicia sanitaria Salud pública, Vigilancia y control epidemiológico, Genealogía del Racismo, Discriminación, Exclusión social, Eugenesia, Nacimiento de la biopolítica, Biopolítica contemporánea, Biopolítica y Sociología, Aspectos biopolíticos de las dimensiones del manejo y la mirada sobre el cuerpo, Biopolítica y regímenes totalitarios, Una mirada al pasado, Sociedades contemporáneas, Sociedad del riesgo, Derecho Internacional, El miedo, Colombia biopolítica y diversidad cultural, Biopolítica, miedo y sociedad del riesgo, Cómo se hace investigación en Biopolítica y biojurídica, Métodos, enfoques, instrumentos, estrategias de investigación, Investigación y biopolítica, Comités de ética en la investigación, Salud pública y su relación con la administración de la vida, Políticas públicas bioética y biopolítica, Turismo médico (trasplantes, medicina estética, etc.), Biopolítica, bioética y trasplante de órganos, Listas de espera, Obtención y manipulación de órganos, Derecho comparado

y biojurídica, Derecho penal y bioética, Bioética y Derecho comparado, Principios de bioética y legislaciones mundiales, Eutanasia y legislación en biopolítica, Biotecnología y legislación en bioética, Nuevos descubrimientos en bioética, biopolítica, biojurídica, Muerte, Eutanasia, El más allá, Otros aspectos de la biopolítica, la biotecnología, la bioética, y la biojurídica

Considerando que existen múltiples posibilidades de estudio del Derecho en campos específicos del saber, la bioética y la biopolítica, así como la biojurídica plantean un puente de relación entre las ciencias sociales y las ciencias básicas en una perspectiva sistémica y de religación compleja.

Es necesario revisar un acercamiento a los estudios del derecho que lo conciba más allá de la positividad de la ley. Para ello será necesario recurrir a la filosofía y la historia como saberes que permitan el relevo teórico-práctico mencionado (Patarroyo & Benavides, 2014).

Este espacio es de trascendental impacto en un mundo cada vez más globalizado e interconectado.

Dentro de los programas gubernamentales se ha planteado la necesidad de impulsar los Doctorados en diferentes áreas del saber, en un reciente estudio se ve como es fundamental el poder contar con posibilidades de ingreso a este tipo de educación superior.

Por ejemplo, en el sector salud es fundamental formar profesionales que tengan la capacidad de ver con profundidad, lo relacionado con la distribución de los recursos en salud, siendo éste un tópico de manejo en la Bioética Médica y de Salud Pública. Así mismo, se requieren profesionales capacitados para constituir los Comités en diferentes niveles locales, regionales y nacionales que participen en la toma de decisiones clínicas, investigativas y en la distribución de recursos, recordando que estos comités son obligatorios, de acuerdo a la normatividad vigente. Dichos Comités deben existir en hospitales, centros de atención, de investigación e Instituciones educativas (Comité de ética asistencial, Comité de Ética de Investigación clínica).

Diversas Instituciones de acreditado prestigio en el país como la Academia Nacional de Medicina, ASCOFAME, ASCUN, UNESCO, etcétera se han pronunciado en relación con la importancia de la Bioética, ante todo como campo del saber y de la investigación en pos de una estrategia favorable para la resolución de problemas candentes y de actualidad en nuestra sociedad, que fuera de los enunciados anteriormente como sub líneas de biopolítica

y biojurídica son: fundamentación de una política ambiental, redefinición de la integralidad profesional, legislación y la conducta a seguir en cuanto al aborto, eutanasia, retiro de tratamiento vital, procreación asistida, transgénicos entre otros.

A mediados de la década de los años 70, el filósofo Michel Foucault comienza a utilizar el término biopolítica para referirse a una nueva configuración de los mecanismos de poder. Se trataría de un desplazamiento desde un poder que, hasta la segunda mitad del siglo XVIII, se ejercía sobre el territorio, hacia un poder que comienza a trabajar al nivel de la ‘especie humana’: el cuidado recae ahora sobre la población como conjunto de individuos con características vitales comunes y la preocupación primera deja de ser la administración del territorio para sofisticarse y adquirir formas de dispositivos de control de los modos de vida. Ante la contundencia de la irrupción de la biopolítica se hace necesario indagar los vínculos de ésta con la bioética como disciplina que también ha llegado para quedarse con una fuerza inusitada.

Se puede asegurar que el eje central de las cuestiones bioéticas es el ser humano. Por tal razón antes de intentar cualquier abordaje en torno al significado de la Bioética es preciso establecer primero el significado del ser humano en su esencia; tal y como lo sustenta Ramón Lucas (2010) “la Bioética, por estar al servicio del hombre, tiene que conocer quién es la persona humana”.

Para el profesor Henk Jochemsen del Instituto Ede en Holanda, existen dos concepciones contemporáneas en torno al ser humano y la vida humana que son divergentes y conflictivas entre sí: por una parte, está la concepción tradicional europea en la cual, la dignidad y el valor de la vida son inherentes al ser por el solo hecho de “ser humanos”; y la otra visión se refiere a la concepción posmoderna claramente de corte utilitarista, el cual ha sido controversial en su contenido, puesto que supedita el valor de la vida y la dignidad a las capacidades del individuo, esto significa que, el sujeto tiene valor en la medida en que este pueda aportarle a la sociedad.

Ahora bien, es preciso entender que el concepto de “Bioética” se ha venido construyendo como resultado de un fenómeno complejo: el agenciamiento del poder sobre la vida de las personas; es decir, la creciente complejidad y posibilidad de la moderna “intervención del hombre sobre la vida humana y sobre los demás seres” (Mayos, G, 2011).

Ese acercamiento entre Vida y Poder lo introduce Foucault bajo el término Biopolítica en un curso en la década de los 70's en el College de France en donde su análisis se enfocó en la transformación del concepto de "población". Inicialmente, Foucault (2008, p. 311) pretendió iniciar un análisis sobre Biopolítica la cual entendía como: "la manera como se ha procurado, desde el siglo XVIII, racionalizar los problemas planteados a la práctica gubernamental, por los fenómenos propios de un conjunto de seres vivos constituidos como población: salud, higiene, natalidad, longevidad razas..."; pero termina abordando el tema del liberalismo puesto que según el autor, no era posible disociar los problemas de racionalidad política del entorno en el cual se potencializaron.

En esta relación entre Biopoder y Bioética se establece un vínculo; la denominada *bioética activa*, que busca el reconocimiento de un debate intelectual sobre las problemáticas provocadas por el desarrollo de la ciencia y el despertar hacia la construcción de una conciencia sobre el impacto de las decisiones desde el marco de la bioética desde múltiples enfoques (Kottow, 2005).

Es evidente que las ciencias plantean una discusión que muchas veces se encuentran por fuera de su ámbito de su competencia y es ahí donde el espíritu científico del ser humano se hace presente; por lo que, por una parte, las ciencias permiten la captura de observaciones y deducciones sobre la esencia del ser humano, pero por otra; genera cuestionamientos sobre el sentido y motiva hacia la reflexión sobre el ser mismo (Masiá Clavel, 2004).

Hay una disciplina que debe ser abordada para entender la aplicabilidad práctica de la Bioética y es la Biomedicina, la cual responde a multiplicidad de enfoques desde lo clínico hasta lo terapéutico, y por ende, es inherente al quehacer profesional del médico como sujeto moral en el campo bioético (Larralde, 1996).

La Biomedicina busca la investigación de los mecanismos moleculares, bioquímicos, celulares y genéticos de las enfermedades humanas; por tal razón al favorecer el desarrollo de nuevos medicamentos y la implementación de nuevas técnicas para el diagnóstico y tratamiento de los pacientes, se convierte en un eje fundamental para abordaje del análisis bioético dentro del ejercicio de las prácticas médicas.

Así también, la Biomedicina surge y encuentra su campo de operación como herramienta de apoyo a la Medicina derivada de un saber fundamentado sobre una base científica; cuando esta se encuentra frente

a problemas directamente relacionados con campos investigativos de la Biología y la ingeniería Molecular o cuando debe sustentar procesos preventivos, diagnósticos o terapéuticos fundamentados en la Ingeniería Genética (Kaplan, 1993).

1. ORÍGENES DE LA BIOÉTICA

Como producto del desarrollo de las técnicas, procedimientos, aplicaciones de la medicina y su injerencia en nuevos ámbitos de exploración de la vida humana, ha surgido la necesidad de una reflexión teórico-práctica frente al abordaje de nuevas perspectivas y fenómenos desde el ámbito científico, tecnológico y moral, que dé respuesta desde una postura ética estructurada sobre un marco de análisis racional para la correcta acción frente a problemáticas desde el campo bioético.

La academia ha hecho su importante contribución a la construcción del concepto de Bioética por lo cual pueden encontrarse formulaciones más remotas en torno al termino hacia 1970 en los estudios de Van Rensselaer Potter de la Universidad de Wisconsin quien lo implemento en su obra “Bioethics: science of survival”. Ya en la Universidad de Georgetown, el medico André Hellegers define la Bioética como la “ética biomédica” al fundar en 1971, el Joseph and Rose Institute (Fonseca, 2006).

Años más tarde, el *Informe Belmont* se convierte en la primer expresión formal que ha abordado desde una “*metodología de principios*”, la búsqueda de un marco ético para el abordaje de los diversos dilemas morales que continuamente afronta la práctica médica y como herramienta de apoyo en la toma de decisiones frente a circunstancias criticas fue ampliamente difundida en diferentes centros de investigación inicialmente en los Estados Unidos hacia el año 1978 y de ahí hacia el resto del mundo (Aramini, 2007).

Gracias al rápido desarrollo del conocimiento, la Bioética surge como respuesta a los conflictos que se producen por la evolución de ciencias como la medicina y la biología; así como también la nueva visión frente al tema ambiental que suscita el interés y preocupación por los efectos negativos que pudiera tener la contaminación indiscriminada causada por el hombre (Cohen, 2004).

Justamente, la revolución ideológica de la década de los sesenta con fenómenos como el *Ecologismo* permito enormemente el desarrollo de la bioética, tal y como lo sustenta el doctor José Miguel Serrano (2009), Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid:

“la bioética aparece en un contexto en el que se considera al hombre prácticamente un agresor contra la naturaleza y el entorno que le rodea, hay una enorme desconfianza hacia la industria... hacia la tecnificación de la medicina” (p. 2).

Igualmente, la Bioética encuentra terreno de crecimiento en los discursos en torno a los abusos cometidos en Estados Unidos en la década de los setentas con escándalos en la experimentación con seres humanos como en los casos del *Estudio de la Sífilis de Tuskegee* en la que el estado norteamericano de Alabama llevó a cabo una investigación con 400 individuos sifilíticos de raza negra quienes no fueron informados ni tratados adecuadamente con antibióticos, a fin de observar la evolución de la enfermedad lo que provocó que muchos murieran por negligencia del Estado (Gómez Córdoba, A & Maldonado, C, 2005) y en posteriores practicas investigativas biomédicas que motivaron la toma de conciencia en los resultados derivados de una medicina cada vez más tecnificada y compleja.

Con el surgimiento de la medicina alemana se configura un rápido despliegue del estudio e implementación formal de la bioética; por lo que, con la crisis de carácter bioético provocada por la intervención en seres humanos (como se recordará las practicas realizadas por el régimen Nazi) por parte de los científicos de la época, quienes buscaban validar y comprobar resultados de experimentación; se hizo imperante la necesidad de una nueva *ética de la medicina*, para debatir estos fenómenos crecientes que requerían una consideración especial (Drane, 2006).

El hombre ha tratado de auto destruir su propia especie de diversas maneras y desde el inicio de los tiempos. ¿Qué podría protegernos, entonces, de la arbitrariedad de nuestra misma especie? Al decir de Sócrates es tanto más peligrosa la mente que tiene un poco de conocimiento que aquella que es completamente ignorante. Pues no hay nada tan destructivo para el hombre como el conocimiento mal administrado y sin principios.

¿Cuál es el puente que se puede extender entre bioética, liderazgo y educación? Veamos a continuación algunos conceptos representativos que nos podrían indicar el camino

Ética y moral

Los criterios de ética y moral son tan antiguos como el hombre, aunque lo mismo podría decirse de la investigación, como praxis para el aprendizaje

y la evolución de las estructuras científicas (Khun, 1971). El criterio de Bioética, sin embargo, podemos afirmar que cobró importancia a partir de la segunda mitad del Siglo XX, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial y a raíz de los horrendos *experimentos científicos*, que no fueron más que *crímenes* atroces cometidos contra la humanidad en pos del “perfeccionamiento” de una raza. A raíz de allí el Código de Nuremberg promulgó diez principios básicos para ser tenidos en cuenta en la investigación con humanos.

Ahora, en el Siglo XXI, en la Academia y en la vida cotidiana vemos los tres criterios pasar comúnmente en las conversaciones cotidianas sin que sepamos realmente de lo que se tratan.

1.1. ÉTICA

La palabra “ética” proviene del antiguo griego y tiene dos significados. El primero procede del término *éthos*, que quiere decir hábito o costumbre. Posteriormente se originó a partir de éste la expresión *êthos*, que significa modo de ser o carácter. Aristóteles considera que ambos vocablos son inseparables, pues a partir de los hábitos y costumbres es que se desarrolla en el hombre un modo de ser o personalidad. Es entonces el filósofo, Aristóteles, el primero en hablar de ética como una rama específica de la filosofía y en escribir un tratado sistemático sobre ella. Más tarde a través del latín se tradujo este concepto bajo la expresión *mos, moris* (de donde surge en castellano la palabra “moral”), que equivale únicamente a hábito o costumbre.

La ética y la moral tienen en común el hecho de guardar un sentido eminentemente práctico; sin embargo, la ética es un concepto más amplio y rico que la palabra moral. De esta manera, puede entenderse por moral cualquier conjunto de reglas, valores, prohibiciones y tabúes procedentes desde fuera del hombre, es decir, que le son inculcados o impuestos por la política, las costumbres sociales, la religión o las ideologías. En cambio, la ética siempre implica una reflexión teórica sobre cualquier moral, una revisión racional y crítica sobre la validez de la conducta humana.

En tal caso, la ética, al ser una justificación racional de la moral, remite a que los ideales o valores procedan a partir de la propia deliberación del hombre. Mientras que la moral es un asentimiento de las reglas dadas, la

ética es un análisis crítico de esas reglas. Por eso la ética es una “filosofía” de la moral, si se entiende la filosofía como un conjunto de conocimientos racionalmente establecidos. Empero, todas estas disquisiciones de la mente occidental son vanas en culturas como la Hindú, donde la palabra dharma (reglas del comportamiento justo) abarca tanto los criterios de ética como los de moral y no son mudables por las zonas territoriales, el tiempo, las normas impuestas por la moda o contenidas en los códigos. Incluso serían aplicables a un extraterrestre que aterrizara en cualquier parte del planeta, si hubiera un conocimiento universal de aquella palabra que lo encierra todo: Dharma.

1.2. ORIGEN DE LA MORAL

La moral nace con la existencia misma del hombre, pues históricamente no se conoce ningún pueblo, por “salvaje” o “primitivo” que se lo quiera suponer, que no haya tenido normas, pautas o rituales de conducta. En cambio, la ética como saber teórico que justifica o legitima la conducta moral, es relativamente reciente y aparece con el advenimiento de la filosofía en el siglo VI a. C. en Grecia. Sin embargo, la práctica de una ética teórica en sentido estricto surge hasta el siglo V a. C. con Sócrates, quien hace tambalear la moral de su sociedad al proponer como primordiales los valores espirituales antes que los materiales (Platón):

“Mi buen amigo –dice Sócrates–, siendo ateniense, y proviniendo de la ciudad más grande y más prestigiada en sabiduría y poder, ¿no te avergüenzas de preocuparte de cómo obtendrás las mayores riquezas y la mayor fama y los mayores honores, y en cambio no te preocupas ni interesas para nada por conocer el bien y la verdad, ni tampoco de hacer que tu alma sea lo mejor posible? Y si alguno de vosotros lo pone en duda y sostiene que sí se preocupa de eso, no le dejaré en paz ni seguiré tranquilamente mi camino, sino que le interrogaré, le examinaré y le refutaré, y si me parece que no tiene ninguna virtud (areté), sino que simplemente la aparenta, le increparé diciéndole que siento el menor de los respetos por lo más respetables y el respeto más alto por lo que menos respeto merecen para esta sociedad”.

La moral suele ser inseparable de las costumbres humanas, las cuales dependen de la época, el clima, la región geográfica o de cualquier evento circunstancial. En este sentido, la moral es cambiante y relativa a determinadas prácticas culturales. El hombre generalmente se halla

determinado por los valores de la sociedad en donde vive, y por eso considera que las conductas acertadas son las que se amoldan con esos patrones. El sentimiento de remordimiento o culpabilidad acompaña a las personas que viven en países donde las prácticas de sus costumbres son consideradas ilegales o inmorales.

Influencia de la sociedad en los criterios de Ética y Moral

Usualmente, el influjo que ejerce la sociedad sobre sus miembros siempre es mayor que el esfuerzo por educar a cada nueva generación de acuerdo con su propio y verdadero sentido. Así, la estructura de toda sociedad descansa en las leyes y normas escritas o no escritas que unen y ligan a los individuos. De esta manera, la moral es lo que no es diferente dentro de toda forma de asociación, lo mismo si se trata de la familia, una clase social, una stirpe o un Estado.

El problema de fondo radica en que el hombre de llegar a ser un simple ser pasivo que acepta todos los estándares de conducta que la sociedad le confiere, llegaría a un punto en el cual hundiría su propia sociedad porque por lo general no son los valores más humanos los que prevalecen frente a la indolencia y la indiferencia humana.

A pesar del incesante “cambio” de moral, lo importante estriba en establecer un criterio para delimitar las acciones buenas de las malas. Si consideramos que el ser humano es sólo un ser de costumbres, realmente no lo podríamos distinguir del animal. Pero si consideramos que es un animal con lógos, es decir, que habla y piensa, y adicionalmente con *espíritu*; lo bueno y lo malo no sólo es elegido por la colectividad, sino por la propia razón y aún más allá por el espíritu.

Muchas veces el hombre cree que piensa por el solo hecho de seguir los dictados de la mayoría y no se percata de que la sociedad, aun antes de que nazca, ya le ha escogido sus valores. Pero si alguien es capaz de reexaminar esos valores, ya sea para eliminarlos, fortalecerlos o formar otros nuevos, ello implica que también es capaz de pensar por sí mismo y de elaborar una ética o filosofía moral. Por eso resulta fundamental que el espíritu se convierta en una fuerza que le permita gobernar al hombre los apetitos que comparte con los animales. Sin esto (el ejercicio del espíritu) el hombre podría convertirse en un ser inferior a todas las demás especies.

1.3. RAZÓN Y SENSIBILIDAD

Si los seres humanos únicamente reaccionáramos ante los estímulos del medio, en nosotros sólo imperaría lo instintivo e irracional. Pero además de ello, podemos crear otorgando significados y símbolos y elevar nuestra humanidad hacia temas de trascendencia Divina. Filósofos como Platón y Aristóteles distinguieron la razón de la sensibilidad, considerando a esta última como la fuente de las creencias infundadas (Platón) (Aristóteles) y como el origen de los apetitos que se comparten con los animales. (Platón) (Aristóteles)

Asimismo, a los estoicos se les debe la división entre los animales y los hombres: a los animales les es dado el instinto como guía, que los lleva a conservarse y a buscar lo ventajoso para ellos; a los hombres les es dada la razón como la más perfecta guía y, por tanto, para ellos vivir conforme a la naturaleza significa vivir conforme a la razón (Laercio).

“Hay que vivir la ética para que se vuelva moral y pensar la moral para que se vuelva ética”. (López, 2000) Ello parodiando también al maestro J.L. Aranguren quien definía la ética como la moral pensada y la moral como la ética vivida.

De conformidad con los parámetros consignados en el documento Conceptos Preliminares. Bioética: ética de la vida y vida de la ética en el final de siglo XX, la ética refleja el carácter del individuo y, más contemporáneo quizás, el carácter de la organización, que es un grupo de individuos.

Hay muchas formas de definir la ética. Lo último que se ha dicho es que a través del estudio de la ética la persona entiende y se guía según lo que está bien o mal moralmente. Aun así, la controversia todavía persiste debido a las diferencias de valores y perspectivas.

Lo que puede ser éticamente bueno para una persona, puede ser malo para otra. Debido a esto, la sociedad tiende a definir a la ética en términos de comportamiento. Por ejemplo, una persona es considerada ética cuando procede de acuerdo con renombrados principios morales basados en ideales tales como rectitud, justicia y verdad. Estos principios gobiernan la conducta tanto en los niveles individuales, y pueden estar basados en valores, cultura, religión e, inclusive, legislación. A partir del momento en que es posible que los estándares éticos cambien, alguien puede preguntar por qué la sociedad opera con ética. La respuesta no es tan simple. La ética es un elemento esencial de éxito en los niveles individuales y organizacionales.

En la sociedad, valoramos la libertad personal. Sin embargo, si, en ejercicio de nuestra libertad, comprometemos nuestra ética, dañamos a esa sociedad. Esto es, terminamos cercenando nuestra libertad individual y el goce de la de otros, así como nuestra base ética. De modo que la ética constituye el fundamento de la clase de persona que somos y de la clase de organización que representamos. Esto es ética aplicada a la gestión empresarial.

Enlace de las tres disciplinas

La ética a pesar de todos los diversos desarrollos en su interior, podría considerarse como una reflexión crítica cuyo objeto de estudio es la moral. La clarificación inicial del contenido de la ética nos enfrenta a un problema vinculado con la existencia de éticas regionales, disciplinarias o profesionales. En cada uno de estos temas emergen conflictos de valores, diferencias de apreciación oposición de criterios de procedimiento.

En este contexto la sociedad en sus procesos investigativos, los cuales por demás son necesarios e intrínsecos a la existencia del hombre: desde que nacemos estamos investigando, desde tiempo inmemorial estamos investigando. Es solo que los procesos de acreditación han acelerado en las universidades el interés por la investigación. Como decíamos, en este contexto la sociedad evidencia la necesidad de establecer principios que se orienten al beneficio de la persona y estén acordes con la estructura de la ciencia o profesión. Es allí donde aparece la bioética.

2. BIOÉTICA

Esta área ha tomado una importancia vital en un siglo donde la humanidad se prepara para clonar a sus habitantes, donde el genoma humano es el plato del día, donde las amenazas de guerras biológicas y armas contundentes de tipo viral amenazan hasta el habitante del pueblo más recóndito del planeta. Por ello comencemos por su definición. Para algunos pensadores (Duarte, 2000), si aplicamos los anteriores conceptos sobre ética a la salud o a la atención de ella, ésta práctica es denominada Bioética y sus principios se derivan de la ética con la misma relevancia e importancia social pues redunda en el individuo y en la sociedad. De allí que también se hable de una ética social y una bioética social.

En cuanto a su concepto nominal (el de Bioética) existen, desde su epistemología, génesis y desarrollo unas cuantas valoraciones.

“¿Qué es la bioética, desde el punto de vista nominal?”

La cuestión del nombre no es de mera etiqueta para la bioética, sino que interesa a la esencia y existencia mismas de la disciplina. La bioética presenta un carácter valorativo tendiente a orientar la toma de decisiones cuando se presentan conflictos de valores. Adicionalmente es un ejercicio interdisciplinario, que toma de varias áreas su sentido y su razón. No es un saber terminado, sino un ejercicio dialéctico que se modifica (o por lo demás debería intentar hacerlo) con el transcurrir de nuevas investigaciones y nuevos descubrimientos del hombre.

En la bioética se observa en primera instancia, una manera de pensar, una filosofía práctica o aplicada como paradigma de la moral civil y tecnocientífica de nuestro tiempo. En segundo término, entendemos que la bioética significa más que ética médica renovada, pues constituye la nueva filosofía de la medicina (iatrofilosofía) en la crisis de la identidad de ésta respecto de su objeto, método y fin, para cuyo correspondiente escrutinio filosófico hacen falta una antropología, una epistemología y una axiología (agatología) médicas. (Duarte, 2000).

Por último, pero en forma abierta, se piensa a la bioética como biofilosofía, con su teoría (fenomenológica, analítica, dialéctica u otras) y su práctica (biomoral, bioderecho, biopolítica...) de la vida. En cualquier caso, confiamos en la bioética como nueva vida de la ética en la actual crisis de la humanidad, con la esperanza de una revolucionaria apropiación bio-ética del destino humano y del deber ser.

No sobra recordar que Bioética es una palabra de dos términos griegos: BIOS, que significa vida, y más específicamente vida humana, porque el griego para designar la vida en general habla de ZOE, animal, de allí nuestro zoológico, y ETIQUÉ, ética, ETHOS que significa carácter, costumbre y también lugar. Todo esto quiere decir que la bioética conjuga BIOS y ETIQUÉ, vida y ética en la sociedad.

2.1. BREVE ANÁLISIS CRONOLÓGICO DE LA BIOÉTICA

La investigación con sujetos humanos tiene una larga trayectoria. Ya en 1865 el doctor Claude Bernard sostenía que el progreso científico no justificaba violar el bienestar de ningún individuo y su afirmación dio

pie para que en 1901 en Prusia se establecieran unas incipientes normas tendientes a enmarcar la investigación en humanos.

A principios de la década del '70 aparece en los EE.UU. la novedad terminológica y conceptual de la bioética. Aunque, como se manifestó, es a raíz de las leyes de Nuremberg y el magnicidio que sufrió la especie humana en la década de los cuarenta, que se comenzó a vislumbrar la importancia de la bioética y el mundo se manifiesta sobre los principios que deben regir la investigación en medicina.

Traspuestas las fronteras nacionales e idiomáticas, la bioética es hoy una común empresa académica y cosmopolita para el tratamiento de los problemas normativos de la biomedicina. Pero la nominisquaestio bioética, más allá del interés por el origen y difusión del vocablo, da que pensar sobre la naturaleza de una disciplina nacida de la lengua griega por el enlace de bios y ethiké.

Según el registro disponible, el término bioética se introduce en el título del libro de Van Rensselaer Potter "Bioethics, Bridge to the Future" (1971). Ésta muestra la síntesis de "dos culturas" y una clave para construir el "puente hacia el futuro" que propone el subtítulo: biología moral como calidad de vida ante el desafío ecológico planetario.

El segundo empleo del vocablo pertenece a una institución, "The Joseph and Rose Kennedy Institute of Ethics for the Study of Human Reproduction and Bioethics", fundado por André Hellegers con el patrocinio de la familia Kennedy en 1972 y que, a la muerte de aquél se transformó en el Kennedy Institute of Ethics (1979).

Sin embargo, a pesar de ambos megaproyectos bioéticos, la palabra tardó en imponerse como el nombre de la nueva ética médica o bioética, a la que dio estatuto epistemológico y pila bautismal la "Encyclopedia of Bioethics" (1978).

El código de Nuremberg y los principios de bioética

Durante la segunda guerra mundial entre experimentos médicos, cámaras de gas, hornos crematorios y otras prácticas aplicadas por doctores, enfermeras y profesionales de la medicina, se llegó a exterminar un promedio de diez millones de judíos. Al terminar la guerra, Francia, Inglaterra, Estados Unidos y Rusia se unieron para formar el primer tribunal internacional para juzgar crímenes contra la humanidad. Dicho tribunal se

reunió en Nuremberg, Alemania y en agosto 19 de 1947 se dan a conocer siete documentos como resultado del juicio de Nuremberg, uno de ellos se conoce como el Código de Nuremberg.

Dicho Código señala un hito. Realizado en respuesta a los horrores difundidos en el juicio a los jerarcas nazis, donde se probó que los médicos practicaron abusos en la experimentación con personas, llevándolas a grandes sufrimientos y causándoles la muerte. Articula 10 principios básicos de la investigación médica que han servido de fundamento para otros principios redactados con posterioridad, recordados por Escobar (1998).

2.2. LOS PRINCIPIOS

La normatividad, por así llamarla, que se dio a conocer a la humanidad en Nuremberg como referente para las investigaciones con humanos consagró 10 principios que podrían ser resumidos así:

El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial para iniciar cualquier investigación en humanos.

El experimento debe realizarse con la finalidad de obtener resultados fructíferos para el bien de la sociedad, que no sean obtenibles mediante otros métodos o maneras de estudio.

Debe ser diseñado y basado en los resultados obtenidos mediante la experimentación previa con animales y el pleno conocimiento de la historia natural del tema de modo que los resultados anticipados justifiquen la realización del experimento. -Debe ser conducido de manera tal que evite todo sufrimiento o daño físico o mental.-Ningún experimento debe ser conducido donde hay una razón «a priori» para asumir que puede ocurrir la muerte o daño irreparable.

El grado de riesgo tomado no debe exceder nunca el determinado por la importancia humanitaria del problema a ser resuelto por el experimento.

Se deben proveer las precauciones adecuadas y tener facilidades óptimas para proteger al sujeto envuelto de la más remota posibilidad de lesión, incapacidad o muerte.

El experimento debe ser conducido únicamente por personas científicamente calificadas y el grado más alto de técnica y cuidado.

Durante el curso del experimento el sujeto humano debe tener la libertad de poner fin a éste.

Durante el curso del experimento el científico que lo realiza debe estar preparado para interrumpirlo en cualquier momento, si tiene razones para creer, en el ejercicio de su buena fe, que la continuación del experimento puede resultar en lesión, incapacidad o muerte para el sujeto bajo experimentación. (p. 69).

Después del Código de Nuremberg la humanidad ha conocido diversos intentos para regular la investigación en humanos. Entre los que se encuentran la Declaración de Helsinki y una serie de propuestas de normas internacionales para la investigación biomédica en sujetos humanos.

Sin embargo, es posible que aún nos encontremos en territorio desconocido debido a la gran capacidad de maldad que se alberga en la mente humana.

De esta manera, relacionando los parámetros científicos con los literarios, queda expuesta la visión imaginaria de por qué la bioética es de alguna manera, el paradigma, el modelo de una ética de la tecnociencia y por qué la ciencia y la técnica exigen hoy la ética y antes no lo exigía porque pensaban que la ciencia y la técnica respondían espontánea, naturalmente a los fines, intereses y deseos del hombre. Hoy vemos que, por lo menos en una primera instancia no es así necesariamente.

2.3. DEFINICIONES DE BIOÉTICA

A fin de tratar mejorar la comprensión de la función de la Bioética como una nueva herramienta de discusión en torno a las actuales problemáticas del ejercicio del poder de la vida sobre la vida estableceremos algunas definiciones:

Como resultado de problemáticas contemporáneas como la manipulación técnica de la vida y la intervención destructiva del individuo sobre el ambiente, conflictos que sin duda se configuran en una seria amenaza para la perdurabilidad de la vida tanto en el plano individual como en el colectivo, surge la bioética como un espacio, una reflexión interdisciplinaria en la cual se aborda la formulación de procesos que conlleven a la solución de dichos conflictos (Guerra & Guzmán, 2011).

La Bioética ha sido definida desde el punto de vista de Gilbert Hottois como un “conjunto de investigaciones, discursos y prácticas pluridisciplinarias cuyo objeto es clarificar y resolver problemas con dimensión ética suscitados por

el avance y aplicación de las tecnociencias biomédicas.”(Méndez& Silveira Gorski, 2007, p.18).

Otra definición hace referencia a la Bioética como una “rama de la Filosofía que se centra especialmente en el análisis de desafíos morales que hacen su aparición en las constantes investigaciones y en los incesantes progresos en el campo de las ciencias de la salud” (Cohen, 2004, p. 9).

Igualmente, la bioética también es concebida como “la ética de la vida humana en cuanto que es tratada con técnicas biomédicas avanzadas en todas sus etapas existenciales respetando su dignidad y promoviendo su calidad” (Blázquez, 2000, p. 21).

Por su parte, Vila-Coro (2010) plantea que al ser un estudio multidisciplinario que integra la postura ética de los avances científicos y que también con el desarrollo de disciplinas como la medicina y la genética, la Bioética debe ser abordada desde una evaluación que integre enfoques políticos, jurídicos y filosóficos, por lo cual, la bioética se convierte en una relación que va más allá de la dinámica entre el paciente y su médico en el consultorio sino que también implica una responsabilidad con el otro, una preocupación colectiva que procura una responsabilidad desde lo individual hacia lo social.

Otros autores definen la Bioética como el “estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud, en la medida en que esta conducta es examinada a la luz de valores y principios morales” y también desde el punto de vista biológico en su relación con la moral es definida como un “juicio crítico de las dimensiones morales en la toma de decisiones relacionada con contextos de salud y contextos que involucran problemas biológicos” (Kanniyakonil, 2007, p. 8).

Para Casado (2009) la bioética tiene cuatro características muy particulares: en primer lugar, se considera como una disciplina que busca la creación de un lenguaje común que relacionara los distintos campos del conocimiento; en un segundo lugar se caracteriza por su pluralismo que facilita la contextualización y resolución de los problemas desde distintos puntos de vista. En tercer lugar la Bioética se erige desde el marco de la Biotecnología y la Biomedicina, como defensora de los derechos individuales de las personas desde el contexto del sistema liberal y finalmente implica un carácter político puesto que implica planteamientos que van más allá de las concepciones ético-morales tradicionales y le proponen a los individuos

opciones o estilos de vida como producto de su relación con las nuevas tecnologías aplicadas a los campos médicos.

2.4. EXTENSIÓN DE LA BIOÉTICA

La bioética tiene una característica muy importante, la llamada “impronta de la deliberación”, distintiva que la convierte en una herramienta de la ética aplicada y la configura como una estrategia para indicar lo que “corresponde hacer” en un contexto concreto o situación particular. Por ende, la bioética se convierte en el factor que procura la elaboración de las aplicaciones; es decir, que su campo de acción está en hacer evidente el punto de vista de los actores morales (médicos, bioeticistas, gerentes, pacientes, religiosos) y la concertación de sus acciones frente a la idoneidad de un procedimiento o práctica dentro de un contexto específico (López de la Vieja, 2009).

Sin embargo, a pesar de la gran difusión de la bioética y el papel tan importante que ha tenido durante los últimos años en el campo médico, existe una relatividad en su interior que hace que esta aun no pueda dar cuenta de continuas discusiones de carácter político, religioso, cultural, ideológico y moral en las prácticas clínicas.

Retomando a Cohen (2004) la bioética también tiene un carácter práctico el cual se ve reflejado en la aplicación hacia dos campos de acción específicos: un campo anticipatorio que según se puede evidenciar tiene una cierta relación o complementariedad con el concepto de *desarrollo sostenible*, puesto que la Bioética busca igualmente, tanto el mejoramiento de la calidad de vida de la humanidad del presente; como el garantizar un mejor bienestar para las generaciones futuras. (p. 9).

Así mismo, procura estructurar una forma de análisis teórico que permita dar respuesta a diversos fenómenos o movimientos sociales que en algún momento puedan atentar contra la integridad del individuo; como claramente lo identifica la autora: la violación de los Derechos Humanos durante la época del régimen Nazi, los derechos de las minorías y de los pacientes y el soporte ético para la implementación en los seres humanos de los nuevos descubrimientos científicos y las tecnologías biomédicas que continuamente vienen desarrollándose.

Por su parte, Kottow (2005) sostiene que a la Bioética le corresponde la protección del espacio privado del individuo, puesto que el autor supone que

el espacio público vulnera y agrede la integridad del sujeto. Por consiguiente, la bioética tiene su área de operación en los espacios donde la Biopolítica aún no ha establecido su dominio.

Frente al reto de la civilización actual de preservar el medio ambiente para el bienestar de las generaciones futuras, la bioética tiene un papel preponderante. Es necesario que se establezca un acuerdo entre los modelos de consumo y los sistemas de producción de las sociedades desarrolladas (Aramini, 2007), cuyo propósito sea evitar el desperdicio de recursos y el surgimiento en el ambiente de transformaciones irreversibles (Guerra & Guzmán, 2011).

2.5. RETOS DE LA BIOÉTICA

El desarrollo de la sociedad actual no puede desvincularse del avance en los procesos de desarrollo técnico y tecnológico experimentados por la ciencia, en especial las ciencias médicas. Por lo cual, la Bioética no puede apartar su visión de las consecuencias e implicaciones que tiene el desarrollo a nivel exponencial que tiene la tecnología y su intervención en el ser humano.

La precisión en los diagnósticos médicos es quizá una de las principales aportaciones de la tecnología al campo médico y la bioética se configura en el medio por el cual los especialistas pueden tomar conciencia sobre la forma más adecuada como pueden aplicar la tecnología sobre el cuerpo humano y la responsabilidad de sus acciones sobre los efectos de esa aplicación en los pacientes (García Cázares&Ximénez, 2010, p. 88). En ese orden de ideas, en el futuro próximo, el reto de la bioética será redefinir el papel de la medicina y la toma de conciencia por parte de los profesionales que cada vez más son gestores de la vida. González Morán (2006) dice que “la bioética habrá de colaborar en la búsqueda y el sentido de la medicina, así como en educar a profesionales de la salud y ciudadanos en la buena gestión de la vida, el cuerpo y la salud” (p. 54).

Otro de los retos que tiene la Bioética se encuentra en procurar un espacio de reflexión desde lo jurídico que vincule la postura de los diferentes actores que entran en conflicto cuando se enfrentan ante un dilema o problemática de contenido bioético.

Se puede establecer como ejemplo las discusiones que se originaron en Colombia en torno a la despenalización del aborto en donde por una parte la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia C-355 del 2006, permite el aborto cuando la madre está en riesgo de muerte por su embarazo, en caso de que haya concebido como consecuencia de una violación y si el feto tiene una malformación incompatible con la vida y por otra; se establece la posición de académicos “la sociedad se ha polarizado y los legisladores han impuesto una visión pragmática y utilitarista, donde el hombre como persona se ha convertido en un medio y ha perdido su fuero y su esencia como fin en sí mismo” (Restrepo, 2006) y partidos políticos, como el Conservador, con José Darío Salazar presidente de esa colectividad, está convencido de que la despenalización del aborto aprobada por el alto tribunal contradice el espíritu de la Constitución (Rodríguez, 2011).

3. BIOPOLÍTICA

La biopolítica podríamos definirla como la política de la vida. Son todas las políticas públicas del Estado para controlar y regular la vida de los individuos. Desde antes de nacer hasta después de morir todas las acciones del hombre están controladas por la norma.

El Biopoder es el brazo activo de la bioética, y en este sentido podemos afirmar que Biopoder es un término originalmente acuñado por el filósofo francés Michel Foucault (2003) para referirse a la práctica de los estados modernos de explotar numerosas y diversas técnicas para subyugar los cuerpos y controlar la población. Foucault introdujo este concepto en la obra “The Will To Knowledge”¹, el primer volumen de su *History of Sexuality*. Otros pensadores han tomado este concepto y dado su interpretación particular, en especial en lo que respecta con las dinámicas sexuales en el mercado del sexo tarifado y/o recompensado y de cómo el cuerpo se convierte en un instrumento de poder, que somete a quienes son seguidores de cánones, estereotipos de belleza, que conllevan a un éxtasis permanente de deseo y consumación, de dolor y gozo, de vida y muerte (Tirado, 2010).

¹ Michel Foucault escribió tres volúmenes de obras de 1976 a 1978 *The Will to Knowledge (Histoire de la sexualité, I: la volonté de savoir)*, originalmente en francés. *The Use of Pleasure (Histoire de la sexualité, II: l'usage des plaisirs)*, y *The Care of the Self (Histoire de la sexualité, III: lesouciadesoi)*.

Santiago Castro Gómez (2010) afirma que en el curso “Seguridad, territorio y población”, Michel Foucault evidencia su intención de develar el significado del término “Biopolítica”, pero que, durante su desarrollo, termina ahondando en el análisis de lo que él llama “dispositivos de seguridad”. Michel Foucault establece que el surgimiento del Biopoder empieza en el análisis de la ruptura del poder soberano francés del siglo XVIII y la puesta en escena de nuevas formas de poder en el XIX. El biopoder busca la administración de la vida, volviéndola un objeto susceptible de manipulación y conducción por parte de las diversas relaciones de fuerza que intervienen dentro de la sociedad, en últimas, el poder.

De este modo, se distinguen dos conjuntos de técnicas de biopoder que surgen en los siglos XVII y XVIII. La primera es la anatomopolítica², caracterizada por ser una tecnología individualizante del poder, tiene como objetivo examinar los comportamientos del individuo y su cuerpo, con el fin de anatomizarlos, es decir, producir la obediencia y la fragmentación de los cuerpos. En esta tecnología el control del cuerpo se fundamenta en la disciplina y toma como “herramientas de control” a la vigilancia, el control, intensificación del rendimiento, multiplicación de capacidades, el emplazamiento, la utilidad, etc. (Foucault, 1976).

El segundo grupo de técnicas de poder es la biopolítica y tiene como propósito la gestión de las poblaciones humanas, como grupos de seres vivos sometidos a leyes biológicas. Es en este sentido en donde cobra importancia la obra “Nacimiento de la Medicina Social”, en donde se establecen las primeras formas de evaluación de la fuerza activa de la población tales como las tasas de natalidad, mortalidad, morbilidad, movilidad en los territorios, por medio de las cuales se busca su control y conducción (Foucault, 1976). De este modo, según la perspectiva *foucaultiana*, el poder se torna materialista y menos jurídico, ya que ahora debe tratar respectivamente, a través de las técnicas señaladas, con el cuerpo y la vida, el individuo y la especie. (Tirado, 2010).

La valoración que hace Michel Foucault en torno al biopoder y sus técnicas es el hecho de que la vida ha sido gobernada, manipulada, controlada, vigilada y medida por el poder, y este fenómeno ha facilitado la acumulación de capital como la expresión más evidente de la ideología del capitalismo

² Término también acuñado por Foucault que se usa para determinar el poder que asiste al soberano para reglar sobre todos los aspectos de la humanidad del individuo.

en la sociedad contemporánea insertando a los cuerpos dentro del aparato productivo, cosificándolos y determinándolos como objetos Económicos.

En cuanto a la sociedad del miedo, se produce cuando, todas estas técnicas y estrategias políticas: la anatomopolítica en un principio y la biopolítica logran su objetivo de controlar y regir hasta el aspecto más íntimo de los individuos. Comencemos citando algunos planteamientos que permitan al lector acercarse al concepto de “Sociedad del Miedo” a través del enfoque que le han dado las principales mentes que han procurado capturar el criterio que caracteriza las sociedades paralizadas, como la de Colombia, compuesta por individuos indiferentes al dolor ajeno, aunque totalmente intolerantes a los derechos fundamentales del otro.

3.1. SOCIEDAD

La sociedad contemporánea especialmente tercermundista como la colombiana, se ha caracterizado por la interacción de dualidades permanentemente, en todos los procesos, *verbigracia* el sector productivo y el tecnológico. Si nos detenemos un momento a modo de ejemplo en el desarrollo tecno científico versus la marginalización de los procesos de desarrollo de las grandes masas. La globalización y los avances de la tecnología traen el mundo entero en milésimas de segundo a nuestros celulares, sin importar el estrato social.

Del mismo modo podemos presenciar en vivo y en directo todos los eventos que suceden en los lugares más recónditos del globo, Egipto nos trajo su revolución con la que cayó el régimen de Mubarak y lo seguimos con la misma fascinación de los partidos del mundial de fútbol. El Tsunami de Japón y las Torres gemelas³ por ejemplo, se vieron caer a través de nuestros televisores sin que hiciéramos nada por impedirlo. Inermes presenciamos el siglo XXI ir en constante velocidad hacia lo que esperamos sea adelante, pero las dudas nos agobian.

Los avances tecnológicos que nos inundan⁴, en parte han sido benéficos ya que han solucionado los problemas más complejos del hombre en su relación

³ Septiembre 11 de 2001. ¿Dónde estaba Usted y qué estaba haciendo cuando televisaron los ataques al World Trade Center en Nueva York? Creo que todos lo recordamos con la mayor claridad.

⁴ Una reciente encuesta de Ipsos Napoleón Franco: Gran encuesta integrada de hogares - CNTV

y su papel en la transformación de su entorno; y a la vez, por el surgimiento de diversos fenómenos críticos y devastadores (cambio climático; pérdida de la biodiversidad; agotamiento de fuentes energéticas, escasez del agua solo por mencionar algunos), que se configuran como una constante amenaza para la continuidad de la humanidad en el planeta, como producto de la explotación indiscriminada y feroz del hombre para saciar su ansia individualista y su inflexiva vocación consumista.

3.2. EL MIEDO

Tal como lo establece Korstanje (2010) “nuestra época moderna se encuentra proclive al aumento de la incertidumbre, desastres naturales, conflictos y cierta clase de imprevistos.”

De acuerdo con Santurio (2007) en las primeras etapas de la humanidad, el miedo se configuró como un *factor de supervivencia*, que según lo establece Nietzsche, estuvo ligado a la conservación de la especie humana. Luego este miedo fue utilizado como instrumento para la generación de “individuos aptos para el desarrollo de capital”.

Ya en el siglo XVII, bajo la figura de Hobbes el miedo era considerado como un factor de unión y seguridad entre las civilizaciones y sociedades. En este sentido, el hombre en su estado natural transitaba por dos tendencias diferentes: por un lado la búsqueda de dominación sobre el otro procurando apropiarse de sus bienes y en un sentido contrario, el ingreso a un estado de civilidad el cual lo orienta a minimizar el conflicto por miedo a perder lo que posee (Korstanje, 2010).

Continuando con Hobbes, citado por Román (2006):

el miedo permite la cohesión social por medio de la necesidad del orden, el cual se concreta en el pacto social. El miedo es una fuerza motivacional más intensa que la esperanza. Esa fuerza convierte a los individuos en sujetos políticos, y los lleva a someterse al poder soberano. En pocas palabras el miedo es el eje de la posibilidad del orden, orden que se logra

2009, muestra cómo en la actualidad más del 95% de los hogares posee al menos un televisor en su hogar y más del 70% tiene hasta dos televisores antes que tener empleo o suplir necesidades vitales.

con la posibilidad de la sanción como fuente del miedo cohesionador de las sociedades.

Desde el punto de vista de Bauman (2007) el hombre frente a la amenaza se torna como un sujeto adaptado para la *acción-reacción*, en la medida en que actúa para identificar la fuente de la amenaza que lo intimida, reacciona frente a esta con los mecanismos y conocimientos de que dispone, y en la medida en que tal amenaza se hace inminente e incontrolable, adquiere conciencia de su situación de vulnerabilidad e incapacidad (p. 9).

A partir de esa dinámica *respuesta-incertidumbre*, el miedo para Bauman (2007) puede definirse como: el nombre que le damos a nuestra incertidumbre, a nuestra ignorancia con respecto a lo que hay que hacer (p.10). Concepto que también implica tanto la capacidad como la incapacidad de respuesta del individuo para hacerle frente a dicha incertidumbre “(...) para detenerla en seco, o para combatirla, si pararla es algo que está más allá de nuestro alcance” (p. 11).

Por su parte Salazar (2010) asocia el miedo como el fenómeno de mayor presencia en la cultura de las familias en el siglo XXI y se muestra como el factor que revela la fragilidad humana y la carencia que tiene el hombre en materia de recursos para afrontar situaciones impredecibles y con gran carga de incertidumbre:

...la incertidumbre económica, la inseguridad social, la alteración climática y nuevas amenazas naturales, las guerras permanentes, el crecimiento incontrolable del crimen organizado y los riesgos informáticos han demostrado cuanto frágiles somos y la carencia de recursos que tenemos para afrontarlos escenarios cambiantes y las coyunturas impredecibles que vivimos a diario.

Un punto de vista cultural también lo tiene Román (2006) quien establece que los miedos han cambiado en la sociedad o por lo menos se han incrementado en esta, así como también se han convertido en una especie de *mutación* de las actividades humanas, más específicamente del poder político de la sociedad.

De acuerdo con Rodríguez Solís (2010), en el Foro Poder y Violencia de la Universidad de Costa Rica, se establecieron diferentes percepciones en lo que se refiere a la construcción del miedo en la sociedad y menciona a la Dra. Mónica VulGalperín quien afirmó que “el primer y gran miedo en toda

la historia de la humanidad es la referente al miedo a la muerte” e igualmente establece, que en la actualidad, los individuos manifiestan expresiones tales como la xenofobia, el racismo, la segregación las cuales evidencian una tendencia a su propia autodestrucción. De la misma forma, los medios tienen también un poder de construcción de miedo social, a través de recrear sensaciones de riesgo en el colectivo social.

Sociedad del Miedo desde Foucault

La tesis sobre el *miedo* desde el enfoque Foucaultiano está orientado en el marco de análisis del *poder* y del *miedo político*. Y es este escenario en el cual Michel Foucault desarrolla su tesis sobre el papel del poder como instrumento político que configura una especie de manipulación desde el temor los individuos en la sociedad.

En este sentido, Michel Foucault (2003) establece el papel que tuvo el miedo en la generación de las estructuras de poder político de las primeras sociedades. En su obra “Hay que defender la sociedad” comenta en su clase del 4 de febrero de 1976, que le fue planteado el siguiente cuestionamiento:

“¿Qué significa hacer que el racismo arranque en el siglo XVI o XVII y asociarlo exclusivamente a los problemas de la soberanía y del Estado, cuando es bien sabido que, después de todo, el racismo religioso [...] existía desde la Edad Media?”.

Para lo cual advierte que, su análisis no va a estar enfocado a explicar la historia del racismo, sino más bien, se enfocará en hacer un análisis crítico, histórico y político del surgimiento del Estado en Occidente, sus instituciones y sus mecanismos de poder.

En este análisis, plantea una de las formas de constitución de las repúblicas: el mecanismo de adquisición cuya soberanía se funda en base *arelacionesdefuerza*, y ejemplifica aludiendo a Hobbes, que dicha soberanía no desaparece por el hecho de que en la guerra los vencidos se sometan, obedezcan o trabajen para los vencedores; sino que la soberanía es reconstituida por el hecho de que los vencidos prefirieron la vida y la obediencia; y establecieron en sus antagonistas sus representantes legales (Foucault, 2003, p. 84).

En este sentido, el *miedose* erige como constructor de soberanía en el sentido en que la renuncia al propio miedo, al riesgo de perder la vida en la batalla, es

lo que abre la posibilidad de establecer un *orden de la soberanía*, cuyo régimen jurídico se fundamenta en el poder absoluto (Foucault, 2003, p. 84).

En palabras de Foucault (2003) sería:

(...) la derrota no funda una sociedad de dominación, esclavitud, servidumbre, sino que lo ocurrido en esa derrota, tras la batalla misma, tras la derrota misma, y en cierta forma, independiente de ella, es el miedo, la renuncia al miedo, la renuncia a los riesgos de la vida (p. 84).

Korstanje (2010) afirma que el discurso sobre el miedo político no es abordado de forma directa por Foucault, sino más bien se configura en el desarrollo teórico de problemáticas tales como la seguridad, la territorialización, la crisis, el riesgo y el peligro. Más tarde, con la hegemonía del imperialismo y el capitalismo industrial, el miedo se configura en el mecanismo oculto dentro de las fuerzas productivas y surge como resultado de la dualidad entre las fuerzas del temor y la sociedad disciplinaria.

Miedo y Desarrollo Social. Contextualizando lo expresado anteriormente, el miedo ha jugado un papel importante en el desarrollo de las sociedades, más específicamente, dentro de la política de los Estados Unidos en los años recientes. Como lo establece Robin (2004) de acuerdo con estudios realizados por RoobWiller se determinó que, en los temas en materia de terrorismo y seguridad nacional, la ventaja en cuanto a campañas políticas la tienen los dirigentes republicanos. Willer, citado por Robin (2004) demostró que las advertencias terroristas luego del 11 de septiembre han aumentado el apoyo popular por el presidente republicano. Igualmente el miedo político se configura como una herramienta que refuerza las inequitativas relaciones de poder en los Estados Unidos

3.3. EL PAPEL DEL MIEDO EN LA SOCIEDAD DEL CONTROL

En esta sociedad disciplinaria, tal y como lo establece Santurio, el miedo se presentaba en los procesos de comunicación de los *códigos de conducta*, se establecía en las instituciones representativas de la soberanía del Estado y también en *lugares confinados (hospitales, cárceles, etc.)*.

Ya en la sociedad del control⁵ no tiene una aplicabilidad ni en tiempo ni en espacio físico, se caracteriza por recorrer todo el tejido social en el cual

⁵ La sociedad del Control es un concepto desarrollado por teóricos posmodernos, en el

se origina y se convierte en un mecanismo disponible para todos los agentes generadores de cultura. Santurio (2007) decía al respecto:

(...) el miedo que transitaba por lo público y por lo privado, se derrocha, en la actualidad, más allá de esta distinción y logra establecerse en todos los discursos posibles, esos que sin cesar emanan, casi unánimemente, de los amplios medios de comunicación global que el vertiginoso avance tecnológico ha construido como red y horizonte social sobre el cual la humanidad se determina.

Desde otra perspectiva, el análisis del miedo en la sociedad moderna, tal y como lo establece Cántaro (2006) bien puede estar encaminado desde el proceso de globalización, en el sentido que la movilización de los individuos provocada por la globalización destruye las diferencias de lugar y de tiempo. Así mismo la Globalización reduce sistemáticamente las posibilidades de que las personas se configuren como sujetos integrales en el sentido que limita su *vocación social natural*. Este proceso de reducción del sujeto implica a su vez una destrucción del lenguaje, puesto que este emerge de una relación dinámica entre los sujetos. Cuando no hay interacción entre sujetos se presenta un fraccionamiento entre sujeto y comunidad. Ninguna identidad puede resultar inmune a la comunidad.

Surgimiento de la Sociedad del Miedo

Según Cántaro (2006), la sociedad del miedo se presenta en el momento en que se desvincula el sujeto con el núcleo social, ya que una identidad sin comunidad resultaría necesariamente Inmadura, inconsciente y construida sobre el miedo al otro. De esta desvinculación, Cántaro hace referencia a Beck (2002) quien establece el surgimiento de lo que se denomina *sociedad del riesgo*⁶, afirmando que es la misma *sociedad del miedo*. Este término se establece por primera vez hacia 1986 como reacción crítica a las tesis sociológicas que, en su momento, no estaban involucrando en su análisis, una serie de factores potencialmente peligrosos para las generaciones futuras.

cual, las comunicaciones y la tecnología se configuran como el modelo de creación de subjetividades (creación cultural), es una sociedad que se caracteriza por la carencia intencionada de medidas legales que controlen el abuso de las tecnologías.

⁶ Fase de desarrollo de la sociedad moderna donde los riesgos sociales, políticos, económicos e industriales tienden cada vez más a escapar a las instituciones de control y protección de la sociedad industrial.

Para Ulrich Beck (2002) esta sociedad del riesgo nace de un cambio radical en las estructuras de la sociedad contemporánea, en la cual los individuos se enfrentan a nuevos modelos y estructuras sociales, que implican un reto a las concepciones modernistas, y establece que, ante la necesidad de dar explicación a esta nueva configuración de sociedad los autores posmodernos han llegado a un punto en común: en el largo plazo estas nuevas estructuras sociales tenderán a enfrentar al individuo ante profundas contradicciones y paradojas desconcertantes, en las cuales este experimentará esperanzas envueltas en desesperación.

Beck plantea que ese conjunto de transformaciones sociales puede sintetizarse en dos enfoques: la primera y la segunda modernidad.

La primera modernidad la concibe como una modernidad desde un sentido territorial, estructurada en la configuración de sociedades estado nación y las relaciones generadas a través de las redes *sociales*. En esta primera modernidad los procesos de globalización, individualización, revolución de géneros, subempleo y los riesgos ecológicos y financieros han socavado los principios esenciales de progreso, controlabilidad, pleno empleo y explotación del entorno. De otro lado, la segunda modernidad hace referencia a la forma en que se pondrá a prueba la capacidad de respuesta de la sociedad contemporánea frente a todos estos nuevos desafíos (Beck, 2002, p. 2).

Igualmente se establece la necesidad de un nuevo paradigma o marco de referencia, debido que, esta óptica de nueva modernización radical ha destruido los fundamentos de controlabilidad y certidumbre, configurando nuevas concepciones de capitalismo, economía, sociedad, orden mundial y de hecho nuevas concepciones de la propia vida (Beck, 2002, p. 2).

A partir de esta concepción de nueva modernidad emerge el concepto de *riesgo* el cual Beck (2002) plantea como el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana... no deseadas por la modernización radicalizada, variable que ha permeado totalmente las normas y tiene incidencia directa en los procesos de toma de decisiones de la sociedad moderna. Al respecto se puede enunciar el siguiente ejemplo de Beck (2002):

Todo esto se hace muy evidente con las compañías de seguros privadas, quizá el mayor símbolo del cálculo y la seguridad alternativa, que no cubren los desastres nucleares, ni el cambio climático y sus consecuencias, ni el colapso de las economías asiáticas, ni los riesgos de baja probabilidad y graves consecuencias de diversos tipos de tecnología futura (p. 5).

La Sociedad Actual como Sociedad del Miedo

Según Koldo Unceta⁷ la sociedad actual se caracteriza por la imperante situación de *inseguridad humana* y plantea que esta problemática de inseguridad se ha venido configurando desde tiempos anteriores a la primera guerra mundial, por el paso de una sociedad fundamentada en la confianza y la certeza; hacia una sociedad envuelta en la perplejidad y la incertidumbre. Igualmente establece que las Naciones Unidas han planteado la necesidad de comprender la compatibilidad e indivisibilidad entre los conceptos de Desarrollo y Seguridad Humana: *si uno de ambos componentes falta, difícilmente podría existir el otro*.

Igualmente, en la sociedad actual, en donde imperan fenómenos como la globalización, la inestabilidad y el cambio continuo (generador de incertidumbre), los individuos sienten miedo o temor tanto por los fenómenos conocidos como por aquellos que son inciertos. Algunos incluso se pierden en caminos cuestionables para obtener el sustento. (Tirado 2010).

En otras palabras, dicho ambiente de incertidumbre e inseguridad es expresado por la sociedad mediante sentimientos asociados con el temor o miedo. Así mismo, estos sentimientos de miedo y temor son expresados de forma distinta dependiendo del lugar en el cual habita el individuo. Mientras aquí tememos a los efectos de un alimento caducado o a los productos transgénicos, en muchos países de África la gente teme no tener algo que llevarse a la boca” (Unceta; 2007).

Otra de las características que reflejan el comportamiento de esta nueva *sociedad del miedo*, hace referencia al propio *carácter relativo del miedo*, expresado por la relación inversamente proporcional entre el temor manifestado por el individuo y la existencia de un peligro real, esto significa que suelen ser más temerosos aquellos individuos que menos conviven con el peligro (Unceta; 2007).

⁷ Koldo Unceta Satrústegi es Doctor en Ciencias Económicas y docente en la Universidad Politécnica de Valencia desde 1987. También dirige el doctorado “Globalización, Desarrollo y Cooperación Internacional” desde 1992. Sus campos de interés son la Cooperación, el Comercio Internacional, el Desarrollo Humano y la Globalización, temas sobre los que ha versado en las numerosas publicaciones en las que ha participado.

Un acercamiento más hacia la Sociedad del Miedo puede definirse desde la perspectiva de la crisis del Estado de Bienestar y analizando el surgimiento y evolución del temor en la humanidad. Desde el mismo surgimiento del hombre, el miedo y el temor han existido, y de esta forma, el surgimiento de las agrupaciones humanas surge como respuesta para afrontar un gran número de temores y retos existenciales, en la medida en que el hombre fue evolucionando mental y físicamente, dichos temores sufrieron modificaciones que los acentuaron o los eliminaron (Lara; 2009).

Por otra parte, la generación de nuevas preocupaciones desembocaron en nuevos temores miedos y pánicos que surgieron en la medida en que el hombre se dio cuenta de lo que se define como la *tridimensionalidad del tiempo*; es decir: cuando el hombre se dio cuenta de la existencia no solo de su presente sino de la conciencia de un pasado y las expectativas de un futuro. Así mismo, el ser humano al ser consciente de la complejidad de su entorno, empieza a desarrollar estrategias de supervivencia que involucraban al miedo, el pánico o al temor como mecanismos de defensa inmediata frente a las potenciales amenazas que el propio hombre interpretaba como estímulos negativos (Lara; 2010).

Continuando con Lara (2010), este autor establece que, cualquier modificación en los sistemas y estructuras axiológicas y psicológicas tiene un impacto directo sobre los instrumentos socioculturales de una comunidad. La concepción contemporánea de la administración del temor de la sociedad establece que este temor puede ser identificable bajo la figura del *riesgo*, y en este sentido, al ser identificable puede ser controlado, y es a partir de aquí que se establece la tesis del *riesgo calculado* que establece la posibilidad de manejo del riesgo; y por ende del control del temor o del miedo.

Por su parte, Santa Cruz (2010) establece que hoy en día hay cada vez más, una decadencia del *hombre social*, presentándose fenómenos como el hiperindividualismo que ha orientado al hombre a la búsqueda de sí mismo, y como prueba de ello, se han consolidado agrupaciones de individuos con características similares, lo cual ha provocado una cultura cuyos núcleos centrales son el miedo y la inseguridad, inseguridad asociada a relacionarse con otro u otros con filosofía diferentes a la nuestra. Al respecto Santa Cruz (2010) afirma que los medios de comunicación han adquirido tal poder que se han convertido en los precursores de la *administración mediática del*

miedo, en el sentido de advertirles a los individuos sobre la presencia de riesgos o peligros en espacios asociados a interacciones sociales con *el otro*. Por esto, Santa Cruz (2010) hace referencia a que, el Otro, en teoría asume el perfil de delincuente, terrorista, violento con lo cual se configura la amenaza para el individuo, creándose un temor generalizado en la sociedad.

Otra definición sobre Sociedad del Miedo la establece O' Donnell (2009) que la caracteriza como una sociedad embargada por la desconfianza, la violencia reactiva, el sinsentido vital y la subversión de los valores; y así mismo se configura como la exposición de los rasgos más característicos del ser humano.

*La aparición del concepto de gubernamentalidad y el empresario de sí mismo*⁸

Pasarían ocho años desde que Michel Foucault publicó en el año de 1976 el primer volumen de Historia de la sexualidad titulado (I) La Voluntad de Saber, hasta la publicación de su segundo y tercer volumen en el año de 1984, a saber: (II) El uso de los placeres y (III) La inquietud de sí. En este periodo, el pensamiento de Foucault transitaría por ciertos desplazamientos que pueden rastrearse con el fin de arrojar luces acerca de sus intereses en los últimos años.

En una última publicación póstuma de Foucault: *Dits et Écrits*⁹ (Dichos y Escritos) del año 2001, cuya traducción al español obedece a tres volúmenes de Obras esenciales: *Entre filosofía y literatura* (1999, a), *Estrategias de poder* (1999, b) y *Estética, ética y hermenéutica* (1999, c) se recogen algunas entrevistas, conferencias y ponencias del autor que trazan ciertos hilos orientadores a fin de llegar –siguiendo el interés de esta investigación– al concepto de éthos filosófico que parece ser uno de los aportes fundamentales en su proceder académico. Siendo así, el rastreo teórico del pensamiento de Foucault desde sus volúmenes de historia de la sexualidad hasta obras esenciales, constituye el horizonte de partida en la comprensión de los modos de sujeción de la gubernamentalidad y la comprensión del empresario de sí mismo.

⁸ Conferencia de Emilse Galvis Cristancho.

⁹ Dichos y Escritos es una colección póstuma de entrevistas, conferencias y ponencias de Michel Foucault, publicadas por primera vez en cuatro volúmenes en 1994 y posteriormente re-editadas en dos volúmenes en el año 2001. La Traducción al Español obedece a tres volúmenes de Obras esenciales.

En *El sujeto y el poder* Foucault expresa que su objetivo durante los últimos veinte años ha sido elaborar la historia de los diferentes modos a través de los cuales los humanos se convierten en sujetos, es decir, los modos de objetivación [sujetante] a través de los cuales los humanos se vuelven sujetos. De esta manera, señala tres modos de objetivación. Primero, la objetivación que se da a sí misma el carácter científico en el sujeto hablante (gramática), el sujeto productivo (Economía) o el ser vivo (Biología), este sería el carácter objetivante de sus primeras elaboraciones teóricas en obras como *Las palabras y las cosas*.

El segundo modo de objetivación son las “prácticas de escisión” mediante las cuales el sujeto está dividido en sí mismo y separado de los otros en modos antagónicos: el loco y el cuerdo, el sano y el enfermo, este sería el carácter de sus investigaciones en obras como *Historia de la locura en la época clásica*. Un tercer modo de objetivación, que sería su trabajo actual es la manera como el humano se convierte a sí mismo en objeto de pensamiento, esto es la manera como el sujeto es conducido a reconocerse a sí mismo como objeto de saber posible (Foucault, 1999c, p. 364) A partir de estos modos de objetivación o modos de sujeción, Foucault aclara que el tema general de su investigación en los últimos veinte años no ha sido el poder sino en sentido estricto: el sujeto.

Ahora bien, si estos han sido los modos de sujeción, entonces ¿cuáles son los modos de sujeción propios de la gubernamentalidad? Llegaremos a éstos siguiendo al primer camino señalado por Foucault en *El Sujeto y el poder* que consiste en analizar las racionalidades específicas de la cultura moderna que lejos de una concepción universalista de la razón se centra en formas particulares de racionalidad directamente vinculadas con tecnologías de poder.

A pesar de ser cuatro las tecnologías de poder: i) Tecnologías de producción (transformación y manipulación de cosas), ii) tecnologías de significación (signos, símbolos), iii) tecnologías de poder y iv) tecnologías del yo. Nos referiremos de manera especial a estas últimas puesto que obedecen al tercer modo de objetivación ya mencionado. Las *tecnologías de poder* son en efecto, las tecnologías que determinan y someten la conducta de los individuos a cierto tipo de dominación, a cierto tipo de objetivos como una forma de objetivación del sujeto [formas de sujeción] y las *tecnologías del yo* que describen por su parte las maneras como los individuos efectúan cierto tipo de operaciones sobre su cuerpo y su alma [formas de subjetivación]

(Foucault, 1999a, p. 48). Foucault llama gobernabilidad justo al contacto entre las tecnologías de poder y las tecnologías del yo (Foucault, 1999a).

La *gubernamentalidad* a diferencia de las tecnologías de poder no solo determina la conducta de los individuos, sino que además de ello, la dirige efectivamente a partir de la comprensión de libertad que éstos asumen de sí mismos. La operación efectiva de una tecnología de poder neoliberal es el hecho de diseñar la manera como los individuos conciben su libertad o la manera como ellos mismos se subjetivan como seres libres, de esta manera crean modos de existencia o modos de vida a partir de una relación libertad consumo, esta es la cuestión más importante que queremos señalar.

En principio las tecnologías de *poder* que actúan como formas de *sujeción objetivante* serían la razón de estado y el liberalismo a pesar de que el liberalismo organice ya un régimen general de la razón gubernamental¹⁰. Por su parte la tecnología de *gobierno*, —esta que opera en medio de las tecnologías de poder y las tecnologías del yo— sería el neoliberalismo que actúa como una forma de *sujeción subjetivante*, es decir, que reúne ejercicios de poder dirigidos desde una fuerza externa como lo haría la sujeción objetivante, pero además gestiona ciertas operaciones efectuadas por los propios individuos (subjetividad) en el direccionamiento y gobierno de sí mismos como seres libres.

Estas grandes diferencias son un punto clave para comprender la manera como operan los modos de sujeción subjetivante o los modos de sujeción de la gubernamentalidad hace a los sujetos conscientes de su libertad en un proceso de autorregulación. Esta captura de la libertad es en sí misma la urgente necesidad de pensar y crear formas de resistencia o formas de acción ético-políticas que a pesar de estar sujetadas a cierto régimen de poder que impone esta tecnología de gobierno, pueden des-subjetivarse en nuevas formas prácticas y reflexivas de la libertad.

¹⁰ “Si se comprende con claridad de qué se trata ese régimen que es el liberalismo, opuesto a la razón de Estado —o que, antes bien, la modifica de manera fundamental sin cuestionar quizá sus fundamentos— una vez que sepa qué es ese régimen gubernamental denominado liberalismo se podrá, me parece, captar qué es la Biopolítica”. En Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la Biopolítica*. FCE: Buenos Aires. pp. 40-41.

La tecnología liberal de poder [Liberalismo] surge como “solución” al desbarajuste de la razón de Estado¹¹ en el siglo XVII, ésta consiste en administrar la conducta de los individuos presuponiendo la capacidad que ellos mismos poseen para autogobernarse. El liberalismo como tecnología de poder señala la manera como se actúa ya no directamente sobre los cuerpos individuales en lo que se conoce como Anatomopolítica, sino indirectamente a través de un “medio” en el cual se crean ciertas condiciones de libertad en una tecnología reguladora que transforma y controla la vida de la población, esto es: Biopolítica.

Por su parte, la tecnología gubernamental [Neoliberalismo] se evidencia en dos grandes corrientes económicas: el ordoliberalismo alemán y la Escuela de Chicago. Desde una comprensión de la corriente ordo liberal, el gobierno opera mediante modos de sujeción competitiva en donde la sociedad adquiere la dinámica de la forma-empresa (Foucault, 2007, p. 177); la corriente estadounidense en un caso extremo a la propuesta alemana, lo que hace es multiplicar la dinámica de la forma-empresa hasta el hecho de suscitar en el individuo una dinámica de empresario de sí mismo (Foucault, 2007, p. 263). Estas dos corrientes muestran cómo la tecnología gubernamental que obedece a prácticas neoliberales gobierna la conducta de los individuos a partir de la comprensión que estos asumen y deciden de sí mismos como sujetos libres, como sujetos autorreguladores de su libertad.

CONCLUSIONES

La Biopolítica se configura en el campo de interacción de las fuerzas de poder en el cual dinamiza la sociedad actual. La sociedad del miedo es por su parte el escenario resultante de esta nueva estrategia de poder, como lo es la Biopolítica, que hace de los cuerpos unos sujetos individualizados,

¹¹ La razón de Estado se compone a partir de dos líneas: la racionalidad política griega y la racionalidad del pastado cristiano. Mientras el poder político griego señala el juego gobernante-ciudadano como un gobierno de la colectividad, el poder pastoral señala el juego pastor-rebaño en un sujeto de necesidades como un gobierno individual y de la conducta. En este rastreo en torno a las líneas que componen la racionalidad del Estado moderno Foucault y muestra la manera como ciertas formas de gobierno terminaron produciendo al individuo En un esquema de totalización. [Omnes et Singulatim]. Este tema será abordado a profundidad en el desarrollo de la investigación.

sometidos a las diferentes amenazas del medio, o de las propias creadas por los actores de poder; por lo cual, la versión del individuo moderno se emplaza en la de un ser reactivo, previsivo, casi que instintivo frente a cualquier situación que amenace su existencia, frente a cualquier otra forma o expresión del medio que lo estimule de forma siniestra y negativa.

De acuerdo con esta búsqueda de lo que significa el concepto de Sociedad del Miedo, por lo expuesto anteriormente podemos apuntar a que se refiere a la reformulación de la dinámica de la sociedad moderna, sociedad postindustrial, que ha surgido como resultado de la experiencia de los actores sociales frente a situaciones continuas de incertidumbre, riesgo, amenaza y miedo, experiencias que tiene como principal componente el deterioro en la calidad de vida de los habitantes.

Igualmente las ideas del Estado de Bienestar que propugnaba por la plena identificación de las amenazas o riesgos, teniendo como fundamento el desarrollo tecnológico, la satisfacción de las necesidades de los individuos por la acción proteccionista del Estado y la coexistencia entre un desarrollo industrial, económico con un desarrollo ecológico- ambiental se vieron afectadas y se invalidaron cuando el hombre se dio cuenta de su incapacidad de controlar y medir el riesgo; cuando no fue consciente entre equilibrar el nivel de explotación de los recursos y su nivel de recuperación.

Más allá de su papel como factor de supervivencia humana, el miedo, se configura como forma de expresión de la propia realidad social del individuo quien ha pasado a convertirse en un sujeto extremadamente individualista, poco solidario y displicente con las acciones del *otro*, consecuencias de estos las están viviendo actualmente millones de personas alrededor del mundo, por lo cual es preciso tomar decisiones radicales que garanticen la supervivencia actual y futura del hombre; y por ende de la continuidad de las civilizaciones.

REFERENCIAS

- Aramini, M. (2007). *Testamento biológico*. Milano: Ancora.
- Aristóteles. (n. d.). *Ética a Nicómaco, II*.
- Bauman, Z. (2007). *Miedo Líquido: La sociedad contemporánea y sus temores*. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores.

- . (2008). *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica.
- Blázquez, N. (2000). *Bioética: la nueva ciencia de la vida*. Madrid: BAC.
- Cántaro, A. (2006). *Europa soberana: la Constitución de la Unión entre guerra y derechos*. Mataró: Ediciones El Viejo Topo.
- Castro Gómez, S. (2010). *Historia de la gubernamentalidad: razón de estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.
- Cohen, D. (2004). *Temas de bioética para inquietos morales*. Buenos Aires: Ediciones del Signo.
- Drane, J. (2006). *Medicina más humana. Una bioética católica liberal*. Bogotá D.C.: Oxígeno Editores.
- Duarte, L. (2000). *Conceptos Preliminares. Bioética: ética de la vida y vida de la ética en el final de siglo XX*. La plata (provincia de Buenos Aires): Fundación Mainetti.
- Escobar, J. (1998). *Códigos, Convenios y declaraciones de ética médica, enfermería y bioética*. Bogotá D.C.; Ediciones El Bosque.
- Fazio, M (2004). *Gobernar los riesgos. Ciencia y valores en la sociedad del riesgo*. Madrid: Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI). Extraído desde: <http://site.ebrary.com/lib/umng/docDetail.action?docID=10103624&p00=society%20fear>.
- Fonseca, M. (2006). *Historia y fundamentos de la bioética: en camino hacia la biopolítica*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional Unibiblos.
- Foucault, M. (1976). *Vigilar y Castigar*. Madrid: Siglo XXI de España Editores.
- . (1999, a). *Entre filosofía y literatura*. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica.
- . (1999, b). Nacimiento de la Medicina Social. En: Varela, J & Alvares Uría, F. (Eds.) *Estrategias de Poder. Michel Foucault*. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica.
- . (1999, c). *Estética, ética y hermenéutica*. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica.
- . (2003). *Hay que defender la sociedad*. Madrid: Ediciones AKAL.
- . (2007). *El nacimiento de la biopolítica*. Curso dictado en el College de France (1976-1978). Madrid: Ediciones AKAL.
- García Cázares, A & Ximénez, L. (2010). *Ética y valores II*. Ciudad de México D.F.: Cengage Learning Editores.
- Gómez Córdoba, A & Maldonado, C. (2005). *Bioética y educación. Investigación, problemas y propuestas*. Bogotá D.C.: Centro Editorial Universidad del Bosque.
- González Morán, L. (2006). *De la bioética al bioderecho. Libertad, vida y muerte*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas –Dykinson.
- Guerra, Y. & Guzmán, A. (2011). *Bioética y tecnología*. Bogotá D.C.: Editorial Carvajal
- Kanniyakonil, S. (2007). *The Fundamentals of Bioethics: Legal Perspectives and Ethical Approches*. Kerala: Oriental Institute of Religious Studies India
- Kaplan, J. (1993). *Biología molecular y medicina*. Paris. Flammarion editores.

- Kuhn, T. (1971). *La Revolución de las Estructuras Científicas*. Ciudad de México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Korstanje, M. E. (2010). *El miedo en el nuevo milenio: un abordaje antropológico para comprender la postmodernidad*. [Edición electrónica gratuita]. En: www.eumed.net/libros/2010a/660/
- . (2010). El miedo político en C. Robin y M. Foucault. *Revista de Antropología Experimental*. 10. 111-132. Disponible en: <http://www.ujen.es/huesped/rae/articulos2010/06korstanje10.pdf>
- Kottow, M (2005). Bioética y biopolítica. *Revista Brasileira de Bioética*. Volumen 1. n° 2. Disponible en: <http://www.bioetica.org/cuadernos/bibliografia/kottow.pdf>
- Laercio, D. (n. d.). *Vida de los filósofos más ilustres*. Madrid: Luarna Editores.
- Lara, J. D. (2009). La sociedad del miedo edificada por el desarrollo modernista: enlaces con la fragilidad humana y la percepción del otro. *Nómadas*. Número 24.
- Larralde, C. (1996). La biomedicina. En De la Fuente, J & Rodríguez-Carranza, R. (Eds.) *La educación médica y la salud en México*. (p. 138-153). Ciudad de México D.F.: Siglo XXI editores.
- López, E. (2000). *Conferencias sobre Docencia Universitaria*. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada.
- López de la Vieja, M. (2009). Bioética, esfera de gobernanza. En López de la Vieja, M. (Eds.) *Ensayos sobre bioética*. (p. 71-90). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Lucas, R. (2010). *Explicame la bioética*. Madrid: Ediciones Palabra.
- Masiá Clavel, J. (2004). *Bioética y antropología*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Mayos, G. (2011). Valores bioéticos, subjetividad y biopolítica. En Bilbeny, N. (Eds.) *Cuadernillo para el Análisis 31 - Bioética, sujeto y cultura*. Barcelona: Horsori Editorial.
- Méndez, V. & Silveira Gorski, H. (2007). *Bioética y derecho*. Barcelona: Editorial UOC.
- O' Donnell, P. (2009). *La sociedad de los miedos*. Buenos Aires: Editorial Suramericana.
- Olano, H. (2010). La biojurídica: suma de la bioética y de la acción de tutela. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Surcolombiana*, p. 77-87.
- Ordoñez, L. (2006). La globalización del miedo. *Revista de Estudios Sociales*, No 25.
- Patarroyo S & Benavides P (2014). “Rupturas Asignificantes: Revisiones críticas en torno al derecho”. En *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento extraído el 4 de mayo de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/1337/1539>
- Platón, (n. d.). *Fedón*. Madrid: Medina y Navarro Editores.
- . (n. d.). *La apología de Sócrates*. Madrid: Patricio de Azcárate.
- . (n. d.). *Timeo*. Madrid: Patricio de Azcárate.
- Restrepo, M. (2006). El derecho a la vida y la objeción de conciencia en torno al aborto. *Persona y bioética*. Volumen 10, Número 1, 4-7.
- Robin, C (2004). *Fear. The history of a Political Idea*. Oxford: Oxford University Press.

- Rodríguez, D. (2011, Julio 31). Conservadores presentarán 5 millones de firmas para prohibir el aborto. *El Tiempo*.
- Rodríguez, M. (2011, Julio 2). Vivimos en la sociedad del miedo. *Universidad de Costa Rica - Noticias*.
- Román, J. (2006). La sociedad del miedo. *El mundo*.
- Salazar, R. (2010). *Los Miedos ocultos en la sociedad del Siglo XXI*. Universidad Autónoma de Sinaloa. Desde: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Miedos-Ocultos-En-La-SociedadDel/209531.html>
- Santa Cruz, E. (2010). La administración mediática del miedo. Reparando las grietas del edificio social. Poder mediático y hegemonía en Chile. En Aguilera, S. (Eds.). *Elterre motosocialdelBicentenario*. Santiago de Chile: Editorial LOM.
- Santurio, R. (2007). *La sociedad del Miedo de los Medios*. Desde: <http://www.aporrea.org/imprime/a37708.html>
- Serrano, J. (2009). *La eutanasia: perspectiva ética, jurídica y médica*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Tirado, F. (2010). Los objetos y el acontecimiento. Teoría de la socialidad mínima. *Athenea Digital*. 11, 3, 143-147
- Unceta, K. (2007). Sociedad del Miedo. *Periódico El país*.

ASPECTOS SOCIO JURÍDICOS DE LA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN COLOMBIA*

DALIA CARREÑO DUEÑAS**
JOSÉ ARTURO RESTREPO RESTREPO***
JAIRO BECERRA****

Sumario: 1. Acerca del Trasplante de Órganos. 2. Normatividad de la donación y trasplante de órganos. 3. Jurisprudencia donación y trasplante de órganos. 4. Ampliación de la Presunción legal de donación. Conclusiones. Bibliografía. Normas citadas. Jurisprudencia.

* El capítulo del libro es producción en colaboración académica de los Proyectos de Investigación Bioética y Derecho, en el marco del Grupo de Investigación Socio Humanística del Derecho GISHD realizado con el apoyo estructural y financiero de la Universidad Santo Tomás, Sede Bogotá. Correo electrónico: daliacarreno@usantotomas.edu.co y del proyecto “Grandes Transformaciones del Derecho Público en la actualidad. Fase I.” Línea Derecho Constitucional y políticas públicas de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: jabecerra@ucatolica.edu.co

** Licenciada en Filosofía y Letras, Licenciada en Filosofía y Ciencias Religiosas, Abogada, Especialista en Derecho Penal, Magister en Educación, Doctoranda en Derecho Universidad de Buenos Aires. Líder del grupo de Investigación Social y Humanística, clasificado en COLCIENCIAS D. Correo electrónico: daliacarreno@usantotomas.edu.co

*** Licenciado de la Universidad Santo Tomás en Teología, y Filosofía, Especialización en Gerencia de Instituciones de Educación Superior, Magister en educación, Doctor en Educación. Directivo Docente Universidad Santo Tomás Colombia. Co-líder del grupo de Investigación Social y Humanística, clasificado en COLCIENCIAS D. Correo electrónico: frayarturo@usantotomas.edu.co

**** Abogado, Especializado en Ciencia política y de la administración y Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Internacional de la Universidad de Barcelona, España. Candidato a Doctor en Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Barcelona, España. Director de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Miembro del grupo de investigación en Derecho Público y TIC, clasificado en COLCIENCIAS B.

INTRODUCCIÓN

La donación y trasplante de órganos, como problemática abierta está inscrita dentro de los temas y dilemas que afronta la Bioética en particular que más allá de ser una disciplina, de lo que se trata es de ser un campo *interdisciplinar* articuladora de saberes jurídicos, biológicos, médicos, antropológicos y sociales con la ética y la moral¹, con un objeto común: la vida humana en toda su dignidad:

como un estudio interdisciplinario de los procesos investigativos, los avances técnico científicos y su aplicación en el corto, mediano y largo plazo que tiene la pretensión de valorar éticamente su impacto sobre el desarrollo y la estructura misma de la vida (...) en cuanto compromete al individuo, la comunidad, al medio ambiente y a las generaciones futuras. (Maldonado Gómez, 2002, p. 230).

La dimensión multidisciplinar de la donación de órganos, tiene que ver no sólo con aspectos legales sino también con el nicho simbólico que se construye, alrededor de la acción humana potestativa en la cual una persona durante su vida, o su familia, luego de su muerte *consiente en la extracción de sus órganos y tejidos* con el objetivo de que estos sean trasplantados a otro, que se encuentra afectado en su salud, o en riesgo vital (Instituto Nacional de Salud, 2015). El interés que debe animar a quien dona no es otro que la solidaridad, y ayuda a otros en situación de salud precaria, de ahí que esta proscrita cualquier forma de remuneración o retribución, para quien dona o su familia, vale destacar que un solo donante de órganos puede favorecer a más de 55 personas. La muerte de la persona (como donante) es el hecho determinante para tener la certeza acerca de si sus órganos y tejidos son aptos, a menos que se pretenda la donación entre vivos relacionados; no hay límite de edad para ser donante de órganos, en el caso de menores de edad, requieren el consentimiento de sus padres.

La realidad de la donación en Colombia se ubica en porcentajes deficitarios, que no se compadecen con los beneficios que pueden obtener cientos de personas, en situación de salud frágil, no se tiene conciencia de

¹ Lo dispuesto ha de contextualizarse en el marco del derecho a la información que ha cobrado fuerza a lo largo del siglo XX, siendo uno de los pilares de la atención médica y de la relación médico-paciente, tiene algunas particularidades que, aun con reconocimiento constitucional y legal, dista de ser un derecho absoluto (Correa, 2014).

que un donante de órganos y tejidos puede beneficiar a 55 personas. Según el (Instituto Nacional de Salud, 2015), los trasplantes de órganos fueron del 0.096 de enero a noviembre de 2015, representando un 22.7 por millón de personas, el 86% (940) fueron a partir de donantes cadavéricos, 156 de donantes vivos. El 94% (146) de donantes relacionados genéticamente y 6% a partir de donantes relacionados emocionalmente. A finales de 2015, según (Instituto Nacional de Salud, 2015) se reportaron 406 donantes de origen por muerte encefálica, el 17% (69) un solo tipo de órgano, el 24% (99) multiorgánicos, el 50% (201) totipotenciales y el 9%(37) solo de tejidos. Para un total de 369 donantes reales de órganos, es decir un 7.6 de donantes por millón de personas. Cabe señalar las listas de pacientes en espera de un donante y que a diciembre de 2015, reportan necesidades de trasplante de riñón de 2.015, de hígado 82, de corazón 20, de pulmón 14, páncreas 6, riñón-páncreas 11, intestino 3, corazón-riñón 1, riñón hígado 9, hígado-riñón-páncreas 1, para un total de 2162 (Instituto Nacional de Salud, 2015). Otra dimensión en esta problemática es la negativa familiar que es el 39% de los 739 casos que se entrevistan con objeto de obtener donación de sus familiares fallecidos. Entre enero junio de 2015, según el Instituto Nacional de Salud (2015) fallecieron en espera de un órgano 38 pacientes, 17 esperaban por un trasplante de riñón, 12 de hígado, 5 de pulmón, 4 de corazón.

1. ACERCA DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS

El debate ético del trasplante de órganos nos lleva a discusiones que evidencian como la ética y la moral evolucionan, y las sociedades se transforman. El desarrollo jurídico de normas y principios para regular los aspectos más controversiales del mundo moderno, como es el caso de los trasplantes de órganos, tiene tanto aspecto definidos como líneas grises donde aún no es claro cuál debe o será su estadio final, es decir, si será regulado por el Derecho o será la propia sociedad en ejercicio de sus competencias auto regulatorias (Ética y moral pública) la que definirá sus límites.

Es así como, el trasplante de órganos como lo expresa Castillejo Cuéllar (2008) presenta una diversidad de “dilemas éticos” apropiados por la sociedad, debido a “las complejidades sociales y técnicas de esta realidad multidimensional”. Los cuales, al menos en parte centraremos en tres aspectos básicos sobre los que consideramos que se basan no de forma

exclusiva, pero si angular los trasplantes de órganos, y por tanto, sobre los que ronda la regulación al respecto.

Algo básico pero que aún es sujeto de debate, es la legalidad del trasplante de órganos, es decir, ¿se puede?; ¿estamos legitimados? Lo que al respecto el propio desarrollo social ha dejado claro que sí; tanto en cuanto su fin primordial es la salud y el bienestar de los seres humanos. Según la Resolución WHA63.22 expedida por la Organización Mundial de la Salud - OMS en Mayo del 2010, en su primer principio, expresa la posibilidad de extraer partes de un cuerpo de un ser humano fallecido para ser trasplantados a otro ser humano, condicionado a la obtención del consentimiento legal previo del fallecido o sus familiares de forma posterior a su muerte; y si no hay razones para creer que el fallecido se hubiera opuesto a dicha extracción. Lo que nos ubica en un primer escenario de legitimidad ante el derecho y el debate moral y ético sobre el procedimiento; que en la actualidad es ampliamente aceptado.

El segundo aspecto es el relativo al anonimato del donante. Siendo una base sobre la que funda el procedimiento establecido a nivel internacional y sobre el cual en base a normas éticas se pretende proteger de un daño o afectación a los familiares o relativos del paciente. Aun así se presentan excepciones, sobre todo cuando el donante está vivo o cuando donante o receptor pueden sufrir alguna afectación; como lo expresa Schulz-Baldes, Biller-Andornoa & Morgan Capronb (2007), al afirmar que es un requisito para todas las actividades que implican trasplantes de células o tejidos. Aunque manteniendo una excepción cuando se crea que puede implicar algún riesgo de daño grave al donante o prevenible para terceros debiendo informar a los donantes vivos, sus familiares o los receptores. Así mismo, se debería obtener una autorización para la divulgación de resultados de una condición que no puede ser tratada por falta de recursos.

Finalmente abordaremos el caso de la publicidad, aspecto controversial en su mayoría al determinar cómo no permitido el hacer publicidad de la necesidad de un órgano o tejido por ningún medio, así como la posibilidad de donar dicho órgano o tejido (García, 2011); Para evitar la creación de un comercio que trasgreda los límites de la moral y la ética pública claramente admisibles, donde se presentarían expresas violaciones a los derechos humanos en casi todas sus formas (como ejemplo la venta de órganos para alimentarse por parte de familias de escasos recursos). Pero que presentan

un componente necesario de autorregulación, ya que el Estado o los Estados no podrían emprender una cruzada para perseguir a todas las personas que han ofrecido dinero a cambio de órganos, debido al alto porcentaje de recursos que se debería destinar a este propósito, y que por su envergadura se convertiría en una caza de brujas con pocos resultados (García, 2011).

A pesar de lo expuesto anteriormente, siguen existiendo debates internacionales en diferentes culturas respecto a conceptos básicos ya definidos, como por ejemplo la resistencia de la cultura Nipona de aceptar el concepto de muerte cerebral (Lock (1995) en Castillejo Cuéllar (2008)), que impactan todos los aspectos y protocolos que se siguen en el tema de trasplantes en Japón y que evidencia la necesidad de seguir en la búsqueda de una unidad de conceptos sociales unificados a nivel internacional y la importancia de entender cada sociedad en particular en la búsqueda de una regulación ajustada a su propia realidad.

2. NORMATIVIDAD DE LA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS

En Colombia, este aspecto bioético del trasplante y donación de órganos humanos, ha tenido un desarrollo normativo, que se encuentra disperso en leyes, Decretos, Resoluciones y Acuerdos del Concejo (sic) de Bogotá. Esta normatividad aborda las diferentes dificultades, consideraciones y principios. La primera reglamentación se encuentra consignada mediante la ley 09 de 1979 establecida como Código Sanitario Nacional, que en el título IX artículo 515 parágrafo f señala “Reglamentar la donación o el traspaso y la recepción de órganos, tejidos o líquidos orgánicos utilizables con fines terapéuticos” y en el artículo 516 consagra: “Controlar la obtención, conservación y utilización de órganos, tejidos o líquidos orgánicos de cadáveres o proporcionados por seres vivos para fines terapéuticos” (Ley: Código Sanitario (Colombia) , 1979)

Luego a través de la ley 73 de 1988, se adiciona la ley 09 de 1979, y se dictan otras disposiciones que tienen que ver con donación y trasplante de órganos, y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. Esta normatividad de la ley 73/1988 instituye el complejo tópico de la necesidad del consentimiento expreso por parte del donante, del receptor, de los deudos para efectos de la donación y trasplante de sus órganos. El Artículo 1º establece que el parágrafo del artículo 540 de la

Ley 09 de 1979, quedará así: “Sólo se podrá proceder a la utilización de los órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante, del receptor, de los deudos, abandono del cadáver o presunción legal de donación” (Ley: adición de la ley 09 de 1979 (Colombia), 1988).

Introduce la ley 73 la presunción legal de donación, que conlleva a que la persona ejerza oposición a la donación de sus órganos, luego de su fallecimiento, de lo contrario se entiende, se presume la donación. Establece *esta presunción*, el Artículo 2º que señala:

Existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, *si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal* sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.

(Ley: adición de la ley 09 de 1979 (Colombia), 1988).

Posterior a esta norma se surte la ley 919 de 2004, que consagra la prohibición de obtener algún provecho económico de la donación de componentes anatómicos, bien sean órganos, tejidos y fluidos corporales afirmando en su art. 1 el carácter solidario de la donación, pues esta se debe hacer siempre por razones humanitarias “Se prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos. (...) Quien done o suministre un órgano, tejido o fluido corporal deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración por el componente anatómico”. Esta prohibición de provecho, y también de pago por la donación que se amplía no sólo a quien resulte beneficiado, sino a su familia, o cualquier persona que desee hacer algún tipo de compensación. La normativa deja claro que las instituciones autorizadas para ser bancos de tejidos y de médula ósea, y las IPS con programas de trasplantes, están facultadas para hacer cobros de hospitalización y demás intervenciones necesarias que requieran el donante vivo y el paciente trasplantado: “la hospitalización del donante vivo (...) el valor de las pruebas inmunológicas y de histocompatibilidad (...) gastos de hospitalización, cirugía y cuidado médico postoperatorio del paciente trasplantado y del donante, el suministro de medicamentos y los controles subsiguientes a dicho procedimiento” (Ley: Prohibición de comercio de órganos (Colombia), 2004). La norma 919/2004

es conclusiva, restrictiva del provecho económico de la donación de ahí que consagra una pena de 3 a 6 años de prisión para quien comercialice con elementos humanos, el artículo 2 advierte de manera expresa que “Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión” (Ley: Prohibición de comercio de órganos (Colombia), 2004).

Y finalmente la Ley 1805 del 4 agosto de 2016 por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y otras disposiciones, cuyo *objeto* central en su art. 1 es *ampliar* la presunción legal de donación de componentes anatómicos con fines de trasplante y demás usos terapéuticos, que se aborda en el acápite 3.

El Instituto Nacional de Salud por medio de la Resolución 214 de marzo de 2005, y de acuerdo con el Decreto 2493 del 4 de agosto de 2004, resuelve crear el *Grupo de Donación y Trasplantes*, el cual tiene a su cargo la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplantes. Posterior a esta se promulga la ley 1374 de 2010 que crea el Consejo Nacional de Bioética, CNB con el fin de promover un diálogo interdisciplinario, que aborde las disyuntivas que emergen de la intervención sobre la vida, consagra los principios que orientaran la CNB como el de prevalencia, indivisibilidad e inviolabilidad de los derechos humanos, la dignidad de la persona y la aconfesionalidad del Estado Colombiano. Según el artículo 2 “propenderá por establecer un diálogo interdisciplinario para formular, articular y resolver los dilemas que plantea la investigación y la intervención sobre la vida, la salud y el medio ambiente, así como la construcción e implementación de políticas en los asuntos referentes a la Bioética” (Ley: Comité Nacional de Bioética (Colombia), 2010). Cabe resaltar que instituye como uno de sus principios la tolerancia que conlleva el respeto por el pluralismo étnico, religioso, de género y cultural, además de concretar acciones éticas como apuestas sociales a la “La promoción del bien general, sin perjuicios de origen, raza, sexo, género, color, credo, y edad” (...) La atención del derecho a un medioambiente equilibrado. (Ley: Comité Nacional de Bioética (Colombia), 2010).

Los Decretos reglamentarios han sido: el 1546 de 1998, que reglamentó la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de los componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos. Este Decreto señala la voluntad

expresa de la persona del donador, el artículo 2 modificado por el Decreto 2493 de 2004, señala que es Donante: “la persona a la que durante su vida o después de su muerte, por su expresa voluntad o por la de sus deudos, se le extraen componentes anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplante en otra persona, con objetivos terapéuticos” (Decreto: reglamentación ley 9/79 y 73/98(Colombia), 1988), advierte como fundamental que *la voluntad de donación expresada en vida* por una persona, es fundante de su autonomía de tal suerte que sólo puede ser modificado por ella misma, y *no puede ser cambiada*, en ocasión de su fallecimiento por alguno de sus familiares.

El Decreto 2493 de 2004, en su capítulo II estructura la Red de Donación y Trasplante, a nivel nacional y regional en cabeza del Instituto Nacional de Salud, el Artículo 3 (Modificado por la Resolución 002640 de 2005), señala que tanto Bancos de Tejidos y de Médula Ósea, como IPS, con habilitación de programas de trasplante “deberán inscribirse ante la sede de la Coordinación Regional de la Red de Donación y Trasplantes de la respectiva jurisdicción, de acuerdo con los requisitos establecidos por el Ministerio de la Protección Social” (Decreto:componentes anatómicos (Colombia), 2004).

Las resoluciones que se han expedido en protección de la donación y trasplante son la Resolución 3199 de agosto 6 de 1998, en donde se reglamenta el funcionamiento de los Bancos de Componentes Anatómicos y de las Unidades de Biomedicina Reproductiva. La Resolución número 3200 de agosto 6 de 1998, en donde se establecen los requisitos para la legalización de la donación de componentes anatómicos, hechas durante la vida de una persona, con destino a los bancos de Componentes Anatómicos. La Resolución 0214 de 1 de marzo de 2005, crea el grupo de donación y trasplantes del Instituto Nacional de Salud.

En la Resolución 2640 de 2005 se reglamenta el funcionamiento de la coordinación nacional y regional de la Red de Donación y trasplantes, en el Art. 1 establece los requisitos de inscripción de Bancos de tejidos y de Médula Ósea ante las Coordinaciones Regionales de la Red de Donación y Trasplantes.

La Resolución 005108 del 29 de diciembre de 2005, se establece el Manual de Buenas Prácticas para Bancos de Tejidos y de Médula Ósea, dirigido a las autoridades sanitarias. La Resolución número 1043 del 3 de abril de 2006 en la que se establecen las condiciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud para habilitar sus servicios e implementar el componente

de auditoria para el mejoramiento de la calidad de la atención. La Resolución 002279 de 2008 (Junio 24) Por la cual se modifican los artículos 5° y 6° de la Resolución 2640 de 2005, señala que la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplantes estará a cargo del Instituto Nacional de Salud y, dará cumplimiento a las funciones establecidas en el artículo 5° del Decreto 2493 de 2004 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya, garantizará su funcionamiento durante las veinticuatro (24 horas) y, mantendrá actualizada la lista nacional de espera. En la Resolución Número 03272 de 4 de agosto 2011 se crea permanentemente la Coordinación Regional No. 6 de la Red de Donación y Trasplantes. En la Resolución 1441 del 6 de mayo de 2013 se instituye la habilitación de las entidades prestadoras de salud, así como las Resolución número 00002003 de mayo de 2014, y Resolución número 3678 de 2014.

Cabe señalar que el Concejo (sic) de Bogotá mediante el Acuerdo 140 de 2005, propugna por la cultura de la Donación de órganos y tejidos e institucionaliza, el 25 de abril como el día de la donación de órganos y tejidos en el Distrito Capital, para ello consagra la necesidad de implementar una estrategia integral para promover la cultura de la donación de órganos y tejidos reza en el artículo 2:

El Gobierno Distrital en cabeza de la Secretaría de Salud y la Secretaría de Educación, con la participación de las demás entidades de la administración, establecerá una estrategia integral para promover, divulgar y fomentar, de manera permanente, los cambios culturales que impulsen la donación de órganos y tejidos, de acuerdo con la normatividad vigente (Acuerdo: cultura de la donación (Colombia), 2005).

Así mismo esta Corporación a través del Acuerdo Distrital 363 de 2009 instauró la reglamentación de la coordinación entre la Secretaría de Salud y las ESE'S del Distrito Capital en relación con la donación y trasplante de órganos y tejidos, y todo el proceso que esta intervención implica: Art. 1 “La Secretaría de Salud y las ESE'S del Distrito Capital, coordinarán el acompañamiento en todas sus fases y a través de personal idóneo, la gestión operativa de la donación y el trasplante de órganos y tejidos, dentro del marco jurídico legal vigente” (Acuerdo:Coordinar donación y trasplante(Colombia), 2009).

Con el Acuerdo 369 de 2009 el Concejo (sic) crea la Orden *Responsabilidad Social Dona Bogotá* con el fin de incentivar la donación de órganos y tejidos de los ciudadanos en Bogotá, reconociendo a las personas naturales y jurídicas

que fomentan de manera solidaria la cultura de la donación: “Créase la Orden “Responsabilidad Social DONA BOGOTÁ” como incentivo, reconocimiento y exaltación de las personas naturales y/o jurídicas comprometidas en Bogotá con la donación y tejidos humanos (Acuerdo: Orden DONA BOGOTÁ (Colombia), 2009). Finalmente esta Corporación con el Acuerdo 419 de 2009, reglamentó la obligatoriedad de reportar por parte de la Secretaria de Salud, las muertes con el fin de trasplantes de órganos y tejidos, en el Art 1 instaura “las medidas necesarias y conducentes para el reporte inmediato a la Regional No. 1 de donación y trasplantes, del fallecimiento de personas en las instalaciones de la Red Hospitalaria del Distrito Capital, con excepción de aquellas personas que presenten contraindicaciones para ser donantes potenciales” (Acuerdo 419 Obligatoriedad reporte de muertes, 2009). Este informe tiene la función de agilizar los trámites legales, de las diversas entidades y que son requeridos para el trasplante de tejidos humanos.

Las circulares emitidas por el Instituto Nacional de Salud, han sido: la 0022 del 29 mayo de 2014 en donde señala los documentos técnicos en donación y trasplante y formación de recurso humano. Circular Externa no. 0041 del 27 septiembre de 2013, en donde señala los lineamientos para la prestación de servicios de trasplantes a extranjeros no residentes en Colombia. Circular conjunta INVIMA-INS número DG 100-0242-13, se establecen los lineamientos generales sobre actividades de los bancos de tejido y medula ósea. Circular conjunta con el INVIMA del 21 de septiembre de 2012, consagra las actividades de almacenamiento y distribución de tejidos. Circular INS del 12 septiembre de 2012 acerca de la Obligatoriedad para la documentación, implementación y reporte de los criterios técnicos de asignación de componentes anatómicos. Circular 1000- 0063 del 3 septiembre de 2012 que alerta para prevenir el tráfico con tejidos humanos. Circular 5000-001 del 16 09 del 2010, en donde señala el procedimiento para el traslado por vía aérea de componentes anatómicos con fines de trasplante o transfusión.

3. JURISPRUDENCIA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS

Esta es la panorámica legislativa general, que se ocupa del trasplante de órganos y tejidos humanos en Colombia. En donde se evidencia el avance y las problemáticas que emergen de estos procedimientos biotecnológicos, que están fundados en derechos fundamentales como la vida, la salud, la

dignidad, la solidaridad. La jurisprudencia está centrada en tres fallos, hasta el presente, en la Sentencia T-1088 de 2012, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza la Corte Constitucional niega que se hayan violado los derechos fundamentales del accionante, en atención a su condición de extranjero no residente en el territorio nacional, ya que sólo se le puede efectuar el trasplante de órgano solicitado, *cuando no existan receptores nacionales y extranjeros residentes* en las listas regional y nacional de espera, de conformidad con el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004:

Para realizar el procedimiento de trasplante o implante a un extranjero no residente en Colombia, deberá solicitar la certificación de la no existencia de receptores en lista de espera nacional a la Coordinación Regional de la Red de Donación y Trasplantes o la certificación de que habiendo lista de espera nacional, no existen las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente. La certificación deberá emitirse de forma inmediata por parte de la Coordinación Regional.

En este fallo la Corte incorpora la Providencia del Consejo de Estado del 8 de abril de 2010 (segunda jurisprudencia que desarrolla esta problemática), al resolver una demanda de nulidad contra los artículos 8, 21, parágrafo 1, y 40 del Decreto 2493 de 2004, en la que denegó las pretensiones, conservándose así la presunción de legalidad de que están revestidas dichas normas. Y la Sentencia relevante para esta propuesta, dado el tratamiento socio jurídico de la donación de órganos es la C-933 de 2007 como presunción ético jurídica, ya citada desde la ley 73 de 1988.

2.1. SENTENCIA C-933 DE 2007 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

En esta sentencia la Corte se ubica dentro del debate bioético que implica *el problema ético, jurídico y cultural de la presunción legal de donación de órganos y tejidos humanos*, los dilemas a los que se enfrenta la Corporación, están inscritos en las fronteras científicas y éticas en las que se ubica el discurso bioético: “No puede decirse que el discurso bioético sea solamente filosófico; tampoco que sea puramente jurídico, o político, o científico. Es un discurso con múltiples resonancias. Obliga a interrelacionar disciplinas y puntos de vista” (Lolas Stepke, 2000, p. 138).

El Magistrado Ponente es Jaime Araújo Rentería, de fecha noviembre 8 de dos mil siete (2007). La acción la entraba el señor Juan Fernando Ramírez

Gómez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad contra el art. 2 (parcial) de la Ley 73 de 1988:

Art. 2. Para los efectos de la presente Ley existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral *o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal*, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido. (expresión subrayada acusada)

Los argumentos del demandante se centran en que esta norma y la expresión *o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal* es atentatoria de los artículos 1º, 2º inciso segundo, artículo 15 inciso primero, artículos 16, 18, 19, 42 inciso segundo, artículo 101 incisos tercero y cuarto de la Constitución Nacional. Si bien afirma el demandante aunque esta norma está fundada en el principio de solidaridad humana conlleva ponderar en beneficio de las garantías individuales sobre las colectivas, la presunción legal de donación de órganos. De ahí que el criterio de ponderación y proporcionalidad ha de ser la solidaridad como principio constitucional: “el principio constitucional de solidaridad como principio fundante del Estado Social de Derecho, que supone la colaboración de la sociedad con aquellas personas situadas en una posición de desventaja (CP, Art. 1)” Sentencia C-529/10. Las implicaciones de la concreción de este principio son acciones en atención del beneficio de los otros, como imperativo del interés general, como lo propio en un Estado social de Derecho, que configura una comunidad de intereses, sentimientos y aspiraciones: “de la cual emana, como consecuencia natural y obvia, un acuerdo de mutua ayuda y una responsabilidad compartida para el cumplimiento de los fines propuestos: la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas” Sentencia C 32 de 2008. La solidaridad como principio lleva inserto el deber jurídico de donar, sin contraprestaciones económicas o de cualquier índole, sólo por el desinterés de salvaguardar y proteger la vida, la dignidad y la salud de otros.

Señala como parte de su argumentación el señor Ramírez, que esta expresión *o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal* es ofensiva de la Constitución y de las garantías individuales “permite que en cualquier momento luego del fallecimiento de una persona y antes de que se dé inicio a la autopsia médico-legal (...) se pueda realizar el procedimiento de extracción

de órganos o componentes anatómicos” De esta manera advierte el autor se irrespeta “el derecho de los familiares a oponerse a tal procedimiento, lo cual resulta violatorio del derecho a la libertad de conciencia, libertad de cultos, al libre desarrollo de su personalidad, el derecho a la intimidad personal y familiar, así como representa una presunción de propiedad del Estado sobre los cuerpos sin vida de sus ciudadanos”. Violaciones claras, a juicio del demandante de derechos fundamentales individuales sacrificados por el principio de la solidaridad humana.

Para el actor, la norma conlleva un absurdo, pues con la expresión *antes* indica que entra a operar la presunción legal de donación, *antes de la autopsia médico-legal*: “que en este contexto hace referencia a todo momento anterior a la autopsia médico-legal y posterior a la muerte encefálica”. Esta expresión que implica que ningún ciudadano pueda oponerse a la donación de órganos de un familiar fallecido, pues no tiene un tiempo razonable y suficiente, para expresar su consentimiento o rechazo, y de esta manera vulnera la esfera de su conciencia, la libertad de cultos, el libre desarrollo de la personalidad: “como libertad general de actuar y los límites del Estado frente a la autonomía del individuo”. Así mismo vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar, porque como custodios del cuerpo del familiar fallecido, es la familia la que tiene el derecho a decidir sobre este cuerpo. La argumentación del demandante, insiste finalmente en que la Constitución Nacional, no otorga “derechos al Estado sobre los cuerpos sin vida de sus ciudadanos”.

Las Consideraciones de la Corte están fundadas en cinco ítems, el primero versa sobre los problemas éticos-jurídicos y ético-médicos de la donación de órganos post-mortem. La Corte plantea, que la donación de órganos después de la muerte no es un asunto de fácil dilucidación por los conflictos que convergen, desde la perspectiva *ético-jurídico y ético-médico*.

El problema de los trasplantes es un problema que se afronta sobre todo ética y jurídicamente, encontrando criterios aceptables y consensuados. El problema de las personas en estado de muerte cerebral –como también el de las personas en estado vegetativo permanente– es sobre todo un problema ético jurídico. Planteada la cuestión en estos términos, la relación entre muerte cerebral y trasplante de órganos no constituiría ya un peligroso cruce entre hechos y valores, sino que se situaría completamente en el ámbito de los valores” (Becchi, 2011, p. 145).

Aspectos estos: “relacionados con el pluralismo de las sociedades modernas y las diversas concepciones ideológicas, filosóficas o religiosas que originan una particular visión (...) a partir de la cual se puede aprobar o desaprobar la donación de órganos”. El asunto de la donación y trasplante de órganos posterior a la muerte, traza una serie de preguntas, que a juicio de la Corte se centran en serias cuestiones de reflexión ética médica, de bioética:

Los valores éticos no pueden separarse de los hechos biológicos (...) Una ciencia de la supervivencia deber ser más que una ciencia sola, y por consiguiente propongo el término “Bioética” para poder enfatizar los dos más importantes componentes para lograr la nueva sabiduría que tan desesperadamente necesitamos: conocimiento biológico y valores humanos. (Potter, 2000, p. 27).

Una de las cuestiones más sensibles, en esta problemática de la donación tiene que ver con la reconceptualización sobre la muerte a la que se ve enfrentada la humanidad, gracias a los nuevos descubrimientos en medicina, y al impacto e incorporación de las tecnologías en esta, durante décadas la comprensión de la muerte estaba unida al daño irreversible de la función cardiorrespiratoria, pero con los desarrollos de la terapia intensiva en la segunda mitad del siglo XX, se da un giro enorme porque estas pudieron suplirse gracias a estas tecnologías aplicadas a la vida humana, y con ello mutar lo que significa la muerte, a partir de las funciones del encéfalo: “fue posible suplir aquellas funciones reconocidas hasta ese momento como vitales (...) motivó una verdadera revolución en el concepto de la muerte, cuando la atención se desplazó hacia definiciones basadas en considerar la pérdida definitiva de funciones basadas en el encéfalo” (Machado Curbelo, 1999, p. 251). Por lo tanto poder determinar de manera segura este momento de la muerte es fundamental para poder decidir y consentir acerca de la ablación de órganos: “La técnica moderna ha invadido ya terrenos que tienen que ver con la vida y con la muerte, con el pensamiento y el sentimiento, con el hacer y el sufrir, con el medio ambiente y con las cosas, con los deseos y con el destino, con el presente y con el futuro” (Yañez Canal, 2002, p. 64).

Otro de los interrogantes que se incorpora en el dilema de la donación y trasplante de órganos, a juicio de la Corte, es respecto de cuáles son las razones que se emplean para la distribución con criterios de equidad, de los órganos y tejidos donados, más allá de las discriminaciones y de los riesgos en las selección “Considering that the aim of the Convention on

Human Rights and Biomedicine, as defined in Article 1, is to protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine” (Unión Europea, , 2001). Advierte la Corte el riesgo de exclusión de esta oportunidad de mejoramiento de la salud, para los más pobres y menos favorecidos. Todo a favor de los que pueden tener acceso a los medios y recursos. También existe el riesgo de que estos órganos terminen siendo objeto de comercio ilegal, o de lucro en mercados negros, bien que se comercie con materiales biológicos humanos destinados a la industria cosmética ver vi gracia, o con destino a la investigación o la terapéutica:

Tejidos y células pueden ser utilizados para desarrollar productos comerciales, pero también para propósitos diagnósticos y terapéuticos. El uso de tejidos y células humanas contiene importantes asuntos de carácter ético sobre como son obtenidos esos productos, son transformados, utilizados y la posibilidad o no de comercializarlos. Aunque estos temas son relativamente novedosos, existen tradiciones éticas y morales. (Cobo Martínez, 2006, p. 13).

Lo que conlleva otro fuerte debate, que no es objeto de análisis por la Corte, y es el que tiene que ver con la posibilidad de regular un mercado lícito de órganos y tejidos humanos, que salvaría la vida de muchos enfermos, dado el déficit de donación. El debate está abierto, se plantea por un lado que si se llegase a legalizar la compra y venta de órganos es posible, que la motivación económica dispararía la donación y la variedad de estos “Si las leyes se modificaron de modo que los órganos pueden ser comprados y vendidos, algunas personas no se dan por altruismo, sino por la ganancia financiera. El resultado sería un aumento de la oferta de órganos” (Becker, 2006). En el escenario de mercado, el asunto de la regulación de precios, de seguro se resolvería por las leyes de oferta y demanda, además de resolver por esta vía los excesos y el mercado ilícito en sí: “Un mercado abierto en los órganos da recorte abruptamente el mercado negro actual (...) en los países más pobres, como Turquía”. Por otro lado en contra del mercado de órganos, está la postura ética, crítica que advierte la cosificación de las partes del cuerpo como mercancías u objetos de consumo, que atentan con la dignidad de la corporalidad y los valores ínsitos a esta:

a pesar de estos sólidos argumentos a favor de permitir que los mercados comerciales en los órganos, no creo que esos mercados que se permite

en cualquier momento en el futuro cercano porque la oposición es feroz. Algunos críticos simplemente desestiman los mercados de órganos como inmoral “mercantilización” de las partes del cuerpo. (Becker, 2006).

De igual manera la Alta Corporación, considera que se deben plantear cuestiones como tener claridad sobre quién es apto para donar, discernir entre personas adultas, menores, incapaces. Y plantea la posibilidad de recibir algún tipo de pago por la donación. “la pluralidad de concepciones de vida y de lo bueno, la diversidad de concepciones ideológicas, filosóficas y religiosas (...) pueden dar lugar tanto a la aprobación como a la desaprobación de la donación y trasplante de órganos post-mortem”.

Frente a los interrogantes que suscita el tema de las concepciones religiosas o filosóficas frente a la donación post-mortem traza la Corte en la sentencia C-810 de 2003: “Para algunos, no existe realmente una definición de muerte (...) que impida que realmente en un trasplante (...) se esté matando a una persona para mejorar la salud de otras” (...) todo trasplante es antiético (...) convierte a un individuo en un simple instrumento del bienestar de otros”. Pero igualmente la Corte plantea que otra postura contraria, contempla que al fallecer una persona su cuerpo adquiere cierto estatus de bien de *dominio público* frente al cual los deudos nada tendrían que decir. Con estas reflexiones la Corporación se introduce en el debate bioético, en donde no hay posturas neutras, sino polémicas y complejas en donde las disciplinas morales, filosóficas, religiosas, sociológicas y antropológicas entran en juego.

En el segundo ítem, la Corte aborda el tema del consentimiento para la donación, y especialmente *la configuración de la presunción legal de donación de órganos* o consentimiento presunto, autorizado o rechazado por los familiares del fallecido. El tema puntual y espinoso, que discurre el Alto Tribunal tiene que ver con el abordaje del problema ético-jurídico del consentimiento presunto bien expreso o tácito. La doctrina ha señalado que cuando se habla de *consentimiento explícito* (opting-in) implica como sistema que las personas en su vida, y como manifestación de su autonomía y filantropía expresan su deseo de donar “individuos recientemente fallecidos, antes de que los órganos puedan ser extirpados para el trasplante. Este abordaje, utilizado en muchos países (incluyendo Estados Unidos, Canadá y parte de Europa) está diseñado para respetar la autonomía, y su éxito depende del altruismo” (Santiago-Delpín et al, 2001, p. 80). Y se entiende que *no hay consentimiento* explícito o tácito (Opting-out), cuando a la persona una vez fallecida se le pueden extraer los órganos, sin su consentimiento a

menos que hubiese expresado su objeción a no donar, se tienen en cuenta dos variables una débil, cuando los allegados rechazan la donación y fuerte cuando se extraen los órganos al cadáver sin contar con el pronunciamiento de los parientes:

Los órganos de cadáveres pueden recuperarse sin un consentimiento explícito, a menos que el difunto hubiera hecho alguna objeción al respecto en vida. Existen dos variedades de este sistema: 1. débil: cuando los familiares pueden evitar la adquisición de órganos negándose a la donación; y 2. fuerte: cuando la opinión de los familiares no se toma en cuenta” (Santiago-Delpín et al, 2001, p. 80).

Para la Corte el consentimiento tácito, en su versión débil entra a operar cuando no hay voluntad expresa de donar de la persona, y al fallecer ésta: “la ley atribuye, en algunos casos, la potestad de autorizar u oponerse a la ablación de órganos del cadáver a los familiares del difunto, o en otros casos, la legislación le otorga la potestad de disposición del cadáver al Estado para la extracción de órganos”. La Corporación reconoce que el *consentimiento informado* se configura en uno de los principios básicos que estructuran la bioética, y que está fundado en la *autonomía de la voluntad* como el eje central de la intervención médica.

En bioética hay unos esbozos que han gozado durante estos últimos tres lustros de particular aceptación. Se trata de los llamados tres “principios” bioéticos: Autonomía, Beneficencia y Justicia. Puestos a punto por el Informe Belmont el año 1978 (...) los citados tres principios, más un cuarto denominado No-maleficencia (...) principios u obligaciones *prima facie* (Gracia, 1991, p. 138).

El principio de Autonomía se expresa como la capacidad de acción, con conocimiento de causa y sin constreñimientos. Considera la Corte que un aspecto problemático de la donación de órganos de una persona en vida o post-mortem, se presenta cuando la persona en vida no ha manifestado su voluntad de donar sus órganos o componentes anatómicos luego de su fallecimiento.

La Corporación enuncia tres posturas ético-jurídicas que han intentado resolver este dilema: la primera denominada del consentimiento expreso hecho por la persona en vida, debiendo ser accionada por ella misma: “sin posibilidad de sustitución de su voluntad”. La segunda llamada del interfecto como bien público, considerado por lo tanto como propiedad del Estado, y

con el estatus de función social, postura discutida que rechaza la apropiación del cadáver como nacionalización de la corporalidad de las personas, como expresión de la omnisciencia y hegemonía del Estado de derecho: “dura crítica al Estado, en cabeza de los políticos, en cuanto considera que el Estado asume la propiedad sobre el cuerpo humano, legitimándose para expropiar y apoderarse de los cadáveres, procediendo a una “nacionalización masiva del cuerpo de los individuos” (García Arango, 2011). Y como doctrina intermedia ilustra la Corte, está *la presunción legal de donación* postura que para autores como Rabinovich-Berman es sin duda paradójica ya que esta presunción lleva a que: “Lejos de fomentar las campañas, el consentimiento presunto terminará con ellas” (...) el trasplante acabaría perdiendo así cuanto ahora tiene de magnífico, de noble, de humano, para pasar a ser una mera estadística tecnócrata, materialista y hasta truculenta”. (Rabinovich-Berkman, 2007)

De igual manera acerca de esta postura, del consentimiento presunto, están quienes consideran que debe eliminarse porque obedece a la necesidad de recolección de órganos adecuados para trasplante favoreciendo con ello la vida digna y la salud de quien padece su quebranto, salvaguardando los fines de protección social del Estado de derecho:

Una última forma de solucionar el problema del consentimiento para la donación de órganos de cadáveres consiste en prescindir por completo del mismo (...) que “sujeto únicamente a la exención por objeciones religiosas..., facultaría al Estado para recaudar todos los órganos de cadáveres adecuados para el trasplante, sin considerar los deseos contrarios expresados por el fallecido en vida o por los familiares que sobreviven después de su muerte” (Santiago-Delpín et al, 2001, p. 88).

Frente a esta disyuntiva que plantea la doctrina acerca del consentimiento frente a la donación de órganos, el Alto Tribunal, analiza diversas legislaciones como las de Colombia, Brasil, España, Francia y especialmente Argentina, que dan respuesta desde la aceptación tácita, en los casos en que no existe una declaración expresa de la persona para donar sus órganos. Enfatiza la Corte el régimen argentino que cuenta con la figura del “consentimiento presunto (...) la persona donante puede disponer de su cuerpo después de su muerte, reafirmando (...) el principio de autonomía de la voluntad (...) Se propone que toda persona es donante de órganos y que quien no desee donar órganos debe

manifestarse expresamente”. Así mismo advierte la Corporación que en la legislación Argentina, se evidencia un *dilema ético* traducido en la proporcionalidad y ponderación de principios entre el de beneficencia y justicia frente al de autonomía de la voluntad. Resalta la Corte que en Argentina se “impone una obligación al Poder Ejecutivo de realizar en forma permanente una adecuada campaña educativa e informativa a través de los medios de difusión masiva, tendiente a crear la conciencia solidaria de la población en esta materia”.

Por lo anterior deduce el Alto Tribunal que la problemática de la donación de órganos se complejiza cuando se trata de la realidad post-mortem como quiera, que se debe respetar la manifestación de voluntad de la persona y la posible oposición de los familiares a la ablación de órganos del pariente fallecido. Este respeto ha de ser una garantía a proteger por el Estado Social de Derecho, que entroniza la libertad de cultos y la libertad de conciencia, como derechos humanos fundamentales.

La tercera argumentación del Fallo de la Corte, se centra en el derecho de los familiares de una persona fallecida a disponer del cadáver de esta última y su fundamento constitucional en el derecho de libertad de conciencia, de religión y de cultos. Con la donación de órganos se presenta *una resignificación del cuerpo*, con hondas repercusiones culturales y jurídicas, se desensibiliza, des-subjetiviza, muta en objeto múltiple integrado, y de forma paradigmática en *objeto disponible*, como reemplazo, de ahí su intercambiabilidad:

Con los trasplantes de órganos “el cuerpo se convierte en un objeto disponible [...] inventando una forma inédita de canibalismo”. Cada individuo, ya sea donante o receptor, se convierte en “una prótesis potencial”; desde esta perspectiva, el cuerpo” ya no es más el rostro de identidad humana sino una colección de órganos, una posesión, una especie de vehículo al que el hombre utiliza y cuyas piezas son intercambiables con otras de la misma naturaleza, dada la biocompatibilidad entre tejidos (Sodi, 2003, p. 34).

Para la Alta Corporación, este derecho a la *disposición del cadáver*, está fundamentado en derechos esenciales como la libertad de conciencia, de religión y de cultos, como así lo ha expresado en sentencias como la T-162 de 1994 y la T 462 de 1998. Una de las complejas realidades jurídicas, sociales y culturales acerca del derecho a decidir sobre el cadáver tiene que ver con cuestiones como: la certeza de que la persona si falleció, como en cabeza de

quién radica el derecho, a quién le asiste este derecho y si se puede equipar a un derecho patrimonial: “La donación cadavérica presenta preocupaciones y cuidados diferentes a los de los vivos; el mayor entre éstos es la asegurabilidad de que la muerte ha ocurrido. Además, la definición de quién es el “dueño” del cadáver” (Santiago-Delpín et al, 2001, p. 143). Parte también de la problemática de este conflicto, reside en si el cadáver puede adquirir la condición de bien público, con función social y como propiedad del Estado.

La Corte ha negado, cualquier derecho de propiedad sobre el cadáver, por parte de herederos, familiares y el mismo Estado. El amparo sobre *el cuerpo*, de acuerdo con la Corporación, tiene su origen “en el respeto a la cláusula general de libertad, y los derechos a la libertad de conciencia, de religión y de culto que cabe reconocerle y protegerle a los familiares de una persona fallecida, y que están asociados a la posibilidad de disponer y rendirle culto a los muertos en el cuerpo de la persona querida ya sin vida”. Por lo anterior, el Alto Tribunal justifica la existencia de la tutela que tienen las personas sobre los despojos mortales de un familiar, que incluso les permite negar la disposición sobre los órganos de éste para la donación. La razón jurisprudencial *no* está fundada ni en el derecho a la propiedad ni en la posesión jurídica, sino en normas de orden público. Dichas normas protegen la moral personal y social, más allá de *los imaginarios culturales* que puedan existir sobre la donación de órganos, como una falsa creencia de que la doctrina católica rechaza la donación de órganos “Es falso que la Iglesia esté en contra de este tipo de prácticas, ya que diversas religiones señalan que es una decisión muy personal y la mayoría de ellas da prioridad al restablecimiento de la salud para la conservación de la vida” (Ayala Salazar, 2003, p. 186); esta protección conlleva y exigen una actitud de respeto y recogimiento, pero sin desconocer aspectos de la salud pública.

Así las cosas, la Corte establece que la ley reconoce a los familiares del fallecido, el derecho a oponerse a la ablación de órganos del cuerpo. Una vez entrabada esta discusión, es inevitable ubicar y contextualizar la reflexión acerca del cuerpo como nicho simbólico “el cuerpo es una construcción simbólica, no una realidad en sí misma”, una construcción sociocultural que en las culturas occidentales se ha tomado de la biomedicina” (Sodi, 2003, p. 31), y también como construcción cultural, histórica e ideológica: “Para Barthes el cuerpo humano “no es un objeto eterno, inscrito desde siempre en la naturaleza, es un cuerpo que ha sido verdaderamente sujetado

y modelado por la historia, las sociedades, los regímenes, las ideologías...” (Sodi, 2003, p. 56), Y cabe señalar que con los avances biotecnológicos, el cuerpo está de manera fuerte afectado, rediseñado, aún más cuando la calidad y la expectativa de vida está aumentando y mejorando.

Para el Alto Tribunal, es constitucional el reconocimiento del vínculo entre la familia y el cuerpo del familiar fallecido *en tanto símbolo*. El cuerpo como cadáver, como ya se afirmó esta imbuido en todas las reflexiones, imaginarios y construcciones que como cultura e individuos entretejen, el cuerpo es símbolo y representación, bien como expresión de vida y bien como expresión de muerte:

Lo que la gente sabe de su cuerpo es lo que le han enseñado en la escuela, lo que ha visto o leído, lo que ha compartido con otros, lo que los medios de comunicación le transmiten. En el saber popular el cuerpo no está dissociado del hombre, como ocurre en la biomedicina, “en las tradiciones el cuerpo está unido al mundo” (Sodi, 2003, p. 32).

Por lo que es en el escenario simbólico, donde este vínculo se ubica en el orden cultural, afectivo, social. El cadáver tiene una carga significativa, es entendido y “concebido como objeto simbólico depositario de valores morales y religiosos” de alguna manera equiparable a la carga emotiva del goce de la propiedad.

Por el peso simbólico del cuerpo del familiar fallecido, la Corte consagra el respeto por el culto, creencias y rituales que sobre el mismo tienen los familiares coparticipes de las prácticas de las diversas religiones y cultos (*C.P. art. 19*). Todo Estado Social de Derecho, ha de proteger este derecho de rango fundamental, que ampara la oposición de la familia, a la extracción de los órganos del cuerpo sin vida. Aunado también al respeto por la religión y el culto; está igualmente tutelado la libertad de conciencia, consagrado en el art. 18 de la CN. Expresión de esta guarda constitucional se hace “efectiva también a través de la custodia, conservación y culto a los muertos en el cuerpo del fallecido”. Por lo anterior para el Alto Tribunal, la oposición de la familia a la ablación de los órganos de su ser querido, tiene sustento no sólo legal sino constitucional: “pues es la misma legislación –Ley 73 de 1988 y decreto reglamentario 2394 de 2004– la que reconoce el derecho de los familiares a oponerse a la ablación de órganos”.

El cuarto acápite de las consideraciones de la Corte se centró, en el ejercicio de razonabilidad y argumentación de la proporcionalidad y ponderación de

los derechos de libertad y el principio de solidaridad social, la primacía de la libertad y el Estado liberal y democrático de derecho. La Corte asegura al principio de proporcionalidad toda la fuerza de razonabilidad exigida, como quiera que debe en aras de la *dimensión del peso o de la importancia*, sopesar un principio frente a otro principio, y debe prever la decisión más adecuada o correcta a los fines de un Estado Social de Derecho:

...declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción (...) bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro (...) las colisiones de principios- como quiera que sólo pueden entrar en colisión principios válidos- tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión el peso” (Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2008, p. 71).

El ejercicio de ponderación, lo hace el Alto Tribunal entre “la cláusula general de libertad, el principio de libertad, el de conciencia, de religión y de cultos” como principios de rango constitucional reconocidos y tutelados, como parte de las garantías constitucionales. Por otro lado la Corte debe entrar a *conciliar* el derecho de los ciudadanos que en vida, han tomado la decisión de donar sus órganos, una vez ocurra su muerte, se trata del respeto y la protección a: “decidir sobre el destino de su propio cuerpo después de su muerte, otorgándole primacía y prevalencia a la voluntad manifestada en vida por la persona, bien sea que consienta o que se oponga a la ablación de órganos post-mortem”.

Parte también de la ponderación de principios a los que se enfrenta la argumentación de la Corte en este caso concreto, tiene que ver con la situación en la cual la persona no ha hecho manifestación expresa de su deseo o rechazo de donación de sus órganos. En esta circunstancia acota el Alto Tribunal, que se ha reglamentado el derecho de sus allegados a rechazar la ablación de órganos del cadáver del familiar fallecido, pero teniendo en cuenta condicionamientos expresos para esta negativa. Así mismo, sobre la base “del principio de solidaridad social-art. 1 CN-la ley colombiana ha establecido que en caso de no existir ni la voluntad de la persona en vida, ni la de los familiares luego de la muerte, el Estado asume que existe un consentimiento presunto, operando entonces la presunción legal de donación, que autoriza al Estado a extraer los órganos y componentes anatómicos del cuerpo de una persona fallecida”. Por lo anterior la ponderación de principios que hace la Corte, se hace entre la cláusula general de libertad

(de conciencia, cultos, religión) con los principios de solidaridad e interés social, como fin de un Estado Social de Derecho. Para la Corte un Estado pluralista y democrático² debe atender, en el tema de la donación de órganos, todas las concepciones filosóficas, religiosas y culturales que conllevan a la expresa voluntad de donación de los órganos o al rechazo del mismo. La Corporación afirma que se ajusta a la Constitución Política: “esta conciliación de principios de derechos individuales y fines sociales, que intenta realizar el legislador colombiano en el tema del trasplante de órganos y la donación de órganos, específicamente respecto de la figura de la presunción legal de donación, encontrando que cumple con fines constitucionales legítimos, figura que no se encuentra en discusión”.

Para el Alto Tribunal, es fundamental la prevalencia de la libertad personal, en relación con los fines sociales dentro de un Estado liberal y democrático de Derecho. Esta prevalencia tiene sustento en el principio de *dignidad humana*, que según la jurisprudencia tiene tres sentidos como principio fundante constitucional autónomo, valor, se precisa como concepto trascendental.

En este sentido no importará para efectos de la validez-existencia de la norma jurídica implícita en el enunciado normativo “dignidad humana”, que la misma se exprese como derecho fundamental, como principio constitucional o como valor; y en el mismo sentido, que aparezca como expresión de la autonomía individual, como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o como expresión de la intangibilidad de ciertos bienes” Sentencia T-881 de 2002.

Por lo tanto lo que está de fondo, en el ejercicio de ponderación de principios es el estatus de la persona humana digna, libre y más allá de todo reproche en donde pueda ser instrumentalizada. No habría justificación alguna, ni siquiera en aras de intereses colectivos, o en razón de atender sentimientos altruistas: “si ello desconoce sus derechos fundamentales de libertad de conciencia, de religión y de cultos, y el libre desarrollo de su personalidad”.

Como cierre de las consideraciones de la Corte, esta concluye que en la problemática de la donación de órganos y la presunción legal de donación se “cumple con un fin constitucional legítimo” y existe armonización entre

² El Estado colombiano se autodefine de manera expresa como un Estado pluralista, carácter este que tiene rango y consagración en los artículos 1, 7, 10, 13, 16, 18 y 19 de la Constitución Política.

el principio de libertad y solidaridad social. Advierte, la Corporación que la presunción de donación no puede cercenar el derecho de los familiares a negarse a la ablación de órganos y componentes anatómicos del cadáver de su ser querido. Negación que se pueda dar por el rango constitucional de la libertad individual y los derechos de libertad de conciencia, de religión y de cultos de los familiares. “El Estado debe asumir frente al tema de la donación de órganos una posición neutra e imparcial respetando las diferentes ideologías o concepciones sobre el bien y lo bueno de los ciudadanos”.

En el examen de constitucionalidad del caso concreto, la Corte encuentra que la expresión demandada “*o antes de la iniciación de una autopsia médico legal*” da lugar a diferentes interpretaciones, dependiendo del significado que se otorgue a esta condición y de la función lógica-semántica que se le asigne al conector “o” y a los diferentes escenarios que se presentan en relación con la ocurrencia de la muerte y la práctica de la autopsia o necropsia. Para que se configure la presunción legal de donación se requieren dos condiciones señaladas en los artículos 2 de la Ley 73 de 1988 y 19 del decreto 2493 de 2004, cuando un ciudadano “durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido”. La primera condición opera al término de las seis horas a partir de la declaratoria de muerte cerebral y la segunda, cuando se da inicio a la autopsia médico-legal o necropsia. La legislación colombiana ha determinado el momento de la iniciación de la autopsia médico legal-necropsia, como el momento en el cual el médico autorizado para llevarla a cabo, realiza con tal fin la observación del cadáver.

De ahí que la expresión acusada, *o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal* puede dar lugar a que la presunción legal de donación ocurra en cualquier momento después de declarada la muerte cerebral de una persona, como quiera que la ley no es clara en fijar un término para que la autopsia o necropsia tenga lugar, y por tanto, podría efectuarse también antes del vencimiento del término de las seis horas otorgado por la ley para que los familiares se opongan a la ablación. Esta interpretación resulta inconstitucional para la Corte, porque se estaría vulnerando la cláusula general de libertad, el derecho a la libertad de conciencia, de religión y de

cultos, que les otorga a las personas para que puedan oponerse a la ablación de órganos del cadáver de un familiar fallecido.

La Corte condiciona la exequibilidad de la expresión demanda, en varios sentidos: en primer lugar deberá respetarse el término de seis (6) horas después de declarada la muerte cerebral o encefálica, señalado por la ley para que opere la presunción legal de donación. Este condicionamiento implica que en ningún caso, la presunción legal de donación es manifiesta antes del vencimiento del plazo legal de seis (6) horas después de la declaratoria de muerte cerebral. En consecuencia, en la parte resolutive de esta sentencia la Corte reafirma el término que tienen los familiares para oponerse a la ablación de órganos de mínimo de seis (6) horas. En segundo lugar, la exequibilidad de la norma demandada se condiciona, en aquellos casos en que la autopsia o necropsia haya sido previamente ordenada por el médico responsable, y tenga lugar después de transcurrido el plazo legal de seis horas, *se entenderá ampliado el plazo* para que los familiares puedan oponerse a la donación de órganos hasta el momento de la iniciación de la autopsia o necropsia. La Corporación advierte que el médico responsable debe determinar la necesidad de la realización de la autopsia o necropsia y ordenarla dentro de las seis (6) horas después de la muerte cerebral o encefálica del paciente, previstas por la ley, lapso de tiempo dentro del cual los familiares podrán oponerse a la ablación de órganos, y sólo en el evento en que la autopsia o necropsia se encuentre ordenada y una vez vencido el término legal para ejercer oposición, el plazo de los familiares para oponerse a la ablación de órganos se extenderá hasta el inicio de la necropsia. Para la Corte, no puede ocurrir que la determinación de la realización de la autopsia o necropsia, se defina una vez expirado el término legal de seis (6) horas, por cuanto esto podría dar lugar a abusos respecto de la determinación de la misma en relación con la extracción de órganos. Se entenderá ampliado el plazo para que los familiares puedan oponerse a la donación de órganos hasta el momento del inicio de la autopsia o necropsia. Por lo tanto, en la parte resolutive de esta sentencia, consagra la Corte que luego de establecer el término mínimo de seis horas, se determinará que sólo cuando la necropsia haya sido previamente ordenada por el médico responsable, el plazo para la oposición por parte de los familiares se extenderá hasta antes de su iniciación. En tercer lugar, esta Sala condicionará la exequibilidad de la norma sub examine atendiendo a la necesidad de garantizar un

consentimiento informado y el derecho a la información de los familiares del fallecido. En consecuencia, en la parte resolutive de esta sentencia se condicionará la exequibilidad de la norma demandada en el sentido de que el médico responsable deberá informar oportunamente a los deudos presentes sus derechos en virtud del artículo 2º de la Ley 73 de 1988. Para ello, esta Corte considera que existe una obligación por parte del Estado colombiano de realizar este tipo de campañas de información y divulgación, las cuales deben tener un carácter estrictamente informativo, sin tintes de publicidad en favor o en contra de la donación de órganos. Por ello, esta Corte considera una obligación el que se realicen campañas masivas de información y divulgación, a cargo del Estado, sobre el contenido de la ley que nos ocupa.

La decisión de la Corte es Declarar *Exequible* la expresión “o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal” contenida en el artículo 2º de la Ley 73 de 1988, en el entendido de que para asegurar, en ausencia de declaración de voluntad de la persona fallecida, el ejercicio efectivo del derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos con fines de donación y trasplante: a) el término para oponerse será mínimo de seis (6) horas y sólo cuando la necropsia haya sido previamente ordenada, se extenderá hasta antes de su iniciación; y b) el médico responsable debe informar oportunamente a los deudos presentes sus derechos en virtud del artículo 2º de la Ley 73 de 1988, sin perjuicio de la obligación del Estado colombiano de realizar campañas masivas de información y divulgación sobre el contenido de la ley.

Es necesario señalar que esta decisión que amparó la decisión de la familia, respetando las creencias culturales, religiosas, las tradiciones su identidad en últimas, con respecto a la muerte y el cadáver de su familiar, es necesario advertir que dentro del contexto del Estado social de Derecho, que salvaguarda de manera fuerte los derechos fundamentales o Principiológico “es plausible afirmar que la doctrina constitucional vive, en la actualidad, la euforia de lo que se convino en llamar Estado Principiológico” (Ávila, 2011, p. 25) entra en colisión, con el derecho a la salud del que espera en términos dramáticos, un órgano vital de un fallecido para continuar existiendo. La situación empieza a generar crisis en la donación de órganos como práctica solidaria, ubicando al país en un rezago en relación con otros países de la región y de Europa aún más:

Un bajo nivel de donantes de órganos humano indica que apenas ocho por cada millón de personas, en el país, participan en esta buena práctica (...) La idea es

elevar las donaciones en Colombia un 20 por ciento en la próxima década, para lo cual hay dos frentes de trabajo. El primero es sensibilizar a la gente para que acepte y promueva la donación, informándola y derribando mitos. El segundo, aún más prioritario, es formar al personal de la salud. (Redacción Salud, 2014).

4. AMPLIACIÓN DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN

Con la Ley número 1805 del 4 de agosto de 2016 se modifican la ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004, se amplía la presunción legal de donación de componentes anatómicos destinados a trasplantes y demás usos terapéuticos; esta Ley tiene por objeto, señalado en su art. 1, *ampliar la presunción legal de donación*. En el art. 2 se modifica el artículo 1 de la ley 73 de 1988, y el párrafo del artículo 540 de la ley 9 de 1979 estableciendo que sólo podrá procederse al uso de órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos, en dos situaciones bien por existir *consentimiento libre del donante*, previo, informado o por *presunción legal de donación*, advierte que *no podrán ser donados* órganos o tejidos de niños no nacidos, abortados. Consagra esta Ley, en su art. 3 la modificación al art. 2 de la ley 73 de 1988 que se presume que es donante “cuando una persona durante su vida se ha abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento” y el avance en la presunción de donación tiene que ver con la voluntad de donar manifestada en vida por una persona, que sólo puede ser invalidada por esta misma, no podrá ser desautorizada por sus familiares. Insiste la Ley que la donación *no genera* ningún tipo de vínculo. Establece la norma en este artículo un párrafo transitorio que señala que esta disposición entra a regir dentro de 6 meses luego de la promulgación de la Ley 1805 de 2016.

El *no decir, no manifestar* la oposición a la donación significa entonces que el ciudadano legitima la donación de sus órganos, al momento de fallecer, la presunción tiene así carga negativa *el no decir es decir, es afirmar, consentir* en perspectiva de un bien mayor. Para oponerse a la donación la persona debe pronunciarse *de forma expresa que no* desea ser donante para ello debe hacerlo, según el art. 4, mediante “documento escrito que se eleve ante Notario Público y se radique ante el Instituto Nacional de Salud (INS) entidad a cargo de la administración del Registro Nacional de Donan-

tes. También podrá oponerse al momento de la afiliación a la EPS”. La condición de donante se prueba mediante el Registro Nacional de Donante, no de ninguna otra manera, el cual ha de ser consultado en caso de duda o inconsistencia, Parágrafo del art. 4 de Ley 1805 de 2016.

Mediante los arts. 5 y 6, se implementa la importancia de iniciar campañas de sensibilización e información acerca de la presunción legal de donación, sus implicaciones, derechos, oposición. El Ministerio de salud y las entidades territoriales de salud, en coordinación con la Red Nacional de Donación y Trasplantes han de presentar informe de estas actividades de promoción de donación a la ciudadanía, a las comisiones Séptimas de Senado y Cámara, para efectos de evaluar su eficacia.

Establece la Ley que el Instituto Nacional de Salud (INS) es la máxima autoridad administrativa de la Red de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos, es el único ente autorizado para efectos de distribuir y asignar órganos y tejidos, de acuerdo con una “escala de severidad de la enfermedad del paciente y la compatibilidad” señalado en el art. 7, además en el mismo instituye que el Estado ha de garantizar la cadena de custodia de los órganos y tejidos, y la Lista de personas en Espera de Donación (LED), señala que para cada componente anatómico debe elaborarse una Lista de Personas en Espera de Donación (LED) vigilada por el Instituto Nacional de Salud. En relación con la extracción de órganos la Ley 1805 establece que las IPS, contando con recursos humanos y técnicos, y según auditoria, criterios y competencias del INS, han de detectar en tiempo real al posible donante, elaborar el diagnóstico de muerte encefálica y conservar al donante hasta el momento del procedimiento de rescate; esta reglamentación tiene un tiempo de 6 meses siguientes a la aprobación de la norma (art. 8). En caso de que al donante se le deba practicar autopsia médico-legal se seguirán los trámites que establezcan el Ministerio de Justicia y de Salud, que regirán dentro de 6 meses siguientes a la promulgación de la Ley 1805 (arts. 9). Por regla general se prohíbe el trasplante de órganos a extranjeros no residentes en Colombia, en cuanto a tejidos podrán ser trasplantados extranjeros no residentes, cuando los tejidos existentes son suficientes para “cubrir la demanda interna”, de todos modos hay prelación de trasplantes para nacionales y extranjeros residentes. En el caso de que el donante sea vivo, y se trate el caso en que el receptor de órganos o tejidos, sea el cónyuge ha de probar convivencia superior a 2 años o haber reconocido la sociedad de hecho. Para el paciente

con una enfermedad que afecte un órgano o tejido, que sea posible trasplantar y que desee ingresar a la lista de espera de donación de órganos y/o tejidos, se requiere una evaluación por una IPS habilitada con este procedimiento, incluido en el POS quien determina si es o no apto para ingresar a la Lista de Personas en Espera de Donación (LED), esta evaluación se realizará 3 meses posteriores al diagnóstico, luego de este tiempo será incorporada de manera inmediata (arts. 10 y 11).

La forma de obtener tejidos y médula ósea se realizará sólo a través de los Bancos de tejidos o de médula ósea *sin ánimo de lucro*, autorizados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA o por instituciones habilitadas para este fin, prohíbe la Ley la salida de órganos, tejidos o médula fuera del país. Crea la Ley, dentro de los 12 meses siguientes a su promulgación la Comisión Intersectorial de Calidad, que será la encargada de actualizar la reglamentación de la donación de órganos y tejidos, precisando los conceptos de donante potencial para órganos, donante potencial para tejidos, donante vivo, donante fallecido, donante efectivo, implante o injerto, órgano o tejido, componente anatómico, además esta Comisión estará atenta a los resultados y calidad de la atención de las IPS en esta materia, estará integrada por un representante de la Red de Donación y Trasplantes de órganos y Tejidos, uno del sector de seguros, uno de la academia, uno de las IPS habilitadas para trasplantes y los que el gobierno considere adicionales (arts. 12 y 13). Define en el art. 14 la Ley 1805, el orden de prelación en el caso en que dos personas en lista de espera, estén en las mismas condiciones para ser trasplantadas, el criterio de elección será la persona que hizo expresa su voluntad de donación de sus órganos y tejidos, y se halle en el registro. De acuerdo con el art. 15, los menores de edad podrán ser donantes, bajo la condición que dentro de las 8 horas siguientes a la muerte cerebral o antes de iniciar la autopsia médico-legal, los padres o representantes legales consientan de manera informada acerca de la donación, el médico responsable será el encargado de advertir los derechos y beneficios de esta.

El Instituto Nacional de salud (INS) será el encargado de actualizar, y de dar acceso al Registro Nacional de Personas en Espera de Donación, con el propósito de ser consultado, pues es obligatorio por las instituciones médicas esta verificación, con el fin de comprobar la calidad de donante de la persona. Este registro estará amparado por el Hábeas Data, a menos

que la ley disponga en contrario, será alimentado por las EPS, pues están obligadas a enviar información de los donantes (art.16).

La Ley 1805 en su art. 17 dispone de una pena de 3 a 6 años de prisión por el delito de tráfico, compra, venta y comercialización de componentes anatómicos, modificando con ello el art. 2 de la Ley 919/2004. Esta misma sanción tendrá quien sustraiga un componente anatómico de un fallecido o de una persona viva sin su autorización, así como el que haga las veces de intermediario en la compra, venta o comercialización. Esta reprochada penalmente la publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido, disponibilidad, u ofrecimiento de pago de dinero o de alguna recompensa. La pena se aumenta de la mitad al doble, para quien comercialice componentes anatómicos en el exterior. El art. 18 establece la sanción de clausura total y definitiva a los Bancos de Componentes Anatómicos y Centros de trasplantes, que contravengan la ley 73 de 1988, y la Ley 1805/16. Consagra en el art. 19 que cualquier dispositivo médico que ingrese al país y que se asimile a un órgano, tejido o componente, estará regido bajo la normatividad vigente de órganos, tejidos o componentes. Exige el art. 20 que antes de la utilización de órganos, componentes anatómicos o líquidos orgánicos, se han de practicar pruebas para detectar enfermedades infecciosas y otros análisis, que serán objeto de posterior regulación. Y finalmente el art. 21, instituye que el Ministerio de Salud será el encargado del Sistema de Información Unificado de Componentes Anatómicos, que centralizara el consentimiento positivo o negativo acerca de la donación de órganos por parte de los ciudadanos.

5. DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS RETO A LA DOCENCIA

La Academia tiene el reto ético de promover valores y principios fundantes del Estado social de Derecho, como el de la solidaridad que conlleva, si bien es cierto dentro de las paradojas del consumo y el mercado, un renovado sentido del altruismo. La cultura de la donación de órganos requiere para su implementación del apoyo decidido de las comunidades de aprendizaje que como lugar privilegiado, luego de la familia, pueden configurar escenarios de reflexión y crítica para ubicarse en otras lógicas del pensar la corporalidad, los dilemas de la muerte y el sentido fuerte de humanidad.

El trabajo pedagógico se ha de desarrollar en todos los niveles educativos: primaria, básica y secundaria, hasta los niveles de profesionalización,

en torno a la donación de órganos y tejidos como un acto de ciudadanía solidaria, en beneficio de otros que necesitan mejorar su salud y calidad de vida. Un fuerte trabajo en todos los grados contribuye a la consolidación de la cultura de la donación de órganos y tejidos, además de apoyar campañas como *#DéjaloConversado*, *Yo también soy donante*, entre otras, no sólo como responsabilidad estatal, sino como opción ciudadana. En la medida que se va construyendo la cultura de la donación, van cediendo imaginarios culturales si bien respetables y objeto de salvaguardas, no se configuran en objeto de la esfera de amparo y acción de la solidaridad, el altruismo y la generosidad humanas.

CONCLUSIONES

La Donación y el trasplante de órganos en Colombia, se inscriben dentro de la reflexión polémica de la interdisciplina de la bioética, se configura en una temática compleja y problemática, enmarcada dentro de un Estado social de derecho, que privilegia principios y garantías como la dignidad humana, la libertad y la solidaridad social.

La donación de órganos humanos, está inserta dentro de las creencias e imaginarios que toda sociedad comparte, que han sido construidos como cultura, como tejido social, fuertemente arraigados como quiere que tienen que ver con aspectos humanos trascendentales como la muerte, la vida, el cuerpo, el más allá.

Dentro del Estado Social de Derecho, coexisten principios que por un lado, coadyuvan en el logro de los fines sociales, y por otro protegen y reconocen garantías y principios individuales. La donación de órganos y el trasplante son escenarios que requieren miradas e interpretaciones que no se resuelven de manera lineal y única, exigen comprensiones multidisciplinarias, porque colisionan principios de igual rango como la solidaridad social y la libertad de credo, que obligan a la ponderación de los mismos.

La reglamentación de la donación de órganos en Colombia, es fragmentada y dispersa desde el año 1979 hasta los esfuerzos de la ley 1805 del 4 de agosto de 2016, pero no refleja la incorporación de una cultura de la donación de órganos, y del principio de solidaridad propio de un Estado social de derecho. Existe expectativa por las acciones e intervenciones del Consejo Nacional de Bioética, (CNB), frente a los avances y retos de la biotecnología.

La presunción de donación de órganos, se configura en el punto sensible de la discusión, pero se ha de promover principios superiores como la solidaridad, la altruismo que permiten que se construya desde la ciudadanía responsable el proyecto de un Estado social de derecho.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2008). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Ayala Salazar. (2003). *Mitos y realidades en torno a la donación y trasplante de órganos, tejidos y células*. México: Trillas.
- Becchi, P. (2011). *Muerte cerebral y transplante de órganos: un problema de ética jurídica*. Madrid: Trotta.
- Becker, G. (01 de 01 de 2006). <http://www.becker-posner-blog.com/2006/01/index.html>. Recuperado el 1 de Agosto de 2012, de <http://www.becker-posner-blog.com/2006/01/index.html>: <http://translate.google.com.co/translate?hl=es-419&sl=en&u=http://www.becker-posner-blog.com/2006/01/should-the-purchase-and-sale-of-organs-for-transplant-surgery-be-permitted-becker.html&prev=/search%3Fq%3Dshould%2Bthe%2Bpurchase%2Band%2Bsale%2Bof%2Borgans>
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Castillejo Cuéllar, A. (2008). “En la coyuntura entre la antropología y el trasplante de órganos humanos: tendencias, conceptos y agendas” en *Antipoda. Revista de Antropología y Arqueología*. no.6 páginas 215-243, Bogotá Enero - Junio 2008. <https://antipoda.uniandes.edu.co/indexar.php?c=Revista+No+06> Recuperado el 14 de Noviembre de 2015 <https://antipoda.uniandes.edu.co/indexar.php?c=Revista+No+06>
- Cobo Martínez, F. (2006). *Banco de Células y tejidos: nuevas perspectivas en trasplante*. Alcalá la Real: Asociación Alcalá.
- Correa, C. (2014). “Límites al derecho de acceso a la información clínica en los casos de estado necesidad terapéutica y anotaciones subjetivas. especial referencia al sistema español”. En *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, documento extraído el 20 de mayo de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/1159/1392>
- García Arango, G. (2011). *Es mi cuerpo y el estado no lo administra”: disposición sobre el propio cuerpo en la donación de órganos en Colombia*. Estudios de derecho (Medellín), 213-253.
- García Arango, G. (2011). “La publicidad sobre órganos y componentes humanos en Latinoamérica” en *Opinión Jurídica*, Vol. 10, N° 19, pp. 85-98 - Enero-Junio de 2011 / 220 p. Medellín, Colombia.
- Gracia, D. (1991). *Introducción a la Bioética*. Bogotá: El Búho.

Lock, M. 1995 “Transcending Mortality: Organ Transplants and the Practice of Contradictions” en, *Medical Anthropology Quarterly* 9(3), pp. 390-399. En Castillejo Cuéllar, A. (2008). “En la coyuntura entre la antropología y el trasplante de órganos humanos: tendencias, conceptos y agendas” en *Antipoda. Revista de Antropología y Arqueología*. no.6 páginas 215-243, Bogotá Enero - Junio 2008.

<https://antipoda.uniandes.edu.co/indexar.php?c=Revista+No+06>

Recuperado el 18 de Noviembre de 2015

<https://antipoda.uniandes.edu.co/indexar.php?c=Revista+No+06>

Lolas Stepke, F. (2000). *Institucionalización de la Bioética. Desafíos de la Bioética en el contexto Latinoamericano. Qué es la Bioética*. Bogotá: 3R Editores.

Machado Curbelo, C. (1999). *Una nueva formulación sobre la muerte. Segundo Congreso de Bioética de América Latina y del Caribe*. . Bogotá: CENALBE.

Maldonado Gómez, O. (2002). *Ética y Bioética*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Cátedra Manuel Ancizar.

Potter, V. (2000). *¿Qué es la Biética? Bioética, la ciencia de la supervivencia*. Bogotá: 3R Editores.

Rabinovich-Berkman, R. (2007). *Transplantes de órganos y tejidos*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.

Redacción Salud. (27 de Mayo de 2014). Preocupante descenso de donación de órganos en Colombia. Obtenido de <http://www.elespectador.com/>: <http://www.elespectador.com/noticias/salud/preocupante-descenso-de-donacion-de-organos-colombia-articulo-494814>

Rodríguez, C. (1997). *La Decisión Judicial*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.

Santiago-Delpín et al. (2001). *Trasplante, ética, humanismo y sociedad*. México, Santa Fe de Bogotá: JGH Editores.

Schulz-Baldes, A.; Biller-Andorno, N. & Morgan Capron, N. (2007). “International perspectives on the ethics and regulation of human cell and tissue transplantation” en el *Bulletin of the World Health Organization* (Diciembre 2007); 85:941–948. doi: 10.2471/BLT.06.038703

Sodi, L. (2003). *La experiencia de donar: estudio antropológico sobre la donación de órganos*. México: Plaza y Valdés. Conaculta Inah.

Unión Europea, E. (2001). *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin*.

Yañez Canal, J. (2002). *La propuesta de Hans Jonas. Selecciones de Bioética N 2*. Instituto de Biética-CENALBE, 59-67.

Zaffaroni, E. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

NORMAS CITADAS

- Ley: adición de la ley 09 de 1979 (Colombia), D. (20 de Diciembre de 1988). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14524>. Recuperado el 20 de julio de 2012, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14524>
- Ley: Código Sanitario (Colombia). (24 de Enero de 1979). Ley N° 09 de 1979. Para la protección del medio ambiente. Recuperado el 20 de julio de 2012, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1177>:
- Ley: Comité Nacional de Bioética (Colombia), L. (8 de Enero de 2010). <http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/LEYES/2010/1374.htm>. Recuperado el 25 de Julio de 2012, de <http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/LEYES/2010/1374.htm>:
- Ley: Prohibición de comercio de órganos (Colombia), L. 919 (22 de Diciembre de 2004). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15507#0>. Recuperado el 20 de julio de 2012, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15507#0>:
- Ley 1805 del 4 de agosto Por medio de la cual se Modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en Materia de donación de Componentes Anatómicos y se dictan otras disposiciones. <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201805%20DEL%2004%20DE%20AGOSTO%20DE%202016.pdf>. Recuperado el 4 de agosto de 2016. <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201805%20DEL%2004%20DE%20AGOSTO%20DE%202016.pdf>.
- Acuerdo 419 Obligatoriedad reporte de muertes, C. (22 de Diciembre de 2009). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=38263#0>. Recuperado el 29 de Julio de 2012, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=38263#0>:
- Acuerdo: Orden DONA BOGOTÁ (Colombia), A. (1 de Abril de 2009). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=35792#0>. Recuperado el 29 de Julio de 2012, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=35792#0>:
- Acuerdo: Coordinar donación y trasplante (Colombia). (1 de abril de 2009). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=35786#0>. Recuperado el 29 de Julio de 2012, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=35786#0>:
- Acuerdo: cultura de la donación (Colombia), A. (7 de Marzo de 2005). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=16014#0>. Recuperado el 29 de Julio de 2012, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=16014#0>:
- Decreto: reglamentación ley 9/79 y 73/98 (Colombia), D. (4 de Agosto de 1988). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14522#90>. Recuperado el 27 de Julio de 2012, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14522#90>:
- Decreto: componentes anatómicos (Colombia), D. (4 de Agosto de 2004). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14525>. Recuperado el 28 de Julio de 2012, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14525>:
- Resolución WHA63.22 (Organización Mundial de la Salud – OMS) (Mayo, 2010). Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos,

aprobados por la 63.^a Asamblea Mundial de la Salud. http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22sp.pdf Recuperado el 15 de Noviembre de 2015, de http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22sp.pdf

Resolución: Regula Decreto 2493/2004 (Colombia), R. (16 de Agosto de 2005). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=17328#0>. Recuperado el 29 de julio de 2012, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=17328#0>.

Resolución: 3199 de agosto 6 de 1998. <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx> Recuperado el 13 de septiembre de 2015. <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>.

Resolución 3199 de agosto 6 de 1998. <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx> Recuperado el 13 de septiembre de 2015. <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>

Resolución número 3200 de agosto 6 1998. <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx> Recuperado el 13 de septiembre de 2015. <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>

Resolución 0214 de de 1 de marzo de 2005. <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx> Recuperado el 13 de septiembre de 2015 <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>

Resolución 2640 de 2005 <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx> Recuperado el 13 de septiembre de 2015 <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>

Resolución 005108 del 29 de diciembre de 2005, <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>. Recuperado el 13 de septiembre de 2015 <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>

Resolución número 1043 del 3 de abril de 2006, <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>. Recuperado el 13 de septiembre de 2015 <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>

Resolución 002279 de 2008 (Junio 24), <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>. Recuperado el 13 de septiembre de 2015 <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>

Resolución Número 03272 de 4 de agosto 2011, <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>. Recuperado el 13 de septiembre de 2015 <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>

Resolución 1441 del 6 de mayo de 2013, <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>. Recuperado el 13 de septiembre de 2015 <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>

Resolución número 00002003 de mayo de 2014, <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>. Recuperado el 13 de septiembre de 2015 <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>

Resolución número 3678 de 2014, <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>. Recuperado el 13 de septiembre de 2015 <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/marco-Legal-documentos-tecnicos-y-estadisticas.aspx>

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-529/10. Junio 23 de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Bogotá D.C.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C 32 de 2008. 23 de enero de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T 881 de Octubre 17 de 2002, Bogotá D.C., Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 1088 de 12 de diciembre de 2012, Bogotá D.C., Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza

Consejo de Estado. Providencia del 8 de abril de 2010, Bogotá D.C., Consejero Ponente Rafael E. Ostau De la Font Pianeta.

BIOÉTICA Y TRANSHUMANIDAD:
HACIA UNA APROXIMACIÓN AL CONSUMO
DE SUSTANCIAS NOOTRÓPICAS EN EL CAMPO ACADÉMICO*

MISAEAL TIRADO ACERO**
JUAN CAMILO BEDOYA CHAVARRIAGA***
RUTH CAROLINA BLANCO ALVARADO****

Sumario: Introducción, 1. Transhumanidad y poshumanidad: El mito prometeico, 2. Derecho a la educación e incentivos, 3. Implicaciones jurídicas y bioéticas del uso de nootropicos frente a las políticas de acceso a la educación, conclusiones, referencias.

* El capítulo del libro es producción académica del “Grupo Políticas Públicas - GIPP” Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: misaeltirado@gmail.com; misael.tirado@unimilitar.edu.co y del Proyecto de Investigación: “La contratación estatal en la Comunidad Andina”, en el marco del Grupo de Investigación: “Derecho Público”, realizado con el apoyo estructural y financiero de la Universidad Santo Tomás, Sede Bogotá Correo electrónico: carolinablancaalvarado@hotmail.com

** Sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia, con posgrados en Economía y Evaluación Social de Proyectos de la Universidad de los Andes. Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Posdoctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina Par académico e institucional del Ministerio de Educación Nacional, par evaluador de Colciencias. Par CNA, Consultor de Naciones Unidas y de la Presidencia de la República. Docente-investigador Grupo “Políticas Públicas”. “Grupo Políticas Públicas - GIPP” Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: misaeltirado@gmail.com; misael.tirado@unimilitar.edu.co

*** Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Miembro de los grupos de Investigación “Sustancias Psicoactivas”, “Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege” y del semillero: “análisis económico del derecho” de la Universidad Nacional de Colombia, así como del semillero en “maternidad subrogada” de la misma.

**** Doctora en Derecho - Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá, Colombia). Docente Investigadora de la Universidad Santo Tomás - Bogotá. Correo Electrónico: carolinablancaalvarado@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Eritis sicut Deus, scientes bonum et malum

El mito de prometeo, a partir del cual se construyen las nociones de trans y post humanismo, no es –en el fondo– más que una manifestación del deseo humano por hacer y poseer aquello que conforma la esencia de la divinidad, esto es, trascender los límites que encierra la corporalidad del hombre, tanto a nivel físico, como mental y espiritual. En este sentido el ser humano persigue la inmortalidad mediante el mejoramiento de la expectativa de vida y persigue un mayor conocimiento mediante la estimulación de los sentidos, el uso de tecnologías para la recolección y memorización de información; así como el uso de sustancias –nootrópicas– para incrementar la concentración o la productividad de los individuos.

No obstante, el uso de dichas sustancias no ha estado dado únicamente en este sentido, sino bajo la idea de que nos ofrecen, mediante el desarrollo de nuestro potencial la posibilidad de liberarnos de la culpa primitiva que nos paraliza, plagando la búsqueda de la felicidad, el placer y la belleza, impulsándonos a buscar las mismas libremente y bajo un propósito (Marsen, 2008). Es decir alcanzar la realización de: “*monumentos más majestuosos, musica más profundamente conmovedora, sexo más exquisitamente erotico, epifanias misticas más [sobrecogedoras]*¹ y un amor más profundamente intenso” (Pearce, 2007 citado por Marsen, 2008)

Es en este contexto de mejoramiento de las capacidades del ser humano, particularmente las sensoriales e intelectuales, que se torna necesario preguntarse por las implicaciones que tiene sobre el derecho a la educación y los incentivos relacionado con el mismo en terminos jurídicos y bioéticos el consumo de sustancias nootrópicas en un marco de transhumanidad.

En principio, se podría argumentar, que el uso de sustancias nootrópicas en el ámbito de lo académico es el equivalente del uso de anabólicos en el deporte, es decir una práctica que otorga una ventaja injusta que debería ser prohibida. Pero de otro lado, podría equipararse el consumo de estos medicamentos no prescritos al de sustancias estupefacientes con fines recreativos y en este sentido, se estaría frente a una actividad que deseable

¹ En el contexto original se utiliza “more awe inspiring”, lo cual puede traducirse igualmente como más imponentes o impresionantes.

o no, debe ser permitida por atañer únicamente al ámbito de las decisiones personales de cada individuo².

Si bien, existen múltiples perspectivas que deben ser consideradas en torno al consumo de nootrópicos, corresponde a esta aproximación pronunciarse sobre los aspectos bioéticos y jurídicos que rodean el consumo de las mismas con la pretensión de incrementar las capacidades “intelectuales” y con la finalidad de obtener un mejor desempeño académico, así como los beneficios implícitos de conseguir mejores exámenes de admisión o notas (Becas, admisión a universidades, etc.).

Con la intención de desarrollar esta discusión el presente capítulo se divide en tres partes; la primera denominada *transhumandiad y poshumanidad: el mito prometeico* aborda la cuestión diferencial entre la transhumanidad y la poshumanidad y cómo, el uso de los nootrópicos con propósitos de mejoramiento de las capacidades cognitivas constituye una manifestación de transhumanidad. El segundo aparte denominado *Derecho a la educación e incentivos*, establece de forma breve los parámetros que regulan el acceso a la misma a nivel nacional, tal y como han sido interpretados desde el ámbito constitucional. A punto seguido, se abordan las implicaciones jurídicas del consumo de nootrópicos en el campo de la educación desde las perspectivas jurídica y bioética, en el aparte denominado *Implicaciones jurídicas y bioéticas del uso de nootrópicos frente a las políticas de acceso a la educación*. Finalmente, serán abordadas las recomendaciones y conclusiones del trabajo investigativo en cuestión.

1. TRANSHUMANIDAD Y POSHUMANIDAD: EL MITO PROMETEICO

“The transhuman condition is not about the transcendence of the human being, but concerns its non-teleological becoming in an immanent process of anthropological deregulation” (Annsell Pearson, 1997).

² Es importante resaltar que en el marco de la Comunidad Andina, proceso de integración en el que pertenece Colombia, existe regulación supranacional sobre la temática en particular (Blanco, 2011).

“We will soon create intelligences greater than our own. When this happens, human history will have reached a kind of singularity, an intellectual transition as impenetrable as the knotted space-time at the center of a black hole, and the world will pass far beyond our understanding. This singularity, I believe, already haunts a number of science-fiction writers” (Vinge, 1983).

Desde siempre el hombre ha estado obsesionado con la divinidad, la inmortalidad del alma y aquello que se oculta más allá de lo terreno; *“desde las antiguas mitologías a la cultura popular moderna, los humanos han creado numerosas imágenes de transformación del cuerpo y la mente en formas que les permitan interrelacionar con el mundo de forma diferente”* (Marsen, 2008). Este ideal de cambio y superación, ha dado lugar en nuestra época al resurgimiento del Mito prometeico; esto es la ilusión del hombre por aproximarse a los dioses, sosteniendo aquello que antaño era considerado vedado para nuestra especie.

Lo anterior, se enmarca en el ideal transhumanista que propugna en el fondo nada más y nada menos que una reconceptualización del hombre de forma diferente a lo que ya se considera que es. Al respecto afirma Marsen (2008):

Esta propensión esconde una paradoja: en tanto aquello de lo cual los humanos han intentado huir tan insistentemente es aquello en lo que de hecho han evolucionado. La imaginación crea ambientes que aparentan ser deseables pero que podrían no ser adecuados para los humanos [...]. Entender esto puede llevar tanto a un intento por cambiar nuestra herencia evolucionaria a un estado literalmente “trans-humano” (algo diferente a lo humano), o ha comparado el “perfeccionamiento” con el mejoramiento³. Esta última implica que apuntamos a fortalecer, más que a sobrepasar, nuestros rasgos evolutivos, con lo cual nos convertiríamos en “super hombres” –Lo que Hopkins acertadamente denominaba “superprimates”.

Antes de continuar es necesario hacer claridad entre los elementos diferenciales de la “post humanidad”, con la “trans humanidad”, conceptualizando en el proceso los elementos que conforman esta y la forma en la que es posible alcanzar la misma. La “post humanidad” como su nombre

³ Se utiliza el término perfeccionamiento en lugar de mejoramiento, en tanto este último corresponde en nuestro idioma no a la meta de sobrepasar los límites del cuerpo, sino de mejorar el mismo con la finalidad de sobrepasar estos.

lo indica es aquello que está más allá o después de la humanidad, es aquel estadio al que aspira el “hombre” como culminación de su línea evolutiva, esto es la creación de algo superior a lo que actualmente es. En este sentido, la “trans humanidad”, no es más que el mecanismo o la forma de alcanzar la post humanidad, esta hace referencia al tramo evolutivo de cambio y modificación en el que la “humanidad” no ha dejado de ser “humanidad”, pero se dirige a dejar de serlo.

De acuerdo con Postiga Solana (2009) son elementos esenciales del transhumanismo: 1. Una gran confianza y optimismo en las posibilidades –muchas de ellas todavía desconocidas– de la ciencia. 2. La naturaleza humana, reducida a pura materia y 3. La mente humana, simplificada a conexiones neuronales. Frente a esta teoría Postigo ha llegado a considerar que existen tres posibles resultados frente a las pretensiones de los entusiastas del “trans-humanismo: la primera es la extinción o desaparición del hombre concebido como resultado de los procesos de modificación corporal e intelectual; la segunda es la evolución del hombre a una especie superior, esta es la “post humana” y la tercera, quedar atrapado en el proceso evolutivo en fluctuaciones incesantes entre la mejora de lo humano y lo post humano.

En cuanto a los mecanismos para la consecución de este fin Bostrom (2007) plantea que el transhumanismo es alcanzable a través de la práctica de la eugenesia prenatal de embriones o incluso el aborto de aquellos bebés que nacerán con graves enfermedades congénitas –hipótesis que en el fondo ha avalado nuestra Corte Constitucional y la cual ha encontrado un fuerte defensor en Savulescu (2005), así como en Agarm (2004)–. En segundo lugar, Bostrom propone el uso de microchips insertados en el organismo para mejorar las capacidades⁴. En tercer lugar, se encuentran los fármacos de control del bienestar emocional y mental, los cuales podrían inducir estados deseables o evitar otros, algo así como “píldoras de la personalidad” que incrementen ciertos estados creativos o intelectuales, algo como el “doping”. (Postigo Solana, 2009). Igualmente se ha considerado como parte de dicha transición la posibilidad de existencia post-biológica de los individuos a través de la digitalización de la información o la transferencia del cerebro a

⁴ Si bien, no es exactamente la finalidad a la cual espera llegar Bostrom en su imaginario del post humano, considera que las prótesis actualmente utilizadas para la recuperación de la audición o el mejoramiento de la visión constituyen ejemplos valiosos.

cuerpos no orgánicos con la finalidad de expandir el lapso de vida, creando un “ciborg”.

Ahora bien, no todos los teóricos consideran que el trans-humanismo y las prácticas implícitas del mismo, sean deseables para la “evolución de la humanidad”. Así, por ejemplo, F. Fukuyama (2002) definió el trans-humanismo como “*una de las ideas más peligrosas del mundo*”, en tanto alteran la vida misma y el concepto de igualdad. En el mismo sentido J. Habermas (2003), critica la teoría y los supuestos del trans-humanismo y del *Enhancement* porque elimina la posibilidad de la autonomía moral del individuo, ya que esta estaría sometida a los intereses sociales, políticos y económicos. El cuestionamiento filosófico a los postulados trans-humanistas comienza por la idea del hombre como mera existencia, en tanto conlleva implícita una idea de *ens est percipi*, lo que elimina toda posibilidad de criterios para la determinación de una ética surgida de la naturaleza humana de forma racional. Ahora bien, este argumento se vuelve aún más complicado en tanto nos acercamos a la idea de que el ser humano es sólo neuronas, en tanto en términos de R. Penrose y G. Gödel, un ordenador es capaz sólo de un razonamiento algorítmico, mientras el cerebro está abierto a la improvisación y a lo inesperado (Postigo Solana, 2009).

En este sentido habría que enfrentarse a su vez con el concepto implícito de persona como ser racional, el cual retira la calidad de persona a todo incapaz de dicho procedimiento, olvidando elementos esenciales del hombre y excluyendo en el proceso a los discapacitados, embriones y pacientes en coma. Adicionalmente esto supone la posibilidad de considerar persona a algunos animales capaces de racionamiento, tal y como son algunas especies de primates superiores. (Postigo Solana, 2009). Ricardo Rabinovich-Berkman propone que a los cetáceos se les de la categoría de humanidad, toda vez que tienen un lenguaje especializado, muchas veces más complejo y elaborado que el de los humanos, por tal razón no es posible que se les case si tienen el trato de humano. Por tanto los cetáceos como especie inteligente debe estar amparada por una Declaración de Derechos, esto implica el derecho a la vida, a no estar en cautiverio o esclavitud, no ser considerado objeto, ni propiedad de nadie.

Igualmente es conocido el caso de la Sandra, Orangután del Zoológico de Buenos Aires Argentina procedente de Sumatra y que por 29 años hacía parte de su adquisición, donde la Corte reconoció que la primate merece

derechos básicos como “sujeto no humano”. La Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los animales (AFADA), defendió las funciones cognitivas de esta especie o población como para no ser tratado como un objeto pese a que se encuentra injusta e ilegalmente privada de su libertad, por haber nacido o estar en cautiverio, por tanto el “habeas corpus” como mecanismo constitucional de protección de los derechos de las personas, ha sido utilizado en esta causa.

Siguiendo esta misma línea argumentativa y desde una perspectiva de la capacidad para manipular los conocimientos (Beauchamp & Childress, 1979)⁵, Engelhardt, concibió el “estatus de persona”, de acuerdo con el cual se excluía a quienes se consideraba “personas no humanas”, sosteniendo que *“los seres humanos son personas en sentido estricto varios años después de nacer”* (Engelhardt, 1986). *“Ese pensamiento llevó a la Asociación Médica Mundial, en el año 2007 en Berlín, a recomendar que se sustituya el concepto de “ser humano” por el de “humano”. Ello supone no distinguir al ser humano de otros mamíferos, como los vacunos, a los que con razón no se les llama “seres vacunos””* (Casanova Rísoli, 2009).

De otro lado para Marsen (2008), es necesario preguntarse ¿por qué los humanos buscan la perfección?, para poder entender que nos hace humanos. En este sentido afirma que no es una pregunta fácil de responder en tanto:

“Nos dirige a las múltiples definiciones que se han dado frente a la pregunta ¿qué nos hace humanos? Dostoyevsky, después de pasar algún tiempo en una prisión de Siberia, llegó a la conclusión de que el humano es la criatura que puede adaptarse a cualquier cosa (Dostoyevsky, 1985). Esta es una definición significativa porque resalta la propensión humana al cambio en respuesta a las circunstancias externas –con consecuencias positivas (nos ayuda a sobrevivir), y negativas (nos induce a aceptar ciegamente la injusticia). La difícil situación en la que esta definición fue creada evidencia el incentivo que tienen los humanos para adaptarse: evitar el sufrimiento– el sufrimiento que viene de las enfermedades, el aislamiento, la pobreza, la opresión y el perjuicio”. (Marsen, 2008).

⁵ Es necesario clarificar que de acuerdo con Casanova (2009), desde los postulados de esta teoría se confundieron bien con bienestar, libertad con autonomía, la no mal eficiencia con evitar el daño y los actos de justicia con obras de beneficencia. Todo lo cual guarda una íntima relación con los conceptos fundamentales de la bioética como veremos más adelante.

Regresando a la discusión en torno al mejoramiento del hombre mediante la integración de tecnología a su cuerpo y forma de vida, es importante hacer mención al uso de ciertas sustancias con la finalidad de amplificar no sólo la percepción - sustancias estupefacientes, sino con la finalidad de incrementar la capacidad de concentración y el rendimiento intelectual de quien las consume. Estas sustancias, reciben por regla general el nombre de nootrópicos y si bien, su función primaria no es esta, sino restaurar funciones mentales de pacientes con desordenes cognitivos, su creciente disponibilidad, así como su capacidad para mejorar de manera efectiva las condiciones de pacientes perfectamente sanos han terminado por introducir el dilema ético de si su uso debe de permitirse en tal sentido. Ahora bien, el uso de sustancias con esta finalidad no es algo nuevo y entre otras, es posible mencionar el uso de la cafeína, la cual incrementa el estado de alerta, reduce la fatiga y mejora la actuación de [los individuos] en las tareas que requieren un estado de vigilancia (Smith A, 2001).

Ahora bien, se debe tener en cuenta que los procesos cognitivos, son tanto o más complejos de lo que suele creerse, abarcando desde los procesos de aprendizaje y memoria hasta los procesos de atención, siendo posible que los mejoradores cognitivos –nootrópicos- tengan efecto sobre uno o más de estos. *“En el presente, dos de los más ampliamente citados mejoradores cognitivos son el estimulante dopaminérgico Metilfenidato, prescrito para el tratamiento de ADHD, y el Modafinilo, prescrito para tratar desordenes de sueños, tales como la narcolepsia. Mientras ambos medicamentos pueden mejorar la memoria y la atención en individuos sanos (Elliott, y otros, 1997), su aplicación como nootrópicos es secundaria a su uso original, con propósitos terapéuticos, y sus efectos no son uniformes y suelen ser modestos en el mejor de los casos (Repantis, Schlattmann, Laisney, & Heuser, 2010; Jellen, Aliper, Buzdin, & Zhavoronkov, 2015).*

No obstante, Shenshire Jr. (2006) afirma que la disponibilidad de estas sustancias podría ser tentadora para los padres que desean que sus hijos puedan competir por un puesto en una de las mejores universidades que hay. En torno al mejoramiento de las capacidades cognitivas cabe citar una entrevista realizada a un estudiante de Yale “quien se jactó de haber leído las 576 páginas de Crimen y Castigo de Fiódor Dostoyevsky y haber escrito un paper de 15 páginas, todo en un lapso de 30 horas con la ayuda de Adderal (Connecticut, USA) (Stark, 2004 citado en Shenshire Jr., 2006).

“En un estudio reciente de la forma en como los medios de comunicación impresos se referían al uso no médico de Metilfenidato, Forlini and Racine (2009) encontraron [la existencia] de un entusiasmo por el uso de Metilfenidato como un mejorador neuronal [que el] medicamento era con frecuencia descrito en términos sensacionalistas como “esteroides cerebrales” o “píldora inteligente”. Las noticias también exageraban la prevalencia de “mejoramiento cerebral” describiéndolo como [una práctica extendida], corriendo el riesgo de normalizar dicho consumo e incitando a iniciar el mismo. Por ejemplo, un estudio reciente de muertes por prescripción no intencional de venenos opioides encontró que los artículos periodísticos acerca del uso no médico de estas drogas con frecuencia precedían un incremento en las muertes por sobredosis (Dasgupta, Mandl, & Brownstein, 2009). Algunos países han desarrollado guías de ayuda que promueven la cobertura responsable de los medios entorno a los asuntos relacionados con “drogas” en un intento por limitar la promoción indirecta o no intencionada de su uso. No obstante, estos lineamientos se centran en reportar el uso de drogas ilícitas más que el uso con fines de mejoramiento de las drogas prescritas” (Partridge, Bell, Lucke, Yeates, & Hall, 2011).

Maier, Liechti, Herzig, & Schaub (2013) mencionan que en años recientes ha habido un incremento en el nivel de interés de las personas por las sustancias nootrópicas o mejoradores neurológicos, entendidos estos como medicamentos de prescripción o sustancias psicoactivas utilizadas por individuos saludables quienes intentan mejorar la función cognitiva o su estado anímico (Hildt, Franke, & Lieb, 2011; Franke, y otros, 2011; Normann & Berger, 2008).

Igualmente, afirman que: las personas pueden utilizar mejoradores neurológicos en situaciones de presión si temen no cumplir las expectativas de otros o las propias en torno al rendimiento en determinada actividad (Eckhard, Bachmann, Marti, Rutsche, & Telser, 2011; Maier, Liechti, Herzig, & Schaub 2013). Parece ser, que los estudiantes son el grupo con mayor propensión o riesgo por el consumo de estas sustancias (Hildt, Franke, & Lieb, 2011; Greely, y otros, 2008; Maher, 2008; Arria, y otros, 2008). Varios estudios, según afirman Maier, Liechti, Herzig & Schaub han demostrado que los individuos persiguen el mejoramiento neurológico para obtener tanto una mejora en la función cognitiva (ej. Nivel de alerta, atención, concentración y memoria), como en la función psicológica (ej. Estado anímico o nivel de

sueño), situaciones que podrían influir directamente en el mejoramiento del rendimiento cognitivo (Quednow, 2010; Förstl, 2009; Repantis, 2009).

Es necesario mencionar que gran parte de los estudios en la materia se han centrado en los medicamentos estimulantes como metilfenidato y las anfetaminas (Hildt, Franke, & Lieb, 2011; Greely, y otros, 2008; Wiliens, y otros, 2008; McCabe, Teter, Wechsler, & Knight, 2005; Maier, Liechti, Herzig, & Schaub 2013); siendo los más comunes aquellos realizados en torno a los medicamentos para tratar el déficit de atención⁶. En relación a estos, Cheshire Jr. (2006) afirma que existen múltiples medicamentos para el tratamiento del déficit de atención en desordenes hiperactivos (ADHD), con múltiples efectos sobre el cerebro y creados a partir de una multiplicidad de bases químicas, entre los cuales es posible mencionar: el Ritalin, Equasym, Concerta, Adderall y la Strattera; todos los cuales han demostrado mejorar los aspectos psicológicos, sociales, académicos y profesionales en pacientes con ADHD (Asherson, 2005).

“Un ejemplo del mejoramiento de las funciones cognitivas y emocionales [a través del uso mejoradores neurológicos] es el Prozac, el psiquiatra Peter Kramer tuvo la idea de recetar este antidepresivo no sólo a sus pacientes melancólicos, sino también a personas que no tenían ningún problema psiquiátrico para que se sintieran “mejor que bien”, expresión del psiquiatra que se hizo famosa. La ritalina (clorhidrato de metilfenidato), una anfetamina comúnmente recetada para el déficit de atención en los niños, puede también mejorar las capacidades cognitivas de un adolescente que no tiene ningún problema particular, pero quien decide solo o por insistencia de sus padres doparse para ampliar sus posibilidades de salir bien en un examen escolar” (Missa, 2013).

Como se hizo mención, pese a su potencial médico, estas sustancias han sido utilizadas por sujetos perfectamente sanos para incrementar sus capacidades académicas⁷ y laborales según afirma Cheshire Jr. (2006), e incluso para mantenerse despiertos durante la ejecución de actividades que

⁶ En relación con Middendorff, Isserstedt, & Poskowsky, 2012.

⁷ En este sentido Cheshire Jr. (2006) afirma citando a Teter, McCabe, & Boyd (2003); McCabe, Teter, & Guthrie (2001) y Babcock & Byrne (2000) que los estudiantes tanto universitarios como escolares usan “Metilfenidato”-Methylphenidate- como un método “conveniente para intensificar la concentración mental, permanecer despierto durante las prolongadas noches de estudio, o para ganar una ventaja académica” p. 263.

requiere cierto nivel de atención y coordinación, como conducir un auto; actividades para las cuales se utiliza frecuentemente el “modafinilo”. Ahora bien, Cheshire Jr. Menciona igualmente que los nootrópicos están siendo utilizados “como alimentos para el cerebro” por personas perfectamente sanas, de lo cual se deduce que independientemente de la necesidad médica, existe un mercado para el “mejoramiento” cognitivo; “pero si la medicina esta éticamente obligada a proveer el mejoramiento cognitivo es un asunto de debate” (Cheshire Jr., 2006, p. 264). Esto se debe a que tradicionalmente la función de la medicina ha sido la de restaurar a un individuo “enfermo o físicamente disminuido”, atribuyéndose a la rama “estética”⁸ de la misma la función del mejoramiento o modificación del cuerpo humano.

Es necesario aclarar que el mejoramiento cognitivo, en palabras de Urban y Gao (2014) es tal vez uno de los temas más controversiales e intrigantes de la neurociencia. *Actualmente, la principal clase de medicamento utilizado como potenciales mejoradores cognitivos incluye a los psico-estimulantes (metilfenidato (MPH) y anfetaminas), pero los agentes promotores de un estado de alerta (modafinilo) y los activadores de glutamato (ampakine) son también frecuentemente usados [...] De cualquier modo, este mejoramiento viene probablemente acompañado con un costo tanto neuronal, como ético.* En tanto alterar la función del glutamato a través del consumo de psico-estimulantes podría perjudicar la flexibilidad comportamental, conllevando al desarrollo potencial de comportamientos adictivos (Urban & Gao, 2014).

A su vez es necesario mencionar que alguna evidencia a nivel internacional señala el que mejoramiento neuronal es una práctica ampliamente realizada al interior de las instituciones académicas. Parafraseando a Maier, Liechti, Herzig, & Schaub (2013), es posible afirmar que algunas encuestas realizadas en Estados Unidos –de forma no representativa- arrojaron que cerca del 20% de todos los académicos ha tomado metilfenidato, modafinilo o bloqueadores beta para improvisar su rendimiento cognitivo (Greely, y otros, 2008; Maher, 2008; Shakian & Morein-Zamir, 2007). Si bien, pareciese que en Europa el consumo de estas sustancias no se encuentra tan arraigado como lo está en América del Norte (Hildt, Franke, & Lieb, 2011; Middendorf, Isserstedt, & Poskowsky, 2012; Mache, Eickenhorst, Vitzthum, Klapp, & Groneberg, 2012; Franke & Lieb, 2010), si ha sido posible identificar, al menos entre los

⁸ Al respecto cabe mencionar las categorías de la praxis médica de la cirugía estética y la neurología cosmética (Chatterjee, 2004).

estudiantes alemanes, una prevalencia del consumo recetado de 1.55% y un 2, 6% de uso no prescriptivo de estas sustancias; igualmente determinaron los investigadores que eran los estudiantes masculinos con malas notas aquellos que constituían el grueso del consumo (Hildt, Franke, & Lieb, 2011); no obstante otros estudios han demostrado una prevaencia del consumo para Alemania en torno al 7% (Eickenhorst, AVizthum, Klapp, Groneberg, & Mache, 2012). De otro lado, cuando se incluyen las pastillas de cafeína como parte de los “neuro mejoradores” la prevalencia en el consumo para los últimos 12 meses aumenta al 20% (Dietz, y otros, 2013).

Una vez evidenciado el consumo de nootrópicos como mecanismo para incrementar la capacidad intelectual en el camino a la realización del “mito prometeico” que surge como centro esencial en torno al discurso de lo pos y transhumano y una vez aclarada la diferenciación entre ambas categorías, es necesario mencionar que la discusión en torno a la realización física de las mismas no termina allí; no obstante, al ser impertinente el debate alrededor asuntos como “el valle inquietante” –uncanny Valley⁹– o las consideraciones religiosas respecto al uso de la tecnología para alcanzar una potencial inmortalidad o revasar los límites impuestos por la razón en detrimento de los planes trazados por lo divino, seran dejadas de lado las mismas, para proseguir en el análisis que realmente nos concierne, es decir las consideraciones jurídicas y bioéticas del consumo de nootrópicos frente a las políticas públicas de acceso a la educación en el marco de las sucitadas posturas ideológicas.

2. DERECHO LA EDUCACIÓN E INCENTIVOS

SARAH: Everything seems better, and more doable. Sometimes, a lot of the time actually, I'll feel kind of, it's hard to do anything. When I'm walking to the library I'll think, if I didn't have it [Adderall], there's no way I'd get anything done.

I'd just sit there in front of my computer, and be not doing anything.

SCOTT: Nothing at all?

⁹ El concepto establece como hipótesis que cuando un objeto –un robot por regla general– tiene características antropomórficas en el plano de la apariencia y se mueve y actúa como tal, aunque no de forma exacta, causa una sensación de repulsión por parte de los observadores (Mori, 2012; Pynar Saygin, Chaminade, Ishiguro, Driver, & Frith, 2011).

SARAH: Yeah, I mean... even just getting to the library can be difficult, I just, it's the last place I want to be. It's like, "There's just no way. Not this again." It makes me feel like shutting down, just thinking about it. Like, can't I just... Even if it's in the morning, I feel like I need to go back to sleep.

SCOTT: So how are things different, with Adderall?

SARAH: Well, I take it usually when I'm just about at the library. And then I'll get there, and force myself to set things up—before it starts working, I'll get out my books, laptop, and stuff, but even that can be a challenge. But then, there's a point when all of a sudden I'll just be like, "Oh wait. I can do this. Actually, it's not that hard at all." And then, I start to do things and it feels so different, like I'm not actually tired, really. And then I'll be like, oh, I can do this. I'm going to do it. Things aren't so bad (Vrecko, 2013).

La educación como derecho fundamental de rango constitucional, se encuentra ampliamente ligada al concepto de los derechos de la "infancia"; los cuales deben entenderse desde su concepción como una herramienta o "mito" del capitalismo, mediante el cual se incrementa el tiempo de capacitación de los individuos para aumentar los niveles de productividad social y maximizar en el proceso el bienestar social.

Es necesario mencionar que esta concepción de los derechos de los "menores", constituida desde la predominancia del capitalismo —particularmente como resultado de los múltiples cambios sufridos durante el siglo XX—, parece haber extinguido toda posibilidad de emancipación, en este sentido afirma Macrine (2002), siguiendo las posturas de Dave Hill y Mike Cole, que en el tránsito a la posmodernidad el panorama de marginalización social sigue sin ser alterado y lo que es más, el modelo educativo actual se erige como mecanismo para desempoderar al individuo frente al anhelo emancipatorio. Lo anterior, obedece a una cultura educativa de lo "pos", lo cual se erige como un obstáculo para la "formulación de perspectivas abiertas y radicales que desafíen las inequidades sistémicas y la predominancia del sistema existente" (Macrine, 2002).

Ahora bien, en contraposición a esta idea, consideramos que no todo en lo "pos" parece respaldar esta negación de emancipación a través de la no aceptación de la noción. Esto se debe a que lo pos, se encuentra permeado de multiplicidad de elementos y posturas; siendo esta, la esencia misma de lo "pos", en tanto intento de ruptura fallido con la modernidad, que sólo ha

conllejado a la “liquidez” de las categorías y las posturas, permitiendo la reconstrucción de las mismas desde puntos de vista no absolutos (Berman, 1989). En este sentido se rescata el proceso de transito a la poshumanidad, es decir la transhumanidad, como una forma de ruptura de los esquemas tradicionales de alienación y diferenciación de los individuos, mediante la consecución de la autonomía del individuo para determinar o modificar sus propios limites en el campo educativo.

Esta idea, se ve reflejada en la integración de las tecnologías a las aulas de clase, de esta manera el uso del celular o de los mismos ordenadores portátiles y tabletas que el gobierno Santos ha pretendido llevar a las aulas de clase –Al respecto puede mencionarse el programa tabletas para educar–, han contribuido a la “integración Organica” de los alumnos con la tecnología como un elemento esencial en su diario vivir y su aprendizaje. En este sentido el uso de las nuevas tecnologías de forma constante ha conducido a que el hombre pueda ser considerado en la actualidad como un Cyborg; en tanto gran parte de su memoria, no se sustenta ya en su mente, sino en aparatos electrónicos que utiliza como soporte de la misma.

Ahora, la integración de las nuevas tecnologías a las aulas de clase obedece a una política pública, cuya finalidad es hacer más equitativo el acceso a la educación y la formación de competencias para la vida profesional. Esta política de educación tiene sustento constitucional en tanto desarrolla los postulados del artículo 44 superior, según el cual:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, ***la educación y la cultura***, la recreación y la libre expresión de su opinión[...]. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

*La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.*¹⁰ (Asamblea Constituyente, 1991).

Siendo pues coherente esta política desde el punto de vista de los menores con el derecho que ostentan a la educación, así como con la obligación del

¹⁰ Negrillas fuera del texto.

Estado, la familia y la sociedad de garantizar su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos. Adicionalmente, establece el artículo 45 superior que los Adolescentes tienen derecho a la formación integral, así como a la participación en el ámbito educativo; lineamientos constitucionales que respaldan también las políticas de educación. Debe igualmente mencionarse que de acuerdo con el artículo 67 de la Constitución Política:

La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

A la luz de lo anterior, es claro que la educación es un derecho de rango constitucional, amparado no sólo por el Estado, sino por toda la sociedad en su conjunto. Pero, ¿qué elementos componen a dicha educación? Y ¿qué puede entenderse desde el ámbito constitucional como educación?

En primer lugar, es necesario responder que la Corte Constitucional en sentencia T-810 de 2013 estableció que la educación es un servicio público fundamental –así como un derecho–, que se compone por:

“i) la disponibilidad del servicio, por medio del cual el Estado debe proveer a los asociados instituciones educativas suficientes dotadas con los medios para realizar con eficiencia la actividad educativa, ii) accesibilidad, entendida como la obligación del Estado de permitir el acceso de las personas en condiciones de igualdad, patrocinando la participación de aquellas comunidades más vulnerables, sin discriminación alguna como sería el caso de las rurales, iii) adaptabilidad consistente en que la educación debe adecuarse a las necesidades de los asociados, correlativamente con la continuidad que requiere el servicio; iv) aceptabilidad aspecto que hace referencia a la calidad de la educación que el Estado debe brindar” (T-810 de 2013, 2013).

Igualmente, debe mencionarse desde el plano de lo constitucional que la educación es obligatoria entre los cinco y los quince años de edad, comprendiendo cuando mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica (Asamblea Constituyente, 1991, art. 67). En este sentido, debe el Estado:

“Garantizar el acceso a la educación, no basta concebirla como un servicio público o un derecho fundamental, porque requiere su efectividad o aplicación material. Para ello el Estado debe tener en cuenta las condiciones del demandante con el propósito de eliminar todos aquellos obstáculos que impidan el pleno ejercicio de este derecho. El Estado debe velar por remover obstáculos como la falta de personal docente, los inconvenientes relacionados con la infraestructura que puedan afectar el correcto desempeño de las clases. Dentro de estos aspectos también es pertinente mencionar aquellas situaciones en las cuales los menores, sobre todo en las regiones rurales, deben recorrer distancias importantes, con el respectivo riesgo, aspecto que exige la obligación de proveer el servicio de transporte escolar para acceder a la educación y eliminar, a la vez, el obstáculo relacionado con el desplazamiento” (T-810 de 2013, 2013).

Cabe mencionar que la educación, se considera como derecho fundamental en todos los niveles, en tanto práctica dignificante de la persona, en tanto a través del conocimiento permite el desarrollo de la misma. En este sentido, la Corte ha señalado:

que el derecho fundamental a la educación: (i) es una herramienta necesaria para hacer efectivo el mandato de igualdad del artículo 13 superior, en tanto potencia la igualdad de oportunidades; (ii) es un instrumento que permite la proyección social del ser humano y la realización de otros de sus demás derechos fundamentales; (iii) es un elemento dignificador de las personas; (iv) es un factor esencial para el desarrollo humano, social y económico; (v) es un instrumento para la construcción de equidad social, y (vi) es una herramienta para el desarrollo de la comunidad (...)” (T-810 de 2013, 2013).

Es frente a esta interpretación de carácter constitucional, así como frente a la obtención de incentivos, tal y como lo son las becas escolares a los mejores resultados de la “prueba saber” –antiguamente ICFES– o las becas universitarias que otorgan las universidades, que debe analizarse desde el plano de lo jurídico y lo bioético el consumo de nootrópicos con la finalidad de obtener mejores resultados, en tanto es posible que se presente una ruptura con la pretensión de igualdad al otorgar ciertas ventajas a los individuos que se encuentran en la capacidad de acceder a dichas sustancias generando en el proceso un incremento en la brecha social existente, por la misma disparidad económica y de acceso conocimiento que por lo general ha estado reservado a ciertas élites.

3. IMPLICACIONES JURÍDICAS Y BIOÉTICAS DEL USO DE NOOTRÓPICOS FRENTE A LAS POLÍTICAS DE ACCESO A LA EDUCACIÓN

... Then these agonies began swiftly to subside, and I came to myself as if out of a great sickness. There was something strange in my sensations, something indescribably new, and from its very novelty, incredibly sweet. I felt younger, lighter, happier in body; within I was conscious of a heady recklessness, a current of disordered sensorial images running like a mill race in my fancy, a solution of the bonds of obligation, an unknown but not an innocent freedom of the soul. I knew myself, at the first breath of this new life, to be more wicked, tenfold more wicked, sold a slave to my original evil; and the thought, in that moment, braced and delighted me like wine (19:50). (Dr. Jekyll).

Es de anotar que desde el principio mismo de la historia de la humanidad, “Los seres humanos han buscado sustancias para mejorar sus funciones cognitivas, desde las civilizaciones antiguas en las que se utilizaban alucinógenos en un intento por elevar la conciencia para comunicarse con los dioses, al incremento del consumo de café, pasando a los desarrollos más recientes de medicamentos tal y como los estimulantes y los activadores de glutamato”. Algunos podrían argumentar, por lo tanto, que la búsqueda del mejoramiento es un rasgo humano, y por lo tanto el mejoramiento cognitivo no es nada más que nuestra aplicación de los nuevos aproximamientos científicos a nuestro ya antiguo deseo de auto mejora y desarrollo. Otros, podrían argumentar que el mejoramiento artificial de las habilidades cognitivas es injusto y le da una ventaja insuperable a la población más rica, quienes tendran un acceso más rapido y directo a estas sustancias (Butcher, 2003; Cakic, 2009; Urban & Gao, 2014).

Ahora bien, como resultado de dicho consumo surgen una serie de interrogantes o situaciones conflictivas, particularmente en torno a la necesidad o no de regular su consumo y los debates bioéticos respecto a su uso. Debe entenderse que estos no son independientes el uno del otro, en tanto:

“El Derecho es un sistema incompleto –no por defecto, sino por naturaleza–; por tanto, necesita de la integración y complementariedad de la ética. Un

derecho ajeno a los valores morales latentes en la sociedad, compone una verdadera tiranía, y una ética que no busque consenso y racionalidad, sienta las bases para un liberalismo exaltado. En este sentido, el derecho fija aquellos mínimos en los que existe un amplio acuerdo social, y la ética ayuda a llegar a ese acuerdo por medio de la deliberación. Uno y otro, lejos de ser excluyentes, son complementarios” (Sánchez-Barroso, 2010).

De igual forma, es también pertinente hacer la salvedad de que si bien en el sistema ético de la posmodernidad se mantiene igual en términos formales al de la modernidad, se cambian los valores en torno a lo que está bien y mal. Esto se debe a que en una ética desde la modernidad se analiza lo necesario (categórico), en cambio, la posmodernidad se pregunta acerca de lo conveniente (Hipotético). Es decir que de un escenario del deber, se pasa a un escenario de conveniencias, en el entendido de actuar según lo que se desea obtener. En este sentido hablamos ya no de los deberes en concordancia con una racionalidad universal, sino de la responsabilidad en relación al uso que se haga de los derechos (Díaz, 2009).

En este orden de ideas, para que la valoración en términos bioéticos no se veasegada por juicios subjetivos Melendo Granados (2016) parafraseando a Mazzanti Di Ruggiero (2006) afirma que: “[se debe establecer] un diálogo entre la Bioética y las otras disciplinas en una constante interrogación y escucha mutuas en orden a llegar, finalmente, a la realidad misma, a los datos, donde se valora, por medio de un juicio moral, toda acción que se refiera a la vida” (Melendo Granados T. , 2016) (Mazzanti Di Ruggiero, 2006).

Es necesario mencionar que el término Bioética, fue acuñado en los 70 por Van Rensselaer como un puente entre las ciencias de la salud y la vida con la ética. (Mazzanti Di Ruggiero, 2006). Ahora bien, de acuerdo con Medina Rubio (1994), citado por Manzzanti “La Bioética se puede definir como la ciencia que regula la conducta humana en el campo de la vida y la salud, a la luz de valores y principios morales racionales”. El vocablo “proviene de dos raíces griegas: *bios* (vida) y *ethos* (costumbre). Surge paulatinamente ante las nuevas tecnologías, y su aplicación inicial, tal como la vislumbró Potter, ha ido cambiando, en especial por el pluralismo ético y la democratización de leyes morales basadas en el consenso” (Mazzanti Di Ruggiero, 2006). En esta dirección Melendo Granados (1999), establece mediante la paráfrasis a Eglío Sgreccia que “La Bioética, a partir de la descripción del dato científico, biológico y médico, examina racionalmente la licitud de la intervención del hombre sobre el hombre”.

Para nosotros la bioética es entendida como aquel sano relacionamiento del ser humano consigo mismo, con el otro y con el entorno, y que por lo general no impacta negativamente ya que el accionar se supedita a un autocontrol del individuo a partir de su propia conciencia que no puede engañarse a sí misma la cual se relaciona con los principios que son inherentes, innegociables, inquebrantables, y los cuales se nutren indiscutiblemente desde lo subjetivo, es decir desde una moral que debe estar bien consolidada socioculturalmente.

Es igualmente pertinente, establecer que desde esta disciplina se concibe al ser humano como “*ser dotado de inteligencia (...), provisto de esa inclinación al bien en cuanto bien que denominamos voluntad, y cuyos frutos naturales son la autonomía en el obrar y el amor, que hacen más densa y sabrosa la cualidad interior de la persona*” (Boecio, citado por Ministerio de Educación Nacional, 2004). En lo que a los principios de la bioética se refiere, es necesario partir de Sánchez-Barroso (2010), cuando reconstruye sus orígenes:

“En el emblemático libro *The Right and the Good*, editado en 1930, William David Ross concibió que la vida moral se fundaba sobre varios principios autoevidentes que todos los seres humanos consideraban *prima facie* obligatorios. En su lista incluyó los principios de beneficencia, no-maleficencia y justicia afirmando que la no-maleficencia (no hacer daño) tiene prioridad sobre el de beneficencia (hacer el bien), y esa jerarquía es también posible entre otros principios *prima facie*. Lo anterior en virtud de que los principios que expresan *deberes de obligación perfecta* son más vinculantes que los derivados de los *deberes de obligación imperfecta*; en otras palabras, en la vinculación de obligaciones *prima facie* no pueden establecerse reglas absolutas, sino sólo una vinculación en grado muy alto. Esto hace que Frankena proponga un deontologismo mixto que combina utilitarismo y deontología, es decir, el criterio último para decidir lo correcto de lo no correcto (la obligación moral) es el *principio de utilidad o de beneficencia*, en cuanto que el fin de todas las acciones es el mayor saldo posible del bien sobre el mal. También reconoce que es necesario el *principio de equidad o de justicia* para determinar cuándo una distribución es justa. Además, formula un principio rector de la vida moral que se considera el marco de referencia de todos los demás, el *principio de benevolencia*. De este modo, el sistema de los principios tiene una estructura gradual que se compone de: a) un principio marco de carácter formal, b) dos principios básicos mayores o *prima facie* que pueden generar otros principios básicos menores y, c) varios principios de carácter derivado y, por ende, menos obligatorios”.

Antes de realizar cualquier análisis debe mencionarse que en la bioética existen dos grandes corrientes respecto al mejoramiento del ser humano. Así pues, tenemos por un lado a los Bioconservadores (entre ellos León Kass, Jürgen Habermas, Michael Sandel, Francis Fukuyama y Bill McKibben), quienes según Missa (2013) se encuentran aquellos que son:

“[Dominados por] el miedo; les preocupan los riesgos de la salud y las consecuencias que pueda haber para la justicia social. Ellos piensan que las biotecnologías del mejoramiento plantean problemas éticos fundamentales que conciernen a la esencia misma del ser humano. Los problemas que plantean los bioconservadores tratan sobre la naturaleza y la dignidad humana que son amenazadas, según ellos, por las biotecnologías. El “estado natural” será amenazado por la desmesura de un hombre que ha devenido dueño y señor de su propia naturaleza”

De otro lado tenemos a los liberales (como Ronald Dworkin), que:

estiman que la decisión de utilizar las tecnologías del mejoramiento pertenece en gran medida a la libertad individual. Si bien están listos a defender en nombre de la libertad individual y del principio del no-perjuicio la idea de una modificación biotecnológica del ser humano, los pensadores liberales no se adhieren a un movimiento utópico e hyper-tecnófilo propio de los transhumanistas, como tampoco los acompañan en su visión cuasi religiosa del movimiento. Los transhumanistas son profetas que fomentan la transformación tecno científica del hombre, su objetivo es que todas las personas puedan beneficiarse de un uso racional de las biotecnologías del mejoramiento (Missa, 2013).

Una vez, aclarados los presupuestos de la bioética, es posible decir que el consumo de sustancias nootrópicas, no es cuestionable *per se* a la luz de los principios éticos y morales de la posmodernidad. Basándonos en la triada de beneficencia, no- maleficiencia y justicia; se puede afirmar que el consumo de sustancias nootrópicas no ha demostrado a la fecha, desde el campo académico, causar efectos secundarios que sean perjudiciales para la salud, siendo, por lo tanto, aunque modesto el beneficio, carente de efectos colaterales negativos¹¹. Ahora bien, tampoco puede afirmarse que el consumo de estos medicamentos con fines de mejoramiento académico sea

¹¹ Si bien, abordamos con anterioridad dos hipótesis respecto a los efectos perjudiciales del consumo de sustancias nootrópicas, no existen suficientes estudios que permitan afirmar *prima facie* que el consumo de estas es nocivo para la salud.

injusto, en tanto alterar únicamente las condiciones iniciales, pero no retiran la necesidad de esfuerzo y dedicación para consecución de los objetivos, en tanto, el uso de nootrópicos sólo afecta el nivel de concentración y empeño puesto en una labor.

A la luz del principio de libertad y responsabilidad, se tiene que al no existir ninguna puesta en peligro de la vida, no se interrumpen las condiciones para el ejercicio de la libertad (Organización del Bachillerato Internacional, 2001) (Mazzanti Di Ruggiero, 2006). Cabe mencionar que el consumo de las mencionadas sustancias no vulnera lo que Mazzanti Di Ruggiero (2006) denominó como principio terapéutico de totalidad, en tanto, no sólo no se pone en juego la integridad física, moral o espiritual de las personas, sino que de acuerdo con la evidencia científica existe una proporcionalidad entre los beneficios y los riesgos del procedimiento.

En lo que a la licitud del consumo de dichas sustancias se refiere, es posible derivar la misma desde un plano comparativo con el consumo de sustancias psicoactivas, así, habría que recordar en primer lugar que el consumo de sustancias es lícito en tanto sólo atañe a la órbita del individuo y se presenta como una manifestación tanto del libre desarrollo de la personalidad, como de otra multiplicidad de libertades, máxime cuando no se pone en riesgo la integridad o los derechos de terceros (C-221 de 1994). Debe mencionarse que no le es dable al Estado el ejercicio de facultades paternalistas de índole prohibitivo frente a las conductas que únicamente atañen a la órbita personal de la persona.

Ahora bien, es cierto que el uso de sustancias nootrópicas mejora el rendimiento cognitivo y la memoria de las personas en los campos tanto académicos como laborales. No obstante, esta mejoría no va en detrimento de los derechos de terceros en lo que acceso a la educación e incentivos se refiere. Esto se debe a que si bien se mejoran las capacidades neurológicas al tomar los medicamentos, el efectos lejos de generar una brecha en las capacidades con quienes no las ingieren, simplemente tiende a hacer que las personas se concentren más y en la mayoría de los casos a hacer competitivos bajo los estándares del sistema educativo capitalista a aquellos que suelen tener un bajo desempeño escolar, en tanto como se evidenció con anterioridad a través de la enunciación de las investigaciones realizadas en la materia a nivel mundial, son los estudiantes masculinos con notas bajas los que recurren al consumo de estas sustancias.

CONCLUSIONES

As the alchemists realized, humanity is indispensable for the completion of creation, which is to say that we ourselves are the second creators of the world. The archetypal figure of the artist is the alchemical transformer of evil and the healer of the world. So TransHumanism (TH) is simply doing this for us that is the Ghost in the machine (technology) has become the God in the machine (us through TH) and then machine (as the Alchemists thought) will birth our-franken-selves. Here we have not taken the techné route but the techné path where our machines shape us rather than the other way round as the Ancient Greeks conceived. (Levy, 2012).

El uso de sustancias que mejoran la capacidad cognitiva con fines tanto laborales como académicos e intelectuales, parece haberse convertido en una práctica “socialmente aceptada” que cada día cobra más fuerza al interior de los grupos académico. Esta, se da con la finalidad no sólo de mejorar las notas o rendir más, sino también para obtener ciertos beneficios en el ámbito de lo académico. Ciertamente, la práctica de dicho consumo no representa *per se* una contravención, mucho menos un delito; lo cual implica que no es pasible de control judicial.

De otro lado, debido a la excesivamente entusiasta cobertura que realizan los medios de comunicación en torno a las potenciales aplicaciones de los avances en el campo de la investigación de las neurociencias, es posible que se generen expectativas poco realistas entre los lectores en lo que se refiere al futuro impacto o posibles desventajas de su uso (Racine, Waldman, Rosenberg, & Illes, 2010; Racine, Bar-Ilan, & Illes, 2005; Partridge, Bell, Lucke, Yeates, & Hall, 2011). A esto, debe sumarse la poca atención que desde la academia ha tenido la potencial perjudicialidad del consumo de sustancias nootrópicas por parte de las personas a largo plazo; particularmente aquellas cuya plasticidad cerebral no ha sido aun definida.

Es necesario recordar qué es aquello que nos conduce a nuestra evolución como especie a través del uso de las nuevas tecnologías, lo mismo que podría separarnos de la esencia de lo humano y como tal es necesario tomarnos una pausa en el camino y preguntarnos por lo que realmente es indispensable en la esencia de lo humano y que es lo dispensable (Wildman & Miller, 2012), integrando en el proceso las nuevas tecnologías a nuestras vidas, no sólo como mecanismos de “reparación o restauración”, sino como

mecanismos de “mejoramiento” –enhancement– enfocándonos en la creación de nuevas tecnologías para mejorar no sólo nuestras vidas, sino el mundo en el que vivimos (Hughes, 2004).

Al final, tal como lo describe Ray Kurzweil (2005)

la singularidad representara la culminación de la fusión de nuestro pensamiento y existencia biológicas con nuestra tecnología, [siendo] el resultado un mundo que es todavía humano pero que traciende nuestras raíces biológicas. No habra distinción, post singularidad, entre humanos y maquinas o entre realidad fisica y virtual. [Si uno se pregunta] que permanecera unequivocamente humano en tal mundo, [la respuesta es simplemente esta]: la nuestra es una especie que busca inherentemente extender su cuerpo y mente mucho más allá de sus limites actuales.

REFERENCIAS

- Annsell Pearson, K. (1997). *Viroid Life: Perspectives on Nietzsche and the transhuman condition*. London: Routledge.
- Arria, A. M., Caldeira, M. S., O'Grady, K. E., Vincent, K. B., Johnson, B. A., & et al. (2008). Nonmedical use of prescription stimulants among college students: associations with attention-deficit-hyperactivity disorder and polydrug use. *Pharmacotherapy*, 28, 156-169.
- Asamblea Constituyente. (1991). Constitución política de Colombia. Bogota D.C.
- Asherson, P. (2005). Clinical assesment and treatment of attention deficit hyperactivity disorder in adults. *Expert Revl Neurother*, 5(4), 525-539.
- Babcock, Q., & Byrne, T. (2000). Student perceptions of methylphenidate abuse at a public liberal arts college. *J. Am. Coll. Health*, 49, 143-145.
- Beauchamp, T. L., & Childress, J. F. (1979). *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press.
- Berman, M. (1989). *Todo lo solido se desvanece en el aire*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno. Obtenido de <https://posgradohistoriafadu.files.wordpress.com/2015/03/berman-marshall-todo-lo-solido-se-desvanece-en-el-aire.pdf>
- Blanco C. (2011). “La integración andina en el marco constitucional de los países miembros de la Comunidad Andina (CAN)” en *Revista IUSTA*, Volumen 1, Numero 34. Documento extraído el 4 de mayo de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3109>
- Butcher, J. (2003). Cognitive enhancement raises ethical concerns: academics urge preventive debate on neurotechnologies. *Lancet*, 362, 132-133. doi:10.1016/s0140-6736(03)13897-4
- C-221 de 1994, D-429 (Corte Constitucional 5 de mayo de 1994).

- Cakic, V. (2009). Smart drugs for cognitive enhancement: ethical and pragmatic considerations in the era of cosmetic neurology. *J. Med. Ethics*, 35, 611-615. doi:10.1136/jme.2009.030882
- Casanova Ríspoli, E. (2009). Bioética, cultura y patrones de conducta. *Persona y Bioética*, 1(32), 34-41.
- Chatterjee, A. (2004). Cosmetic Neurology: the controversy over enhancing movement, mentation, and mood. *Neurology*, 63(6), 968-974.
- Cheshire Jr, W. P. (2006). Drugs for enhancing cognition and their implications: A hot new cup of tea. *Expert Rev. Neurotherapeutics*, 6(3), 263-266.
- Dasgupta, N., Mandl, K. D., & Brownstein, J. S. (2009). Breaking the news or fueling the opioid-related mortality. *Plos ONE*, 4.
- Díaz, E. (2009). *Posmodernidad* (4 ed.). Buenos Aires: Biblos.
- Dietz, P., Striegel, H., Franke, A. G., Lieb, K., Simon, P., & et.al. (2013). Randomized response estimates for the 12-month prevalence of cognitive-enhancing drug use in university students. *Pharmacotherapy*, 44-50.
- Dostoyevsky, F. (1985). *The house of the Dead*. (D. McDuff, Trad.) London: Penguin.
- Eckhard, A., Bachmann, A., Marti, M., Rutsche, B., & Telser, H. (2011). *HUMAN Enhancement*. Zurich: vdf Hochschulverlag. doi:10.3218/3404-210.3218/3404-2
- Eickenhorst, P., AVizthum, K., Klapp, B. F., Groneberg, D., & Mache, S. (2012). neuroenhancement among German university students: motives, expectations and relationship with psychoactive lifestyle drugs. *J. Psychoactive*, 44, 418-427.
- Elliott, R., Sahakian, B. J., Matthews, K., Bannerjee, A., Rimmer, J., & Robins, T. W. (1997). Effects of methylphenidate on spatial working memory and planning in healthy young adults. *Psychopharmacology*, 131, Psychopharmacology. doi: 10.1007/s002130050284
- Engelhard, T. (1986). *The foundations of bioethics*. Nueva York: Oxford University Press.
- Forlini, C., & Racine, E. (2009). Disagreements with implications: diverging discourse on the ethics of non-medical use of methylphenidate for performance enhancement. *BMC Medical Ethics*, 10(9).
- Förstl, H. (2009). Neuro-enhancement: Brain doping. *Der Nervenarzt*, 80, 840-846.
- Franke, A. G., & Lieb, K. (2010). Pharmacological neuroenhancement and brain doping: chances and risks. *Bun desgesundheitsblatt, Gesundheitsforschung, Gesundheitsschutz*, 53, 853-859.
- Franke, A. G., Bonertz, C., Christmann, M., Huss, M., Fellgiebel, A., & Et al. (2011). Nonmedical use of prescription stimulants and illicit use of stimulants for cognitive enhancement in pupils and students in Germany. *Pharmacopsychiatry*, 44, 60-66.
- Greely, H., Sahakian, B., Harris, J., Kessler, R. C., Gazzaniga, M., & et al. (2008). Towards responsible use of cognitive-enhancing drugs by the healthy. *Nature*, 456, 702-705.
- Hildt, E., Franke, A. G., & Lieb, K. (2011). Pharmacological neuroenhancement information and acceptance among students. *Nervenheilkunde*, 30, 833-837.

- Hughes, J. (2004). *Citizen Cyborg: Why democratic societies must respond to the redesigned human of the future*. New York: Westview Press.
- Jellen, L. C., Aliper, A., Buzdin, A., & Zhavoronkov, A. (2015). Screening and personalizing nootropic drugs and cognitive modulator regimen *sinsilico*. *Front. Syst. Neuroscience*, 9(4). doi:10.3389/fnsys.2015.00004
- Levy, P. (2012). *Wetiko: The Psychospiritual Roots of Evil*. USA: Sin editorial.
- Mache, S., Eickenhorst, P., Vitzthum, K., Klapp, B. F., & Groneberg, D. (2012). Cognitive-enhancing substance use at German universities: frequency, reasons and gender differences. *Wiener Medizinische Wochenschrift*, 162, 262-271.
- Macrine, S. L. (2002). Re-enchanted the project of critical social theory: troubling postmodernism a critical essay review of Marxism against Postmodernism. En D. Hill, P. McLaren, M. Rikowski, & G. Rikowski, *Educational Theory*. Lanham: Lexington Books.
- Maher, B. (2008). Poll results: look who's doping. *Nature*, 452, 674-675.
- Maier, L. J., Liechti, M., Herzig, F., & Schaub, M. (2013). To dope or not to dope: Neuroenhancement with prescription drugs and drugs of abuse among swiss university students. *PLoS ONE*, 8(11). doi:10.1371/journal.pone.0077967
- Marsen, S. (September de 2008). Becoming more than human: Technology and the Post-Human condition introduction. *Journal of Evolution and Technology*, 19(1), i-v. Obtenido de jetpress.org/v19/marsen.html
- Marsen, S. (septiembre de 2008). Becoming More than human: Technology and the post-human condition introduction. *Journal of evolution and technology*, 19(1), i-v.
- Mazzanti Di Ruggiero, M. A. (2006). Formar ““mentes bioéticas””. Una alternativa metodológica de formación de docentes y estudiantes en bioética a través del programa escolar de Ciencias Naturales. *Persona y Bioética*, 10(2), 46-81.
- McCabe, S. E., Teter, C. J., & Guthrie, S. K. (2001). Prevalence and correlates of illicit methylphenidate use among 8th, 10th, and 12th grade students in the United States. *J. Adolesc. Health*, 35, 501-504.
- McCabe, S. E., Teter, C. J., Wechsler, H., & Knight, J. R. (2005). Non-medical use of prescription stimulants among US college students: prevalence and correlates from a national survey. *Addiction*, 100, 96-106.
- Medina Rubio, R. (1994). La educación moral en la orientación personal. En V. García Hoz, J. A. Alcázar Cano, & U. Ferrer Santos, *La orientación en la educación institucionalizada, la formación ética: tratado de educación personalizada*. Madrid: Rialp.
- Melendo Granados, T. (1999). “sobre el hombre y su dignidad”. *Persona y Bioética*, 2(6), 57-88.
- Melendo Granados, T. (16 de 06 de 2016). *La metafísica, criterio de cultura al servicio de la fe*. Obtenido de www.arvo.net
- Middendorf, E., Isserstedt, W., & Poskowsky, J. (2012). *Formen der Stresskompensation und Leistungssteigerung bei Studierenden*. Hannover: HIS.
- Ministerio de Educación Nacional. (2004). *Estandares básicos de competencias en Ciencias Naturales y Ciencias sociales*. Bogotá.

- Missa, J.-N. (enero-junio de 2013). Biodiversidad, filosofía transhumanista y el futuro del hombre. *Revista Colombiana de Bioética*, 8(1), 65-76.
- Mori, M. (2012). The Uncanny Valley. *IEEE Robotics & Automation Magazine*, 19(2), 98-100. doi:10.1109/MRA.2012.2192811
- Normann, C., & Berger, M. (2008). Neuroenhancement: status quo and perspectives. *Eur Arch Psychiatry Clin Neuroscience*, 258(5), 110-114.
- Organización del Bachillerato Internacional. (Febrero de 2001). Guía del Programa del Diploma de la OBI. *Biologia*. Ginebra, Suiza.
- Partridge, B. J. (2011). Smart Drugs “As common as coffee”: Media hype about neuroenhancement. *PloSOne*, 6(11). doi:10.1371/journal.pone.0028416
- Partridge, B. J., Bell, S. K., Lucke, J. C., Yeates, S., & Hall, W. D. (2011). Smart Drugs “As common as coffee”: Media hype about Neuroenhancement. *PLoS ONE*, 6(11). doi:10.1371/journal.pone.0028416
- Pearce, D. (2007). *The Hedonistic*. Obtenido de Imperative (Introduction): www.hedweb.com/hedethic/hedonist.htm
- Postigo Solana, E. (2009). Transhumanismo y Post-humano: principios teóricos e implicaciones bioéticas. *Medicina e Morale*, 267-282.
- Pynar Saygin, A., Chaminade, T., Ishiguro, H., Driver, J., & Frith, C. (2011). “The Thing That Should Not Be: Predictive Coding and the Uncanny Valley in Perceiving Human and Humanoid Robot Actions”. *Social Cognitive Affective Neuroscience*, 7, 413-422. doi:10.1093/scan/nsr025
- Quednow, B. B. (2010). Ethics of neuroenhancement: a phantom debate. *BioSocieties*, 5, 153-156.
- Racine, E., Bar-Ilan, O., & Illes, J. (2005). fMRI in the public eye. *Natural Rev. Neuroscience*, 6, 159-164.
- Racine, E., Waldman, S., Rosenberg, J., & Illes, J. (2010). Contemporary neuroscience in the media. *Soc Sci Med*, 71, 725-733.
- Repantis, D. (2009). Die Wirkung von Psychopharmaka bei gesunden. En A. Wienke, W. Eberbach, H. J. Kramer, & K. Janke, *Die Verbesserung des Menschen: Tatsächliche und rechtliche Aspekte der Wunscherfüllenden medizin* (págs. 63-68). Berlin: Heidelberg: Springer.
- Repantis, D., Schlattmann, P., Laisney, O., & Heuser, I. (2010). Modafinil and methylphenidate for neuroenhancement in healthy individuals: asystematic review. *Pharmacolo. Res*, 62, 187-206. doi:10.1016/j.phrs.2010.04.002
- Sánchez-Barroso, J. A. (2010). Vigencia y operatividad de los principios de la Bioética en la solución de problemas a partir de la deliberación moral y de la argumentación jurídica. *Persona y bioetica*, 14(2), 187-204.
- Shakian, B., & Morein-Zamir, S. (2007). Professor’s little helper. *Nature*, 450, 1157-1159.
- Sims Bainbridge, W. (August de 2005). The Transhuman Heresy. *Journal of Evolution and Technology*, 14(2), 91. Obtenido de <http://jetpress.org/volume14/bainbridge.html>

- Smith A, B. C. (2001). The effects of caffeine on simulated driving, subjective alertness and sustained attention. *Human Psychopharmacol*, 16(7), 523-531.
- Stark, L. (15 de november de 2004). Students take ADHD drug to boost scores. *ABC News*. Obtenido de www.abcnews.go.com/WNT/News/story?id=254123&page=1
- T-810 de 2013, T-3968592 (Corte Constitucional 12 de noviembre de 2013). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-810-13.htm>
- Teter, C. J., McCabe, S. E., & Boyd, C. J. (2003). Illicit methylphenidate use in an undergraduate student sample: prevalence and risk factors. *Pharmacotherapy*, 23, 609-619.
- Urban, K. R., & Gao, W.-j. (2014). Performance enhancement at the cost of potential brain plasticity: neural ramifications of nootropic drugs in the healthy developing brain. *Front. Syst. Neuroscience*, 8(38). doi:10.3389/fnsys.2014.00038
- Vinge, V. (January de 1983). First World. *Omni Magazine*.
- Vrecko, S. (2013). Just how cognitive is “cognitive enhancement”? On the significance of emotions in University student’s experiences with study drugs. *AJOB Neuroscience*, 4(1), 4-12. doi:10.1080/21507740.2012.740141
- Wildman, P., & Miller, I. (2012). To be or not to be fully human? Where Ancient Wisdom confronts our Modern Age: The savage, the Transhuman and our hoped for Archaic Renaissance. Obtenido de Crafters-Circle: <http://www.crafters-circle.com/PDF4/article6C.pdf>
- Wiliens, T. E., Adler, L., Adams, J., Sgambati, S., Rotrosen, J., & et al. (2008). Misuse and diversion of stimulants prescribed ADHD: a systematic review of the literature. *J Am Acad Child Adolesc Psychiatry*, 47, 21-31.

DERECHO Y BIOTECNOLOGÍA: LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA BIOTECNOLOGÍA EN EL DERECHO COLOMBIANO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS*

CARLOS JULIO VARGAS VELANDIA**
JUAN CARLOS ARIAS DUQUE***

Sumario: Introducción. 1. La biotecnología: un acercamiento desde el campo del derecho. 2. Regulación internacional de la biotecnología desde la perspectiva de acceso a los recursos genéticos. 2.1 Primeras regulaciones en el uso de la biotecnología humana. 2.2 Protección de obtenciones vegetales y diversidad biológica. 2.3 La decisión 345 de 1993 y la decisión 391 de 1996 de la comunidad andina de naciones. 2.4 El genoma humano y los derechos humanos. 2.5 Biotecnología y propiedad intelectual. 2.6 Datos genéticos, bioética y derechos humanos. 3. Regulación nacional de la biotecnología desde la perspectiva de acceso a los recursos genéticos.

* El capítulo del libro es producción en colaboración académica entre los Proyectos “Grandes Transformaciones del Derecho Público en la actualidad. Fase I.” Línea Derecho Constitucional y políticas públicas de la Universidad Católica de Colombia, correo cjvargas94@ucatolica.edu.co y del proyecto de Investigación Bioética y Derecho, en el marco del Grupo de Investigación Socio Humanística del Derecho GISHD realizado con el apoyo estructural y financiero de la Universidad Santo Tomás, Sede Bogotá. Correo electrónico: juanariasd@usantotomas.edu.co

** Licenciado en Biología UPN, Magíster en Educación de la Universidad Pedagógica Nacional, diplomado en Biotecnología, CORPOGEN-UPN, diplomado en conciliación U. Católica. Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Miembro del grupo de investigación en Derecho Público y TIC, clasificado en COLCIENCIAS B. Correo electrónico: cajuvar99@hotmail.com

*** Abogado magíster en derecho procesal; especialista en derecho penal, docencia universitaria, en derechos humanos; ex magistrado auxiliar de la Sala de Casación Penal - Justicia y Paz - de la Corte Suprema de Justicia; Coordinador de la Barra de Defensores de Infancia y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo; Consultor en temas de Justicia Transicional; Columnista; docente investigador y Coordinador del Módulo Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Correos electrónicos: juancarlosarias5@yahoo - juanariasd@usantotomas.edu.co

3.1 Organismos nacionales encargados de la regulación de acceso a recursos genéticos y normas asociadas. 3.2 Procedimiento para tramitar las solicitudes de acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados. 3.3 Liberación comercial de productos genéticamente modificados y la resistencia social. 3.4 Colecciones biológicas y actividades de acceso a recursos genéticos. 4. Retos jurídicos de la biotecnología en Colombia en materia de acceso a recursos genéticos. 4.1 Incompatibilidad entre regímenes de acceso a recursos genéticos (Decisión 391 de 1996 de la CAN y Convenio UPOV de 1991) y distribución justa y equitativa de los beneficios que surjan de su utilización. 4.2 Libertad de operación frente a los derechos de propiedad intelectual. 4.3 Dificultades en la implementación de la decisión 391 en Colombia a partir de los Contratos de Acceso. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, existen los recursos biológicos y genéticos, componentes fundamentales de la biodiversidad natural expresada en la inmensa variedad de ecosistemas y diferencias genéticas dentro de cada especie que integra la flora y fauna del país. Una riqueza biológica con potencial económico atractiva para cualquier mercado internacional, situación que demanda una legislación protectora y flexible que dinamice la integración regional y reduzca la brecha tecnológica, siendo un tema susceptible el desarrollo y regulación de la biotecnología como mecanismo de acceso a los recursos genéticos, pues se ha convertido en una empresa atractiva en el mercado mundial.

El acceso a los recursos biológicos y genéticos se ha regulado a través de la Decisión 391, expedida por la comisión de la CAN (Comunidad Andina de nacionales) el 2 de Julio de 1996, en la cual se establece el régimen común de acceso a los recursos genéticos de los Estados Andinos (Perú, Colombia, Bolivia, Ecuador); y partir del cual se reconoce el valor estratégico que representa la biodiversidad de la región, y para ello se proponen los requisitos previos que permitan a cada país generar unos mecanismos de control que se adapten a cada legislación nacional (y/o necesidades nacionales).

Posteriormente, el país se acoge a la decisión 486 de 2000 que de acuerdo a sus disposiciones es posible conferir patentes sobre invenciones en todos los campos de la tecnología, ya sean de producto o procedimiento, salvo las expresas en el artículo 15 en la que no se consideran invenciones¹.

¹ Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos. El todo o parte

Al margen coexisten otras regulaciones internacionales en dicha material (UPOV, 78, Convenio internacional para la protección de obtenciones vegetales, Protocolo de Cartagena sobre bioseguridad de la biotecnología, UPOV 91 y tratado de Budapest), los cuales contrastan y generan algunas ambigüedades en materia legislativa y reglamentaria en el país, en cuanto a las aplicaciones de la biotecnología desde la perspectiva de acceso a los recursos genéticos.

Así mismo, la firma de tratados de libre comercio y la vinculación a acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Adpic) han generado enfrentamientos entre las ramas ejecutiva y judicial (Corte Constitucional y Consejo de Estado), quienes han salvaguardado el patrimonio de la nación y la identidad étnica y cultural del país. En ese sentido, surgen una serie de elementos jurídicos, biológicos y económicos que dificultan el pleno desarrollo del trabajo investigativo y comercial de la biotecnología en Colombia. Siendo necesario analizar los procesos de incorporación normativa de origen internacional en la regulación legislativa y administrativa del país, contrastado con la resistencia de los movimientos sociales, los sectores académicos, los agricultores, partidos políticos y demás actores nacionales. Es así como el siguiente trabajo de investigación problematiza los desafíos que incorporan la legislación y reglamentación colombiana en materia del acceso a los recursos genéticos en un contexto socio-cultural complejo y contestatario. Para ello, se caracterizó el devenir histórico de la regularización nacional e internacional en materia de la biotecnología, se analizó y comparó los regímenes de propiedad y reglamentación y se establecieron algunos puntos de discusión que buscan cifrar los desafíos de la investigación en ciencia y tecnología del capital genético de la nación. De ese modo, se propuso la siguiente estructura temática: a) Realizar un primer acercamiento al campo de la biotecnología y su relación con el derecho, b) identificar la regulación internacional de la biotecnología desde la perspectiva del acceso a los recursos genéticos, c) identificar la regulación nacional de la biotecnología desde la perspectiva del acceso a los recursos genéticos, d) identificar los desafíos en la construcción de un campo productivo en Biotecnología para

de los seres vivos tal como se consideran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural. Las obras literarias.

Colombia y plantear algunas perspectivas de futuro trabajo investigativo a modo de conclusión.

Finalmente, el documento reflexiona en torno al papel pasivo de la legislación Colombiana en relación al predominio del ordenamiento jurídico de la comunidad internacional frente a la autonomía jurídica del país, siendo a través de los acuerdos, convenios y tratados internacionales que de forma sistemática se ha orientado la regulación jurídica interna en dicha materia, dejando en evidencia un limitado aporte en estudios e investigación normativa en los procesos de investigación, divulgación, protección y/o estandarización relacionados con la biotecnología en Colombia. Así mismo se pone en discusión las limitaciones de acceso a los recursos genéticos en Colombia, que opera como oportunidad y restricción, no recibida con agrado por parte de investigadores nacionales e internacionales, así como empresas con vocación biotecnológica

1. LA BIOTECNOLOGÍA: UN ACERCAMIENTO DESDE EL CAMPO DEL DERECHO

Para algunos juristas el derecho ontológica y deontológicamente es el “ordenamiento de la vida social, desde el punto de vista de la justicia, expresado en un conjunto de normas, con miras a realizar el bien común” (Noguera, 2012, p. 27). Para otros, “el derecho es un medio que trata de crear y mantener un equilibrio entre dos formas extremas de la vida social, la anarquía y el despotismo” (Bodenheimer, 2012, p. 28); y hay quienes lo explican como “un conjunto de leyes que regulan la conducta [vida] de los hombres” (Carnelluti, 2004, p.32). Los tres autores coinciden en abordar un concepto estructural en la definición de derecho, la vida.

La vida desde el campo biológico es “un fenómeno de emergencia, que parte de subunidades inorgánicas a niveles superiores de compleja organización” (Mayr, 1998, p. 34), y desde el campo de la filosofía la vida es el efecto de producción del biopoder que busca a través del uso de la técnica la incautación de la vida misma (Foucault, 1976), esta última perspectiva, resulta de enorme interés investigativo en el campo del derecho, en tanto la vida privada y social, son actividades cada vez más reguladas a través de formas jurídicas, al punto que el nacimiento, la reproducción, las enfermedades y hasta la muerte son intervenidos por la racionalidad jurídica del Estado, a través del uso de la tecnología.

En ese orden de ideas, la biotecnología es un campo interdisciplinar que integra disciplinas como la bioquímica, la biología, la filosofía y por ende al derecho, pues transforma sustancialmente el concepto de vida y promueve una revolución no solo en ciencia y tecnología sino en la forma misma de organizar la sociedad, generando bienes y servicios en beneficio de la humanidad manipulando y transformando el código de la vida². Para Orlay y Roa (2013) “la biotecnología, puede ser entendida como un campo de conocimiento de diferente naturaleza de las ciencias como química, la biología y física, que junto con éstas tributa a la explicación del fenómeno de lo vivo, a la vez que contribuye a dar cuenta de las técnicas y las tecnologías para la transformación artificial de la vida” (p. 158).

La propuesta de Watson y Crick (como se citó en Curtis, 2000), el modelo helicoidal del ADN constituye las bases de la biotecnología moderna, siendo el papel fundamental de la biotecnología “el uso de organismos vivos, por lo general microbios, para llevar a cabo tareas útiles y que la actualidad involucra la tecnología del ADN” (Campbell, 2001, p. 812). En un sentido amplio, la biotecnología es el uso de procesos biológicos para resolver problemas o hacer productos útiles para la sociedad. Es decir, ***la biotecnología es el conjunto de técnicas que emplea moléculas DNA, RNA, proteínas, células, tejidos, enzimas u organismos o sus partes para obtener o modificar un producto.***

² Según Collins, líder del proyecto internacional del genoma humano, la secuencia del ADN humano ha sido el mapa más importante jamás producido por la humanidad, el lenguaje con el que Dios creó la vida, el código hereditario de la vida está escrito en un extraño y criptográfico código de cuatro letras (Collins, 2007, p. 9). Dicha molécula de ADN fue aislada por primera vez en 1869 y el descubrimiento de su estructura fue realizado por un joven científico llamado James Watson y su amigo, el físico Francis Crick en 1953, gracias a los aportes de Rosalind Franklin. L. Pauling y Erwin Chargaff (como se citó en Curtis, 2000, p.113). El ADN es la abreviatura de ácido desoxirribonucleico que constituye el material genético de toda forma de vida en el planeta tierra, conformada por cuatro pequeñas subunidades llamadas nucleótidos, y cada nucleótido consta de tres partes: a) Un grupo fosfato, b) un azúcar (desoxirribosa) y b) 4 tipos de bases nitrogenadas, que son adenina (A), timina (T), Guanina (G) o citosina (C), Así las cosas, tanto el color de las plumas de un ave, el tamaño del pico o la destreza para construir nidos esta contenido o determinado en esta molécula compuesta por 4 simples letras (Audesirk, 2003, p. 154).

Según la Comunidad Andina de Naciones (CAN), a través de la Decisión 391 de 1996, Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, ***la biotecnología es toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos u organismos vivos, partes de ellos o sus derivados, para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos*** (Art. 1, No. 3). Dicho convenio internacional fue suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969, por los Plenipotenciarios de Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú a través de la Ley 8 de 1973.

Así las cosas, en 1996 comenzó la comercialización y con ella la adopción de los cultivos genéticamente modificados (GM), se calcula que en el 2011 se sembraron cultivos genéticamente modificados de maíz, soya, algodón, canola, remolacha azucarera, entre otros. 160 millones de hectáreas de cultivos GM fueron sembrados por 16.7 millones de agricultores. *¡Esta ha sido la tecnología de más rápida adopción alrededor del mundo!* (Espinel, Uscátegui y Cortés, 2011). Hoy en día más de la mitad de alimentos que consumimos a diario son producto de técnicas de biotecnología, así como muchos insumos industriales y medicamentos son del mismo origen, pensar un mundo sin productos biotecnológicos en el siglo XXI no sería posible.

2. REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA BIOTECNOLOGÍA DESDE LA PERSPECTIVA DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS

Aquí es necesario señalar que la biotecnología como campo de investigación integra varios sistemas de clasificación, uno de ellos es a partir de su utilización, apareciendo varios tipos como: Biotecnología ambiental, Biotecnología vegetal, Biotecnología animal, Biotecnología médica, Biotecnología industrial y Biotecnología acuática y marina. Siendo el punto en común de estas aplicaciones el uso de sistemas biológicos u organismos vivos, partes de ellos o sus derivados, para la creación o modificación de productos y/o procesos.

2.1. PRIMERAS REGULACIONES EN EL USO DE LA BIOTECNOLOGÍA HUMANA

En los casos de biotecnología médica, Guerra (2007) señala que en Agosto de 1947 se realizó el juicio de Nüremberg ante los horrores nazis

de experimentación con personas, llevándolas a grandes sufrimientos y causándoles la muerte, de dicho tribunal surgió el Código de Núremberg, el cual propuso 10 principios básicos de la investigación bio-médica que han servido de fundamento para otros principios redactados con posterioridad, algunos de ellos son:

• El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial para iniciar cualquier investigación en humanos. • El experimento debe realizarse con la finalidad de obtener resultados fructíferos para el bien de la sociedad, que no sean obtenibles mediante otros métodos o maneras de estudio. • El experimento debe ser conducido únicamente por personas científicamente calificadas y el grado más alto de técnica y cuidado. • Durante el curso del experimento el sujeto humano debe tener la libertad de poner fin a éste (Guerra, 2007, p. 85).

Dicha experimentación estuvo estrechamente relacionada con compañías químico-farmacéutica, como Bayer, fundada el 7 de agosto de 1863 en Alemania, creadores del famoso analgésico Aspirina (Braña, 2005) y productos químicos usados en compartimentos de gas utilizados por los nazis. En 1928 en los laboratorios de Bayer se crean las sulfonamidas, un fármaco antimicrobiano, el cual al parecer fue probado en el campo de concentración de Auschwitz (Riquelme, 2004), eventos que llevan a pensar que el código de Núremberg es una de las primeras regulaciones internacionales en materia de biotecnológica médica, al postular principios bioéticos en la investigación clínica.

En 1964 surge la Declaración de Helsinki, adoptada en junio de 1964 en Helsinki, Finlandia, cuyo principio básico es el respeto por el individuo (Artículo 8), su derecho a la autodeterminación y el derecho a tomar decisiones informadas (consentimiento informado) incluyendo la participación en la investigación, tanto al inicio como durante el curso de la investigación. Al respecto es importante señalar, que el protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad de la biotecnología (ley 740 de 2002) heredero de la convención sobre diversidad biológica (Ley 165 de 1994) decretó tres (3) diferentes comités nacionales de bioseguridad, uno de ellos destinado a los organismos vivos modificados de uso en alimentación y salud humana, los cuales exigen ensayos de campo de alergenidad y de toxicidad que brinde información crucial al usuario.

En 1981 la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas acentúan más el carácter

estrictamente ético de los ensayos clínicos. En cuanto al consentimiento de los sujetos se planteaba: “el consentimiento claro constituye una salvaguarda imperfecta para el sujeto, y en todos los casos deberá completarse con un examen ético independiente de los proyectos de investigación” (Guerra, 2007, p. 86). En 1997 aparece en la escena internacional el Convenio para los Derechos Humanos y Biomedicina, en el que las partes del presente Convenio protegerán la dignidad y la identidad de todo ser humano, y garantizarán -a toda persona sin discriminación- el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina. Este proyecto de convenio fue aprobado y suscrito por representantes de 20 países, miembros del Consejo de Europa.

Este Convenio Europeo también llamado Convenio de Asturias, tiene particular importancia gracias a la síntesis que contiene sobre el consentimiento en relación directa con la experimentación en seres humanos, pues de manera muy concreta establece una serie de artículos que más que normas, tienen carácter de principios rectores de una actividad que puede ser muy amplia. (Palomino, 2008, p. 65).

Dicho situación tal como la afirma Amoure (2005) nos lleva a pensar sobre “los retos jurídicos que plantea la biotecnología que implica un esfuerzo multidisciplinar en esa tónica relacional entre el mundo de los principios y el de las Leyes, o dicho de otro modo, entre la Moral y el Derecho (p. 257)”. Pues hablar de la dignidad del ser humano incluye lo ético y lo moral.

2.2. PROTECCIÓN DE OBTENCIONES VEGETALES Y DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Por otro lado, en 1961 se llevó a cabo el Convenio Internacional de Obtenciones Vegetales de Ginebra, el cual tuvo como objetivo principal proporcionar y fomentar un sistema eficaz para la protección de las variedades vegetales, con miras al desarrollo de nuevas variedades vegetales para el beneficio de la sociedad (OMPI, 2010). Dicha normatividad internacional marcó un hito en la biotecnología vegetal, en tanto la industria agrícola es una de las más poderosas en técnicas de mejoramiento vegetal (selección artificial, hibridación, mutagenesis inducida, cultivo in-vitro, cultivos transgénicos). Fue a partir de dicho convenio que se creó la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), una organización intergubernamental

que busca proteger las obtenciones vegetales mediante un derecho de propiedad intelectual. Siendo los obtentores en su gran mayoría empresa dedicadas al fomento de semillas transgénicas (fitomejoramiento). Ya en 1978 se lleva a cabo el tratado por el gobierno Colombino dando pasó al Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales.

Según Bermúdez y Salazar (Chaparro, 2014), el convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales de 1978 (UPOV/78)³ del cual forman parte los Estados Unidos, La unión Europea y Colombia, las formas de protección:

Cada estado de la unión puede reconocer el derecho de obtentor previsto por el presente convenio mediante la concesión de un título de protección particular o de una patente. No obstante, todo Estado de la unión, cuya legislación nacional admita la protección en ambas formas, deberá aplicar solamente una de ellas a un mismo género o una misma especie botánica. (p. 18).

Sin embargo, dicha esquema de protección genera una asimetría con las formas ancestrales de producción agrícola en los países latinoamericanos, pues las patentes de países del norte competirían con las especies vegetales de valor agrícola utilizadas sin protección jurídica por los campesinos e indígenas andinos, un aspecto que demanda mayor análisis y formación en temas de protección intelectual internacional.

Otro marco normativo internacional imprescindible en materia biotecnológica fue el Convenio de Diversidad Biológica de 1992, al cual, desde 1994, Colombia tiene la obligación de informar sobre las medidas adoptadas para su implementación, el cual se aprueba a partir de la ley 165 de 1994 y que fue reglamentada por el decreto nacional 2372 de 2010. Al respecto el portal de las Naciones Unidas señala:

Dicho convenio es un tratado internacional jurídicamente vinculante con tres objetivos principales: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa

³ Dicho convenio fue modificado por el convenio UPOV/91 que no limitaba la protección, de manera que cada país hace su interpretación técnica y aplicación de la forma de protección para plantas. Dicha normatividad internacional pretendió aprobarse a través de la ley 1518 de 2012, pero fue declarada inexecutable por la corte constitucional por asuntos de forma, favoreciendo de algún modo la biodiversidad, la cultura y los territorios de los pueblos andinos (Chaparro, 2014, p. 34).

en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. Su objetivo general es promover medidas que conduzcan a un futuro sostenible. Los componentes de la diversidad biológica son todas las formas de vida que hay en la Tierra, incluidos ecosistemas, animales, plantas, hongos, microorganismos y diversidad genética (Naciones Unidas, 2016).

Al margen de dicho convenio internacional nuestro país en el año 2014 realizó el V Informe de Biodiversidad de Colombia, el cual buscó aumentar la conciencia social sobre la importancia de la biodiversidad y los servicios ecosistémicos y enfatizar su impacto sobre los sectores productivos y el bienestar humano. Presentó además el estado de implementación del Plan Estratégico 2011-2020 del Convenio de Diversidad Biológica (CDB) y ofreció a los tomadores de decisiones un panorama nacional (período 2009-2013) sobre el estado y tendencias de la biodiversidad (BD) y sus servicios ecosistémicos (SE), identificando logros, barreras y limitaciones (Ministerio de medio ambiente, 2014). Dicha normatividad representó para nuestro país un avance considerable en la protección del medio ambiente no solo desde la conservación de flora y fauna, sino desde reconocimiento como potencia de diversidad genética en el mundo.

2.3. LA DECISIÓN 345 DE 1993 Y LA DECISIÓN 391 DE 1996 DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

En el año 1993 surge la Decisión 345 de la CAN⁴ denominada Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades

⁴ La Comunidad Andina de Naciones (CAN) es una comunidad de países que se unieron voluntariamente con el objetivo de alcanzar un desarrollo integral, más equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, suramericana y latinoamericana. Los países que la integran son: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, unidos por el mismo pasado, una variada geografía, una gran diversidad cultural y natural, así como por objetivos y metas comunes. La CAN cuenta con una Secretaría General que administra y coordina el proceso de integración y el Tribunal Andino de Justicia es la entidad que controla la legalidad de los actos de todos los Órganos e Instituciones y dirime las controversias existentes entre países, entre ciudadanos o entre países y ciudadanos cuando se incumplen los acuerdos asumidos en el marco de la Comunidad Andina. El Parlamento Andino, conformado por 20 Parlamentarios elegidos por voto popular –5 por cada País Miembro–, es la instancia que representa al Pueblo; es decir, a los Ciudadanos Andinos en general. (Portal comunidad andina).

Vegetales, en la que los títulos de obtentor⁵ se otorgan a “las personas que hayan creado variedades vegetales, cuando estas sean nuevas, homogéneas, distinguibles y estables y se le hubiese asignado una denominación que constituya su designación genérica” (Decisión CAN 345 de 1993). En esta decisión se reconoce el derecho del agricultor a ejercer “la reserva de la cosecha” siempre y cuando el producto de su cosecha está destinado a su uso propio o a la venta como materia prima o alimento (no como semilla o material de reproducción en sí).

Al respecto el Instituto Colombiano Agrícola (ICA) en el año 2010 profirió la resolución 970⁶ (acto administrativo estrechamente relacionado con el convenio 345) que regula la producción, el uso y la comercialización de semillas en el país y que sanciona en virtud del artículo 4 de la ley 1032 de 2006, normatividad que responde según Grupo semillas (2013) a la adecuación de los sistemas de propiedad intelectual sobre la biodiversidad y especialmente sobre semillas, y que explícitamente el país adquirió la obligación de suscribir el Convenio Internacional de UPOV 91, lo cual se hizo efectivo al aprobarse en 2012 la ley 1518 (ley posteriormente demandada ante la corte constitucional por organizaciones por el grupos sociales). Dicha normatividad ha sido una de las más controversiales en materia de acceso a recursos genéticos, pues el régimen de propiedad intelectual ha favorecido los intereses de los países extranjeros en comparación con la desprotección que enfrentan muchos agricultores colombianos.

Dos años más tarde del Convenio sobre la Diversidad Biológica surge la Decisión 391 de la CAN de 1996 que establece el régimen común sobre acceso a recursos genéticos. Al respecto Díaz (2014) comenta:

...[dicha decisión] señaló que son patrimonio del Estado y, por tanto, inalienables, imprescriptibles e inembargables. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de propiedad privada que se ejerzan sobre los recursos

⁵ Es de anotar que la OMPI (Organización Mundial de Propiedad Intelectual) plantea que la propiedad intelectual se refiere a las creaciones de la mente humana y se divide en propiedad industrial y derechos de autor. A su vez la propiedad industrial incluye invenciones, patentes, título de obtenciones vegetales, marcas, dibujos y diseños industriales e indicaciones geográficas (OMPI, 2008).

⁶ En el artículo de la Revista Semana del 24 de agosto de 2013 se reconstruyen las sanciones efecto de esta normatividad, y desde 2009 a la fecha el ICA ha sellado 4.271 toneladas de semillas de arroz, papa, maíz, trigo, algodón, pastos, arveja, cebada, frijol y habichuela.

biológicos que los contengan. Dicha disposición generó controversia en Colombia y en otros países de la región, en el que los Estados ejercerían derechos asimilables a la propiedad privada sobre los recursos genéticos, dicha situación dio lugar a la sentencia C-977 de 1997 del consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil. (p. 171)

Según Bayona (2011), uno de los problemas socio-ambientales efecto de la economía de mercado fue el aprovechamiento ilícito de los recursos que existen en los países megadiversos, dicho fenómeno es conocido como la biopiratería:

[...] el acceso, uso y/o aprovechamiento ilegal, irregular y/o inequitativo de recursos biológicos y sus derivados, así como de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas asociados a ellos, en especial mediante el uso de la propiedad intelectual, con la finalidad de irrogarse derechos exclusivos sobre ellos (p. 48).

Países como Perú, Ecuador, Bolivia y Colombia son miembros de la CAN, símbolo de riqueza en biodiversidad y que lamentablemente no hacían uso potencial de dichos recursos, y fue hasta inicios de los años 90 donde se creó la necesidad de un sistema de protección ante la apropiación ilegal de la biodiversidad andina, situación que dio origen a la Decisión Andina 391 de 1996 sobre un régimen común de acceso a recursos genéticos.

Sin embargo, según Bayona (2011) una de las debilidades del Estado Colombiano frente al convenio es la no regulación del capítulo segundo que habla del reconocimiento de los conocimientos y tradiciones indígenas, el cual aunque es de gran importancia en razón a que el setenta y cinco por ciento (75%) del territorio nacional rico en biodiversidad se encuentra bajo la potestad de grupos indígenas o comunidades afrocolombianas, no existe una legislación nacional que de manera específica regule o reconozca su derecho directo a dar permiso o a celebrar contratos de acceso. Del mismo modo, tampoco se ha establecido una normatividad o política nacional específicamente asociada a la capacitación, incentivo a la investigación nacional a través de financiación (a pesar que existe el fondo patrimonio natural no existe una destinación específica para recursos genéticos), desarrollo y transferencia de tecnología en materia de acceso a los recursos genéticos (capítulo tercero). Otra de las dificultades es que el estado

Colombiano no ha reglamentado de forma amplia y clara los contratos de acceso a recursos genéticos⁷.

Al respecto, tal dificultad de aplicación de la decisión 391 se expresa en la deficiente postulación de patentes nacionales, por citar un ejemplo, en la oficina de patentes de Colombia la solicitud de patentes en biotecnología vegetal en la SIC (superintendencia de industria y comercio) corresponde al 0.4% del total de las solicitudes presentadas, que corresponde a 6 u 8 solicitudes al año. Caso contrario ocurre con la oficina de patentes en Europa que en 2011 ingresaron 5.865 solicitudes para el área de biotecnología, que corresponde al 4.2% del total de las solicitudes presentadas. Y en EEUU entre el 2010 y 2011 aprox. 10.000 solicitudes de patente relacionadas con el ADN fueron presentadas (Lamprea y Salazar como se citó en Chaparro, 2013, p. 20).

Y por último Bayona (2011) señala que no se ha atendido rigurosamente la exigencia de la Definición 391 cuando señala que debe realizarse una revisión exhaustiva del origen de los componentes de los productos que van a ser introducidos al país, evitando otorgar patentes sobre productos genéticos que han sido utilizados ilegalmente por algunas empresas. En síntesis, son la consulta previa, la financiación, el control de ingreso y el proceso de contrato para acceso a los recursos genéticos una tarea pendiente, con el fin agilizar la evaluación de la solicitud y proteger los derechos de las comunidades indígenas, locales y afrodescendientes.

2.4. EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS

En 1997 fue aprobada en la Conferencia General de la Unesco la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Dicha normatividad constituye un importante paso encaminado a orientar la conducta de los Estados y de los individuos en defensa de los derechos humanos amenazados por las nuevas tecnologías de la vida.

⁷ En la normatividad interna Colombiana el Ministerio de Ambiente promulgó la resolución 620 de 1997 en procura de establecer el procedimiento interno para tramitar las solicitudes de acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados. Sin embargo, el contrato de acceso no es desarrollado en dicho acto administrativo. Del mismo modo existe la resolución 414 de 1996 que adopta un modelo de solicitud de acceso a recursos genéticos.

La Declaración no pudo ser más oportuna cuando están en juego las bases en que se asienta nuestra herencia, cuando visualizamos con fundamentos respetables la posibilidad de lesión al derecho a la intimidad, cuando existen sobrados motivos para pensar en conductas discriminatorias fundadas en la información genética, cuando la ingeniería genética ha dotado a los científicos de instrumentos capaces de alterar el genoma con el agregado de transmitir tales modificaciones a generaciones futuras, siendo justo que cada ser humano asuma su propio protagonismo en un tema que no sólo le interesa como individuo, sino como integrante de la especie, al estar en juego derechos humanos del más alto nivel. (Bergel, 1998. p. 389).

Resulta una paradoja que el material genético sea propiedad de la nación y no del individuo que lo porta, más cuando de dicho acervo genético devienen rasgos fenotípicos como la personalidad, la percepción, la destreza física, entre otros, pero en cambio, terceros pueden apropiarse de las variaciones y procedimientos sobre dicho material genético, una potencial vulneración que pone en riesgo las libertades individuales.

2.5. BIOTECNOLOGÍA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

A mediados del año 1995 surge el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), producto de negociaciones internacionales realizadas en el marco del GATT (Acuerdo General Sobre Aranceles y Comercio) cuyo propósito fue armonizar y facilitar el comercio mundial. En el que Estados Unidos solicita incluir normas mínimas para la protección de los derechos de propiedad intelectual, en tanto la economía internacional traía consigo problemas de falsificación y piratería relacionados con la propiedad intelectual.⁸

Así las cosas, surge la Ley 170 de 1994 por medio de la cual se aprueba el acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC), suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus

⁸ Al respecto Díaz (2014) plantea que en virtud del capítulo 16 del tratado de libre comercio suscrito entre Colombia y los Estados Unidos, vigente desde el 15 de mayo de 2012, fue obligación para Colombia adherirse al tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes, aprobado por la ley 1515 de 2012, generándose incertidumbre frente a la protección establecida en la decisión 391 de 1996 de la CAN.

acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino. En esa misma línea desde 1970 EEUU elaboró el tratado de cooperación en materia de patentes (PTC), modificado en 1979, 1984 y 2001, el cual:

... permite buscar protección por patente para una invención en muchos países al mismo tiempo mediante la presentación de una solicitud ‘internacional’ de patente. Pueden presentar dicha solicitud los nacionales o residentes de los Estados Contratantes del PCT, por lo general, el trámite de presentación se cumple ante la oficina nacional de patentes del Estado Contratante de nacionalidad o de domicilio del solicitante o, a elección de éste, ante la Oficina Internacional de la OMPI, en Ginebra (OMPI, 2015).

Colombia a través de la ley 463 de 1998 aprueba el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), elaborado en Washington el 19 de junio de 1970, enmendado el 28 de septiembre de 1979 y modificado el 3 de febrero de 1984, y el reglamento del tratado de cooperación en materia de patentes⁹. Dicho tratado genera una diferencia entre la protección a obtenciones vegetales y el acceso a recursos genéticos de la decisión 391, pues permite la propiedad industrial con licencia en los países de comercialización, sin considerar los mejoramientos equivalentes desarrollados por agricultores de la región.

En el año 2000 surge la Decisión 486 de 2000 de la CAN, y de acuerdo a sus disposiciones en Colombia se conferirían patentes sobre invenciones en todos los campos de la tecnología, ya sean de producto o procedimiento, salvo las expresas en el artículo 15 en la que no se consideran invenciones:

- a) Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos
- b) El todo o parte de los seres vivos tal como se consideran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la

⁹ En relación a este tratado la decisión 391 de 1996 advirtió la necesidad de regular el proceso de otorgamiento de las patentes, pues se debe tener en cuenta no sólo las leyes nacionales, sino también las supranacionales y las internacionales; sin embargo, el control del otorgamiento de patentes para personas extranjeras (jurídicas o naturales) que ya han patentado en el exterior, y desean tener derechos de producción en el territorio colombiano pueden obtener fácilmente autorización en Colombia así hayan utilizado ilegalmente recursos genéticos, pues no se cuenta con una revisión exhaustiva del origen de los componentes (Bayona, 2011, p. 25).

naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural;

c) Las obras literarias.

Del mismo modo, tampoco se podrán conceder patentes sobre algunas creaciones señaladas en el artículo 20 de la decisión, pues pese a ser invenciones no son patentables, aquellas que vayan en contra de la salud y la vida de personas y los animales, los vegetales y el medio ambiente. Y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. En consecuencia la decisión 486 limita considerablemente la protección a las invenciones biotecnológicas y médicas a través del sistema de patentes Colombiano.

Según Díaz (2014) estas dos disposiciones limitan en gran medida las creaciones biotecnológicas, sin embargo, “al respecto, la SIC en el concepto 2215 de 2003 **manifestó que es posible patentar los procedimientos tendiente a modificar el material genético**: ... Así las cosas, es claro que ni las plantas ni los animales pueden ser patentados, pero los procedimientos no biológicos que impliquen modificaciones a nivel genético sí, haciendo énfasis que estos procedimientos cumplan los requisitos de patentabilidad de conformidad con el artículo 14 de la decisión 486/2000” (p. 167). En síntesis, en Colombia:

...no son patentables los recursos genéticos (RG) en sí mismos considerados, ni siquiera si llegan a ser aislados y purificados, debido a que estos recursos y su descubrimiento no se consideran invenciones productos del intelecto humano, distinto a estados unidos donde los RG pueden ser patentados si el solicitante demuestra que las sustancias pasaron por un proceso de aislamiento y purificación que las diferencia de las sustancias que se encuentran en la naturaleza (Díaz, 2014, p. 170).

Al respecto Lamprea y Salazar (como se citó en Chaparro, 2013) plantean:

*Respecto a otras jurisdicciones, Colombia y la región andina presentan diferencias en la materia que no se considera patentable. En Estados Unidos y Europa, aunque existe diferencias entre ellos en el enlace de las excepciones, coinciden como materia patentable los genes, nucleótidos, proteínas y polipéptidos, pues el hecho de aislarlos, caracterizarlos y describir su función se considera una actividad del intelecto del inventivo, mientras en Colombia y la Región Andina esta **materia debe estar modificada respecto a la secuencia primaria natural**, porque si la*

secuencia es tal como la que se encuentra en la naturaleza, no se considera patentable. (p. 18).

En el año 2000 se lleva a cabo el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre La Diversidad Biológica, hecho en Montreal, el cual fue aprobado por la ley 740 de 2002, cuyo propósito es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos. Dicho convenio fue reglamentado por el decreto 4525 de 2005 a través de 3 comités nacionales de bioseguridad.

2.6. DATOS GENÉTICOS, BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS

Para el año de 2003 la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) promulgó la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, cuyos principios generales se orientan sobre cuestiones en el ámbito de la tecnología médica y genética, volviendo a insistir en la vinculación entre datos genéticos y datos de salud declarando en su Preámbulo que la información genética forma parte del acervo general de los datos médicos (UNESCO, 2003). “Cuyo ámbito de aplicación se extiende a la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de datos genéticos, datos proteómicos humanos y muestras biológicas, exceptuándose de este ámbito de aplicación la investigación, el descubrimiento y el enjuiciamiento de delitos penales o de pruebas de determinación de parentesco, que estarán sujetos a la legislación interna que sea compatible con el Derecho Internacional relativo a los derechos humanos”. (Gómez, 2008, p. 66).

Un valioso aporte en la defensa de los derechos humanos. Al respecto es imperativo seguir defendiendo que los datos genéticos posean una naturaleza específica que los diferencie de otras categorías de datos y que los hace merecedores de una regulación propia que, partiendo de su consideración de datos sensibles, unifique los criterios de su tratamiento jurídico y elimine la dispersión actual (Ibid., p. 73).

En relación al pronunciamiento de la UNESCO del 2003 surge la Declaración Universal de la Bioética y Derechos Humanos de 2005, que busca tratar de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales. Así como la orientación en decisiones prácticas colectivas y particulares. En ese mismo año la Asamblea General de la ONU adoptó una Declaración sobre la Clonación Humana que pide a los Estados miembros de las Naciones Unidas prohibir todas las formas de duplicación que sean incompatibles con la dignidad y la protección de la vida humanas, solicitando expresamente a los gobiernos de los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para impedir la aplicación de las técnicas de ingeniería genética que vayan contra la dignidad humana. Más que nunca el acceso a recursos genéticos exige un abordaje interdisciplinar que involucre no solo asuntos técnicos o científicos, sino éticos y políticos, pues la técnica sobre el código de la vida nos ubica no como simple descriptores sino co-creadores de la ‘madre naturaleza’.

3. REGULACIÓN NACIONAL DE LA BIOTECNOLOGÍA DESDE LA PERSPECTIVA DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS

La Constitución Política de Colombia 1991 en su artículo 81 establece que el Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional, evento que ubica el manejo de los recursos genéticos como un tema de rango constitucional. De igual forma el artículo 1º de la C.P. de Colombia señala que nuestro país es un Estado social de derecho organizado de forma de república unitaria, descentralizada, en el que el poder público está sometido al imperio de la ley y debe ser ejercido por la rama judicial, ejecutiva y legislativa, cada una con competencias para regular el asunto de los usos, accesos y aplicaciones de la biotecnología.

En ese sentido, Díaz (2008) señala que producto de la ley 8 de 1973 el congreso de la república transfirió a la comunidad Andina de Naciones (CAN) la competencia de expedir la gran mayoría de la normatividad aplicable al proceso de acceso a recursos genéticos. Del mismo modo, al ser esta una normatividad internacional la constitución política de 1991 estableció en su artículo 150 No. 16 que corresponde al congreso

...aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional transferir determinadas atribuciones a organismos internacionales (Constitución Política 1991, art. 150).

3.1. ORGANISMOS NACIONALES ENCARGADOS DE LA REGULACIÓN DE ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS Y NORMAS ASOCIADAS

En el año de 1993 se promovió la Ley 99 de 1993, quien designó al Ministerio del Medio Ambiente para coordinar, promover y orientar las acciones de investigación sobre el medio ambiente y los recursos naturales renovables, así como para establecer el Sistema de Información Ambiental y organizar el inventario de biodiversidad y de los recursos genéticos nacionales. Al año siguiente, se expide La Ley 165 de 1994 por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre la Diversidad Biológica”, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (más adelante reglamentada por el decreto 2372 de 2010), regulando en su artículo 15 las bases de la ley de acceso a los recursos genéticos, en su artículo 16 el acceso a la tecnología y transferencia de tecnología y en su artículo 19 la gestión de la biotecnología y distribución de sus beneficios. Siendo uno de los ejes estructurales de la norma el concepto de biodiversidad, vale recordar que Colombia ocupa el 0.22 % de la superficie terrestre y alberga más del 10% de las especies conocidas actualmente en el mundo (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2011), condición que lo ubica como un territorio megadiverso, biodiversidad expresada no solo en su geografía, fauna y flora sino también en su genética. Sin embargo, son innumerables los riesgos que experimenta hoy los diferentes ecosistemas, subvalorando factores que cada vez más aceleran la pérdida de biodiversidad, muchos de ellos asociados a las políticas de acceso a recursos, uso del suelo, equidad, patentabilidad, entre otros¹⁰.

¹⁰ Actualmente se deforestan aproximadamente 300.000 hectáreas de bosque al año, lo que equivale al departamento de Risaralda. Las causas principales de la deforestación son la expansión de la frontera agropecuaria, los cultivos ilícitos, la colonización y el desplazamiento de poblaciones, los proyectos de infraestructura, la minería, la extracción de madera legal e ilegal y los incendios forestales (Fondo Mundial para la Naturaleza, 2014).

Ese mismo año se expide la Ley 170 de 1994 que aprueba el acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC), suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994 y pone en escena el acuerdo sobre los aspectos de los derechos en propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC). Así mismo se expidió el Decreto 533 de 1994 que reglamenta el Régimen Común de Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales (derivado del convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales de 1972), en donde a través del artículo 2° establece que el Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, será la autoridad nacional competente para aplicar el Régimen de Protección a las Variedades Vegetales y en su artículo 3° establece las funciones entre las que se resaltan: a) otorgar el certificado de obtentor, b) organizar y mantener el depósito de material vivo, o en su defecto reconocer el mantenimiento y depósito de este material en otro país miembro o en uno que conceda trato recíproco y que cuente con legislación sobre protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales de reconocimiento internacional y c) cancelar el certificado de obtentor cuando se presente alguno de los eventos contemplados en el artículo 35 de la Decisión 345 de 1993. Fue la década del 90' el periodo más activo en materia de regulación de acceso a recursos genéticos en Colombia, aspecto que coincide con el tratado de libre comercio entre México y estados unidos (1992), antesala de negociaciones con las países latinoamericanos. Tratado que una vez firmado con los estados Unidos en el año 2012 ha sido objeto de controversias en nuestro país.

Al respecto en el mes de mayo de 2014 el senador Jorge Robledo emitió un boletín de prensa del Congreso en el que advertía que mediante un proyecto que el Congreso está a punto de aprobar, el presidente Santos pretendía entregarle a Corpoica las colecciones biológicas del país (semillas, embriones de animales y microorganismos), que el Estado ha recolectado durante décadas y que son un patrimonio estratégico e invaluable de la Nación, alegando que Corpoica administraba estos materiales desde 1992, ocultando que lo hacía bajo la supervisión del ICA, control que se eliminaría si se hubiera aprobado la propuesta del presidente Manuel Santos. El senador Robledo en su momento denunció que en la junta directiva de Corpoica tiene asiento el gremio de transnacionales como Monsanto, Bayer y Syngenta, compañías interesadas en patentar las variedades que se puedan obtener de este patrimonio genético. Asunto que se agravaría, según el senador, toda vez que no existe una caracterización detallada de los recursos genéticos del país y porque el

proyecto de ley no definía los criterios y requisitos que se les exigirán a las multinacionales que quieran usarlos para procesos de patentamiento.

Paradójicamente, en el año 1995 a través de la Ley 243 de 1995 Colombia se adhirió al Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) en su versión de 1961; sin embargo, el Convenio ha sido revisado varias veces y modificado nuevamente en 1991, norma que abriría el paso a la comercialización de los recursos genéticos en el país.

En 1996 se expide el Decreto 730 de 1966 a través del cual se determina al ministerio del medio Ambiente como la Autoridad Nacional competente en materia de acceso a los recursos genéticos:

Artículo 1o. El Ministerio del Medio Ambiente actuará como autoridad nacional competente, en los términos y para los términos y para los efectos establecidos en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena relativa al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.

En ese orden de ideas, el Ministerio de Medio Ambiente y el Instituto Agropecuario Colombiano son los dos organismos nacionales más importantes en materia de la regulación sobre acceso a recursos genéticos, articulados con tres acuerdos substanciales, el acuerdo de derechos en propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) y la Decisión 391 de 1996.

3.2. PROCEDIMIENTO PARA TRAMITAR LAS SOLICITUDES DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS Y SUS PRODUCTOS DERIVADOS

En ese mismo año, la junta del acuerdo de Cartagena expidió la Resolución 414 de 1996 en la cual resolvió adoptar un modelo referencial de solicitud de acceso a recursos genéticos. En el año siguiente se expidió la Resolución 620 de 1997 en la que se delegan algunas funciones contenidas en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena al despacho del viceministro y se establece el procedimiento interno para tramitar las solicitudes de acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados. Al respecto es de recordar que los contratos de acceso fueron contemplados en la Decisión 391 de 1996, en virtud de los cuales cualquier persona interesada debería celebrar un contrato principal con el Estado Colombiano por medio del Ministerio del Medio Ambiente, para solicitar autorización

de acceso y luego celebrar un contrato accesorio con el titular de los recursos biológicos. En ese sentido, se establece que una las problemáticas de estos contratos “es la cantidad de requisitos que deben cumplirse (por ejemplo, incluir mecanismos de transferencia tecnológica, documento que indique el modo de distribución de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos, incluir personal de la subregión, consulta previa a grupos étnicos que habiten en la zona, entre otros” (Díaz, 2014, p. 174). Un excesivo y riguroso trámite que desestimula la iniciativa e interés por celebrar contratos de acceso a recursos genéticos, aspecto que refuerza la premisa de articular las investigaciones en derecho y biotecnología en Colombia, ofreciendo herramientas conceptuales y jurídicas que faciliten la comprensión y celebración de dichos contratos.

En ese sentido, Nemogá (como se citó en Chaparro, 2013) señala que en Colombia existen 957 grupos de investigación reconocidos por Colciencias, de los cuales 131 tienen 565 proyectos de investigación que por ley requieren llevar a cabo contratos de acceso con el Ministerio de Medio Ambiente, y que hasta el 2010 solo se habían celebrado 46 de esos contratos, evento que contrasta con la política de ciencia, tecnología e innovación (CTI) del gobierno nacional, en la que uno de los principales lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo Colombiano 2014-2018 es impulsar el desarrollo económico y social a través de la ciencia, tecnología e innovación.

En ese mismo periodo, a partir de la controversia acerca de la titularidad de los recursos genéticos, el Ministerio de Medio Ambiente de Colombia dirigió a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, una consulta relacionada con lo referente al alcance de la expresión “patrimonio de la nación o del Estado de cada país miembro”. Dicha respuesta se dio a través de la Sentencia C-977 de 1997 del Consejo de Estado en la que se estableció:

Según la decisión 391 de 1996 se diferencia entre los recursos genéticos y los biológicos contentivos de los primeros y que, una vez estén separados uno del otro, cada uno de ellos está sujeto a un régimen de propiedad diferente. De esta forma, son recursos biológicos los componentes bióticos que contengan información genética o sus derivados (extensión de tierra, animales, plantas), estos estarán sometidos a normas de propiedad privada o pública dependiendo su titular. Los recursos genéticos son todos los materiales de naturaleza biológica que contenga información genética de valor real o

utilidad potencial que, al ser separados de los R.B. que los contenga, estarán sometidos a la propiedad pública, es decir, será bienes de dominio público pertenecientes a la nación, inalienable, imprescriptibles e inembargables y deberán destinarse a propósitos de utilidad pública (Díaz, 2014, p. 172).

Dicha motivación por parte del Consejo de Estado no fue bien recibida en su momento por investigadores y empresas con vocación biotecnológica, en tanto los esfuerzos no recibían la protección jurídica por parte del ordenamiento jurídico, fruto de la actividad intelectual creativa e investigativa de los científicos y agentes comerciales. Además, de requerir de un mayor análisis, pues más allá de limitar el acceso a los recursos genéticos en Colombia, se debería razonar la desigualdad competitiva entre las transnacionales agrícolas y la incipiente investigación nacional en materia de biotecnología vegetal, pues mientras en Colombia se prohíbe patentar los recursos genéticos en otras latitudes es posible patentar genes aislados y purificados con aplicaciones industriales y comercializables, que llegan a mercantilizar semillas con nefastas consecuencias en el agro colombiano.

Esta situación se hizo más compleja con la expedición del Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio¹¹, procurando de este modo proteger su identidad social, cultural y económica. Sin embargo, algunos critican esta figura por considerar que se convirtió en un foco de corrupción y clientelismo, que viene “paralizando” la gestión estatal, resultando un obstáculo para las decisiones del gobierno en materia de incentivar la inversión y promover el desarrollo de los territorios, aspecto que afecta directamente a quienes deben cumplir con dicha exigencia para acceder a recursos genéticos, pues es un requerimiento de la Decisión 391.

¹¹ En relación a la consulta previa el ex-presidente del Congreso Colombiano Amylkar D. Acosta comentó que así lo dispone el Convenio 169 de la OIT de 1989 en sus artículos 6, 7 y 15, del cual Colombia es signataria, el cual fue ratificado mediante la Ley 21 de 1991 y desarrollado posteriormente en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 reglamentada mediante el Decreto 1320 de 1998 y el Decreto Ley 200 de 2003. Tiene además asidero en los artículos 7 y 330 de la Constitución Política. Huelga decir que dicho Convenio, de conformidad con el artículo 93 de la Carta Magna, hace parte del *bloque de constitucionalidad* y por lo mismo *prevalece en el orden interno*. Y como guardiana de la Constitución, la Corte ha dejado en claro que la consulta previa es un *derecho fundamental* que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos (Seminario Virtual, 2012).

En el año 2000 se produjo el Decreto 309 de 2000 el cual señala en su capítulo 4 artículo 15, 16, 17 el permiso de estudio con acceso a recursos genéticos y en su capítulo 6, artículo 22 la suspensión o revocatoria del permiso, el cual podrá ser suspendido o revocado mediante resolución motivada por la autoridad ambiental que lo otorgó, de oficio o a petición de parte, en los casos en que el investigador haya incumplido las obligaciones señaladas. Dicha revocatoria o suspensión del permiso de estudio deberá estar sustentada en concepto técnico y no requerirá consentimiento expreso o escrito del titular del permiso. Una reglamentación cuyos alcances se alejan de una realidad nacional, toda vez que no es limitado la celebración de contratos de acceso al recurso genético.

3.3. LIBERACIÓN COMERCIAL DE PRODUCTOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS Y MOVIMIENTOS SOCIALES

Ya en el año 2002 surge la Ley 740 por medio de la cual se aprueba el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica¹², hecho en Montreal, el veintinueve (29) de enero de dos mil (2000), y reglamentada por el Decreto 4525 de 2005 a cargo del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Dicha Ley fue declarada exequible en Sentencia C-071 de 2013 en virtud del control de constitucionalidad que ejerce respecto de los tratados y de sus leyes aprobatorias la corte constitucional, según el artículo 241 de la Constitución Política. Mencionada norma aprueba de algún modo la siembra, consumo y comercialización de alimentos genéticamente modificados, con algunas limitaciones como en el caso de las comunidades indígenas que tienen prohibido su cultivo. En Colombia, por ejemplo, desde el 2007 se cultiva maíz Ronud up Ready resistente al glifosato, y maíz YielgardBt (tolerante a algunas plagas de lepidópteros), propiedad de Monsanto y maíz Herculex I, con tecnología conjunta BT, siguiendo la misma suerte la yuca, el arroz, la caña, la rosa y el café (Grupo Semillas, 2007). Una de las críticas más polémicas a esta norma fue su unilateralidad y desinformación, pues por un lado no se

¹² La ley 740 de 2003 crea tres comités técnicos de Bioseguridad (CTNbio) independientes:
a) Uno para organismos vivos modificados (OVM) de uso ambiental, otro para OVM de uso agropecuario, y otro para OVM de uso de alimentación y salud humana (Chaparro, 2013, p. 9).

consultó a las comunidades agrícolas del país, ni comunidades indígenas ni afrodescendientes, y tampoco los productos modificados genéticamente están debidamente rotulados e identificados como transgénicos, situación que en Colombia no se da, a razón no hay existe distinción entre los alimentos transgénicos y los no transgénicos. Un aspecto que debería recibir amplia difusión mediática en tanto corresponde a la soberanía alimentaria y la proyección del primer reglón de la economía nacional.

En el año 2005 el consejo de estado, resultado de dos acciones populares, profirió Sentencia N° 1687 de Sala de Consulta, en la que obliga a tramitar “Licencia ambiental” ante el Ministerio de Ambiente a todo aquel que realice solicitudes para cultivos transgénicos aprobados posteriores a la expedición de la Ley 740, trámite que a juicio de algunos no se ha realizado con el debido rigor (artículo 7 del decreto 4525 de 2005). Al respecto Chaparro (2013) comenta que la liberación o probación comercial de los cultivos transgénicos en Colombia, por un lado, desarrolla la innovación en el contexto actual efecto de la demanda en investigación agrícola atendiendo problemas en la producción; pero resulta una dificultad en nuestro país, el cual es heredero de una limitada infraestructura, transferencia tecnológica y capacidad instalada para competir con transnacionales de ingeniería genética como Monsanto, Dupont, Syngenta, Bayer y Dow, que establecen licencias exclusivas entre sí y son las principales proveedoras de semillas patentadas del país (Wriht y Pardey, como se citó en Chaparro, 2013, p. 133). Es decir, la comercialización de OGM no compensa a los agricultores y comunidades locales de los países generadores del germoplasma vegetal, pues prevalecen los derechos de las industrias fitomejoradoras bajo el amparo de la propiedad intelectual.

Por citar un ejemplo, en el año 2006 se promulga la Ley 1032 por la cual se modifican los artículos 257, 271, 272 y 306 del Código Penal, que dice en su artículo 4 (modifica el 306) “El que, fraudulentamente, usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente o *similarmemente confundibles* con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de 4 a 8 años y multa de 26.6 a 1 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Normatividad que penaliza el uso sin autorización de semillas protegidas por convenios internacionales, procurando fomentar el uso exclusivo de semillas certificadas y registradas respecto a las semillas criollas (que pueden parecerse a las semillas certificadas por mejoramiento resultado de prácticas tradicionales). Al respecto se llevó a cabo una demanda de

inconstitucionalidad contra esta ley por violar los derechos fundamentales, caso en el que la corte Constitucional declaró exequible el artículo 4 de esta ley (Sentencia C-501 de 2014), ordenando que “debía retirar del ordenamiento jurídico la interpretación de la expresión “similarmente confundibles con uno protegido legalmente”, aplicable a los derechos de obtentor de variedad vegetal”, ya que vulneraba el principio de taxatividad, al no resultar posible definir cuáles son los actos y los productos que deben ser objetos de sanciones. Actualmente el ICA (Instituto Colombiano Agropecuario) viene redactando la nueva versión de la polémica resolución 970 que regula el uso de semillas certificadas.

Más adelante, en el año 2009 se publica la Resolución 682 de 2009 del ICA que implementa el plan de manejo, bioseguridad y seguimiento que deben cumplir los titulares de algodón genéticamente modificados. Siendo los fines el control en la distribución de semillas GM y asegurar un uso efectivo de herbicidas¹³. En ese mismo año surge la polémica Resolución 970 de 2010 del ICA, dando paso a una problemática social, económica y cultural que junto a otras problemáticas llevó al país en el 2013 a un histórico paro agrario.

Y en el año 2012 se promulgó la Ley 1518 de 2012, por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991, una nueva versión del Convenio en la que se ampliaba el plazo mínimo de protección del régimen de obtentores vegetales a 20 años, y se extendía la protección a las variedades esencialmente derivadas, dejando el reconocimiento del privilegio de agricultor a cargo de la legislación nacional y señala que se requerirá autorización del obtentor para realizar actos de posesión con fines de producción o reproducción (multiplicación) de la semilla para su comercialización, exportación o importación. Dicha norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, Sentencia C-1051 de 2012, a razón

¹³ Según Conalgodón, en 2009 en la región de Córdoba y Sucre se perdió el 15% de la cosecha, 2.400 agricultores tuvieron pérdidas en 7 mil hectáreas, por más de 7 millones de dólares. El algodón transgénico obtuvo un rendimiento de 1.762 kg/ha, mientras que el algodón no transgénico llegó hasta 2.027 kg/ha. El precio de la semilla GM fue cuatro veces mayor que la semilla tradicional de algodón. Monsanto le prometió a los agricultores que el algodón Bt les reduciría significativamente el consumo de plaguicidas; pero el 70% de los plaguicidas que utilizan los agricultores es para el control de la plaga Picudo (*Anthonomus grandis*), la cual no es controlada por el Bt.

que no se consultó a los pueblos indígenas y afrocolombianos, dentro del propósito de buscar aproximaciones sobre la manera de impedir que dicho convenio pudiese tener una repercusión directa sobre la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, desconociendo la contribución histórica de las comunidades étnicas y campesinas a la diversidad biológica, su conservación y desarrollo y a la utilización sostenible de sus componentes, así como los beneficios que tal contribución ha generado. En ese mismo sentido, es de recordar que en el capítulo 16 del tratado de libre comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos, vigente desde el 15 de mayo de 2012 era obligación de Colombia adherirse al tratado de Budapest sobre reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes, para lo cual se creó la Ley 1515 de 2012, por medio de la cual se aprueba el Tratado de Budapest, Ley que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-350 de 2013. Dichas leyes una vez más favorecen las empresas fitomejoradoras en virtud del esquema de propiedad intelectual: como los derechos de obtentores, las patentes y los secretos industriales, aumentando exponencialmente la asimetría entre las garantías a potencias agrícolas extranjeras y las sanciones a los productores nacionales.

En ese mismo año se expide el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, que en su artículo 24 señala las autoridades administrativas que ejercerán funciones jurisdiccionales, y en su numeral c) ubica al Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) en los procesos por infracción a los derechos de obtentor de variedades vegetales, fundamento legal que le otorga de facultades para sancionar a los infractores de los reglas fitosanitarias del país, siendo juez y parte en el proceso. Un asunto controversial en los procesos por infracción a los derechos de obtentor de variedades vegetales, pues por un lado reglamenta y por otro juzga, concentrando un poder que en la mayoría de las veces desfavorece la distribución equitativa de beneficios en acceso a recursos biológicos y genéticos.

3.4. COLECCIONES BIOLÓGICAS Y ACTIVIDADES DE ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS

En el año 2013 surgen los Decretos 1375 y 1376 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible sobre colecciones biológicas y permiso

de recolección de especímenes. En el 1375 se decreta: a) La administración y funcionamiento de las colecciones biológicas en el territorio nacional. b) Los derechos y obligaciones de los titulares de colecciones biológicas. c) El procedimiento de registro de las colecciones biológicas ante el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos “Alexander von Humboldt”. Siendo relevante el parágrafo 1 del artículo 4: “Las actividades de investigación científica básica con fines no comerciales que usen colecciones biológicas y que involucren actividades de sistemática molecular, ecología molecular, evolución y biogeografía molecular no configuran acceso al recurso genético de conformidad con el ámbito de aplicación del presente decreto” y Parágrafo 2. Para acceder a los recursos genéticos de los especímenes depositados en las colecciones biológicas con fines industriales, comerciales o de prospección biológica, el interesado deberá suscribir el contrato de acceso a recursos genéticos de conformidad con la legislación nacional vigente.

En el año 2014 surge la Resolución 1348 de 2014, que establece las actividades de acceso al recurso genético: 1. Las que pretendan la separación de las unidades funcionales y no funcionales del ADN y/o el ARN, en todas las formas que se encuentren en la naturaleza. 2. Las que pretendan el aislamiento de una o varias moléculas, entendidas estas como micro y macromoléculas, producidas por el metabolismo de un organismo. 3. Siempre que se pretenda solicitar patente sobre una función o propiedad identificada de una molécula, que no se ha aislado y purificado.

4. RETOS JURÍDICOS DE LA BIOTECNOLOGÍA EN COLOMBIA EN MATERIA DE ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS

El uso de nuevas tecnologías en materia biotecnológica y la protección de saberes tradicionales son asuntos que cada vez demandan una mayor regulación normativa y análisis jurídico del contexto nacional e internacional, que establezca un régimen justo y equitativo en el acceso a los recursos genéticos del país, ofreciendo garantías y beneficios a quienes dedican su esfuerzo a la promoción de una cultura biotecnológica en Colombia desde los distintos sectores académicos, empresariales, políticos y gremiales. En ese sentido, luego del análisis documental y normativo se proponen 3 desafíos que enfrenta la biotecnología en Colombia desde la perspectiva del acceso a los recursos genéticos.

4.1. INCOMPATIBILIDAD ENTRE RÉGIMENES DE ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS (DECISIÓN 391 DE 1996 DE LA CAN Y CONVENIO UPOV DE 1991) Y DISTRIBUCIÓN JUSTA Y EQUITATIVA DE LOS BENEFICIOS QUE SURJAN DE SU UTILIZACIÓN

Según Díaz (2014) en la legislación vigente de Estados Unidos es posible obtener patentes en cuatro categorías de conformidad con la norma 101 del 35 United States Code (USC): a) procesos, b) máquina, c) manufactura o d) composición de materia. En Junio de 2013, la Corte suprema de los Estados Unidos decidió definitivamente la cuestión al indicar que:

“...solo el ADN que, además de haber sido aislado del cuerpo humano, había sido sintetizado de forma artificial en los laboratorios de Myriad Genetics merecían ser protegido por patentes, pues los primeros habían sido extraídos de su ambiente natural y no difieren de los que están en la naturaleza, mientras los otros fueron artificialmente sintetizados” (p. 66).

Es decir, que en los Estados Unidos es posible patentar un gen aislado y purificado del ADN humano y vegetal, pero en Colombia la Sentencia C-977 de 1997 del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil por parte del magistrado César Hoyos Salazar, señaló lo contrario, “los recursos genéticos son todos los materiales de naturaleza biológica que contenga información genética de valor real o utilidad potencial que, al ser separados de los Recurso Biológico que los contenga, estarán sometidos a la propiedad pública, es decir, serán bienes de dominio público pertenecientes a la nación, inalienable, imprescriptibles e inembargables y deberán destinarse a propósitos de utilidad pública”. Es decir, que en Colombia no son patentables los recursos genéticos (RG) en sí mismos considerados, ni siquiera si llegan a ser aislados y purificados, debido a que estos recursos y su descubrimiento no se consideran invenciones productos del intelecto humano, no pudiendo pertenecer a ningún régimen de propiedad intelectual, salvo que dicho materia este modificado respecto a la secuencia primaria natural.

Sin embargo, el convenio UPOV de 1991 (Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales) sí permite proteger los descubrimientos de compañías agrícolas a través de un derecho de protección de obtentor que les otorga la propiedad de las variedades vegetales creadas, asunto que configura una asimetría en materia del acceso a los recursos genéticos del país, pues la inmensa diversidad de variedades

vegetales en manos de los campesinos e indígenas no están registradas oficialmente ni hacen parte de colecciones públicas, siendo susceptibles de ser apropiadas por personas naturales o jurídicas –los obtentores o sus empleadores– a través UPOV 91 cuando legítimamente pueden pertenecer a comunidades, familias o grupos campesinos e indígenas.

Es el caso de la polémica Resolución 970 del ICA que regula el uso de semillas certificadas, que a la fecha ha eliminado miles de toneladas de semillas de arroz, papa, maíz, trigo, algodón, pastos, arveja, cebada, frijol y habichuela, por atentar contra los sistemas de propiedad intelectual sobre la biodiversidad y especialmente sobre semillas. Además de configurar un delito establecido en la Ley 1034 de 2006 por la cual se modifican los artículos 257, 271, 272 y 306 del Código Penal, que dice en su artículo 4 (modifica el 306): “El que, fraudulentamente, usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de 4 a 8 años y multa de 26.6 a 1 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes”, norma que fue declarada exequible por la corte Constitucional en el artículo 4° de esta Ley (Sentencia C-501 de 2014), ordenando que “debía retirar del ordenamiento jurídico la interpretación de la expresión “similarmente confundibles con uno protegido legalmente”, aplicable a los derechos de obtentor de variedad vegetal”, ya que vulneraba el principio de taxatividad. Dicha incompatibilidad de regímenes de propiedad privada en materia de acceso a recursos genéticos genera un desbalance que pone en riesgo la protección de variedades locales, la seguridad alimentaria y las prácticas de intercambio ancestral de semillas, además de favorecer prácticas monopolísticas en las multinacionales agrícolas que impedirían una distribución equitativa de la riqueza.

4.2. LIBERTAD DE OPERACIÓN FRENTE A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Como lo afirma Chaparro (2013) “los derechos de propiedad intelectual tienen el propósito de proteger al innovador de la posible copia de sus productos y asegurar un continuo flujo de la investigación y la producción. ... sin embargo, algunos se quejan de que las patentes constituyen un obstáculo para la apropiación del conocimiento científico” (p. 129), es el caso

Colombiano, en el que existen 957 grupos de investigación reconocidos por Colciencias, de los cuales 131 tienen 565 proyectos de investigación que por ley requieren llevar a cabo contratos de acceso con el Ministerio de Medio Ambiente, y que hasta el 2010 solo se habían celebrado 46 de esos contratos, evento que contrasta con la política de ciencia, tecnología e innovación (CTI) del gobierno nacional, en la que uno de los principales lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo Colombiano 2014-2018 es impulsar el desarrollo económico y social a través de la ciencia, tecnología e innovación (Nemogá, 2010).

Al respecto es posible promover relaciones contractuales más beneficiosas para las entidades públicas en materia de otorgamiento de licencias y liberación comercial de organismos genéticamente modificados (OGM), como un acceso “restringido” a las invenciones biotecnológicas en materia agrícola por parte de las grandes compañías biotecnológicas, posibilitando la fusión de propiedad intelectual que permita el intercambio cooperativo de desarrollo tecnológico, construyendo una reglamentación colombiana que a cambio de permitir la liberación comercial de los cultivos transgénicos incorporen licencias de acceso a los “secretos industriales” por parte de las centros universitarios de investigación nacional, articulando esfuerzos no solo en la apropiación de equipos y tecnologías sino colaborando en los estudios de bioseguridad, eficiencia biológica, efecto sobre malezas y patógenos, productividad, entre otros.

Según Chaparro (2013) en el caso de la liberación comercial de cultivos genéticamente modificados se requieren conformar equipos nacionales interdisciplinarios que una conocimientos en ciencia (biología molecular, genética y transgénesis), derecho (propiedad intelectual, regulación y bioseguridad) y economía. Es sin lugar a dudas una de los obstáculos de mayor desafío, pues demanda no solo actitud política por parte del ejecutivo y legislativo, sino un giro en los modos de entender la educación tradicional, que fragmenta el saber desconociendo la complejidad y rica diversidad de las múltiples realidades sociales. Asunto que no se resuelve con dobles titulaciones sino con una reforma curricular que posibilite en trabajo interdisciplinar y transdisciplinar con nuevos campos del saber articulados con la agenda económica nacional.

4.3. DIFICULTADES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DECISIÓN 391 EN COLOMBIA A PARTIR DE LOS CONTRATOS DE ACCESO

Según Ruiz (2007) uno de los principales obstáculos en la plena implementación de la decisión 391 en Colombia es la complejidad misma de la norma, en cuanto a su forma y contenido. Por ejemplo, la decisión incluye seis formas contractuales distintas (contratos de acceso, contratos accesorios, contratos de acceso marco, contratos de administración, contratos de depósito y el anexo al contrato de acceso).

Los costos de transacción que implica tener tantos contratos diferentes dificulta de por sí la aplicabilidad de la Decisión. En ese mismo sentido, Díaz (2014) comenta que en Colombia el contrato de acceso a los recursos biológicos y genéticos busca el acuerdo entre la autoridad nacional competente en representación del Estado y una persona solicitante, el cual establece los términos y condiciones para el acceso a los recursos genéticos Decisión 391 de 1996, sin embargo, el solicitante debe responder con condiciones de difícil cumplimiento como: a) participación de nacionales de la subregión, b) señalar mecanismos de transferencia tecnológica, c) fortalecer las capacidades de las comunidades indígenas o afrodescendientes que habiten en la zona de exploración, d) indicar modo de distribución de beneficios derivados del uso de los recursos.

Al respecto la sentencia C-1051 de 2012 que declaró inexecutable la ley 1518 de 2012 por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, a razón que no se consultó a los pueblos indígenas y afrocolombianos, dentro del propósito de buscar aproximaciones sobre la manera de impedir que dicho convenio pudiese tener una repercusión directa sobre la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, desconociendo la contribución histórica de las comunidades étnicas y campesinas a la diversidad biológica, su conservación y desarrollo y a la utilización sostenible de sus componentes, así como los beneficios que tal contribución ha generado.

Por otro lado, pensar que un particular o un centro de investigación universitario cumplan con todos los trámites que exige dicho contrato de acceso, cuando al final no pueden esperar ninguna protección a su producción intelectual en materia de acceso a recursos genéticos, contribuye

al desestímulo en la innovación biotecnológica en el país, resultando desfavorable no solo en la promoción de una cultura biotecnológica sino en la progresiva “penetración” de tecnologías foráneas que buscan su beneficio en contra de la producción interna.

CONCLUSIONES

Al analizar la sentencia C-977 DE 1997 del consejo de estado, sala de consulta y servicio civil por parte del magistrado Cesar Hoyos Salazar a la luz de los desafíos que demanda en país en materia de acceso a los recursos genéticos, por considerarla una jurisprudencia hito en su material, resulta evidente la falta de una lectura global de las implicaciones que tendría el uso de la biotecnología en el siglo XXI, que contrastado con el concepto 2215 de 2003 de la superintendencia de industria y comercio sobre la separación entre procedimiento y material genético en el marco del régimen de propiedad industrial, pone en evidencia la imperiosa necesidad de promover una transformación sustancial en los modos de proteger y comercializar el capital genético de la nación.

Sin lugar a dudas, el contraste entre la robusta normatividad internacional que protege a los productores de variedades vegetales frente a la vulnerable informalidad del uso y comercio de las variedades locales de campesinos e indígenas, demanda una transformación legislativa en la materia, así como mayores esfuerzos investigativos que profundicen en la interpretación jurídica de los convenios y tratados internacionales que pretenden liberar el comercio de organismo genéticamente modificados en el país. Contemplar la posibilidad de permitir las patente de genes en Colombia en materia agrícola, farmacéutica, industrial y médica, estimularía no solo la investigación sino la consolidación de nuevos enfoques biotecnológicos en el mercado mundial, pues pretender seguir construyendo “muros” frente al acceso a recursos genéticos en un mundo que cada vez más demanda bienes y servicios biotecnológicos es un desacierto en la escena investigativa internacional.

Así mismo, es necesario flexibilizar los requisitos de celebración de contratos de acceso, sin vulnerar los derechos económicos y sociales de las comunidades, pues “frenos” constitucionales como la consulta previa o modos de distribución de los beneficios desaceleran la incipiente industria

biotecnológica en el país, pues sobrecargan de tramites a equipos de investigadores que rara vez trabajan de modo interdisciplinar.

Por otro lado, efecto de la dinámica económica del país en materia de tratados de libre comercio y acuerdos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, bajo el supuesto de protección ante la piratería o falsificación internacional; el país ha recibido de forma pasiva la imposición de tratados como el de Budapest que “chocan” con otras regulaciones internacionales como la decisión 391 de 1996, haciendo que los congresistas, organizaciones sociales, sectores académicos y partidos políticos intervengan no de modo propositivo y transformador en la industria biotecnológica sino a la defensiva y en actitud contestataria contra las regulaciones impuestas, sin socialización y debate nacional. Situación que en vez de ponernos a la vanguardia nos ubica en la retaguardia del devenir científico-tecnológico.

Finalmente, ha sido gracias a los sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que las organizaciones sociales han podido proteger los conocimientos ancestrales en el mejoramiento de las semillas y sus formas comunitarias de comercio de los compañías trasnacionales, sin embargo, no ha contado con la misma suerte el agro en regiones del país con vocación arroceras, algodónera o maicera, pues desde hace años vienen sufriendo cuantiosas pérdidas económicas por la siembra, consumo y comercialización de alimentos genéticamente modificados (GM), siendo cada vez más evidente los problemas en la producción, por la dependencia y poca efectividad de herbicidas, resultando de prioridad para los gobiernos de turno la aprobación de los convenios internacionales en vez de los rigurosos requisitos de licencias ambientales de los cultivos GM y su seguimiento de plan de manejo y bioseguridad.

Finalmente, son muy pocas las acciones, que a la luz del Código de procedimiento administrativo y de los contenciosos administrativo se hayan realizado en contra de los actos administrativos que deciden un patentamiento o regulan un acceso, comercio de recursos biológicos y/o genéticos. Así mismo, son pocas las demandas por la conformación de oligopolios en el acceso a los recursos genéticos. Es una tarea pendiente el uso de mecanismos e instrumentos efectivos en la defensa de los derechos de competencia, bioseguridad, sostenibilidad (seguridad alimentaria), entre otros.

REFERENCIAS

- Audesirk, T. (2003). *Biología: la vida en la tierra*. México: Pearson Educación.
- Bayona, A. (2011). *Análisis de los efectos generados por la decisión 391 sobre el régimen común de acceso a los recursos genéticos de la CAN en el fenómeno de la biopiratería 1996-2010*. Tesis de pregrado. Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Bogotá.
- Bergel, S. (1998). La declaración universal de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos humanos. *Cuadernos de Bioética*, 21, 387-405, Recuperado de <http://aebioetica.org/revistas/1998/2/34/387.pdf>
- Braña, M. (2005). La verdadera historia de la Aspirina. *Revista Real Academia Nacional de Farmacia*, (71), 813-819. Recuperado de https://www.researchgate.net/profile/Luis_Alberto_Rio/publication/39247737_La_verdadera_historia_de_la_Aspirina/links/566ff50908ae4d9a4259840c.pdf?origin=publication_detail
- Bodenheimer, E. (2012). *Teoría del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Campbell, N., Mitchel, L., Reece, J. (2002). *Biología, conceptos y relaciones*. México: Pearson Educación.
- Carnelutti, F. (2004). *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Temis.
- Collins, F. (2007). *¿Cómo habla Dios?: la evidencia científica de la fe*. México: Planeta Mexicana.
- Comunidad Andina de Naciones (2016). *Somos comunidad andina*. Recuperado de: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=189&tipo=QU&title=somos-comunidad-andina>
- Curtis, H. (2000) *Biología general*. España: Médica Panamericana.
- Chaparro, A. (2013). *Propiedad intelectual y regulación en biotecnología vegetal: el caso de los cultivos genéticamente modificados*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional. Facultad de Ciencias.
- Díaz, L. (2014). *Criterios de patentabilidad y derecho de la competencia: comparación entre la legislación estadounidense y la colombiana desde la perspectiva de la biotecnología*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Espinel, N., Uscátegui, M. & Cortés, A. (febrero, 2012). El papel de la biotecnología moderna en la agricultura sostenible. *Biotecnología y Educación*. Recuperado de: <http://www.agrobio.org/bfiles/agro-biofile-27.pdf>
- Foucault, M. (1976). *Historia de la sexualidad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Gómez, Y. (2008). *La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación informativa*. Trabajo presentado en el XVI Congreso Derecho y Salud. España.
- Grupo Semillas (2013). Las leyes que privatizan y controlan el uso de las semillas, criminalizan las semillas criollas. *Revista Biodiversidad* 78. Recuperado de: <https://www.grain.org/es/article/entries/4821-ya-viene-la-nueva-970-recargada-las-leyes-que-privatizan-y-controlan-el-uso-de-las-semillas-criminalizan-las-semillas-criollas>
- Grupo semilla (9 de mayo de 2007). *El gobierno de Colombia aprobó el cultivo de maíz transgénico: una estocada mortal a la biodiversidad y a la soberanía alimentaria*.

Recuperado de: <http://colectivodeabogados.org/EL-GOBIERNO-DE-COLOMBIA-APROBO-EL>

- Guerra, Y. (2007). *Ética, bioética y legislación en biotecnología*. Revista Latinoamericana de Bioética 8(13), 80-87.
- Moure, E. (2005) Los retos jurídicos que plantea la biotecnología. *Revista Fundación de las Ciencias de la Salud*, 13(2), 20-35. Recuperado de <https://www.ajs.es/files/documentos/premios/vol1324.pdf>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2014). *Informe nacional de biodiversidad de Colombia, ante el convenio de diversidad Biológica*. Recuperado de: <http://www.undp.org/content/dam/colombia/docs/MedioAmbiente/undp-co-informebiodiversidad-2014.pdf>
- Mayr, E. (1998). *Así es la biología*. Madrid: Debate.
- Naciones Unidas (2016). *Convenio sobre diversidad biológica*. Recuperado: <http://www.un.org/es/events/biodiversityday/convention.shtml>
- Noguera, R. (2002). *Introducción general al derecho*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Orlay, E. & Roa R. (2013) Incursión de la biotecnología en la educación: tendencias e implicaciones. *Revista Colombiana de Biotecnología* 15(2), 1-56.
- Palomino, R. (2008). *Responsabilidad médica consentimiento informado y nuevas tecnologías*. Tesis de pregrado. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá.
- Riquelme, H. (2004). La medicina bajo el nazismo: una aproximación histórico-cultural. *Revista Medicina UPB*, 23(1), 25-47.

NORMAS JURÍDICAS

- Congreso de Colombia. (11 de agosto). Ley aprueba el “Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT)” [Ley 463 de 1998]. D.O: 43.360
- Congreso de Colombia. (12 de julio). Ley Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012]. D.O: 48.489
- Congreso de Colombia. (13 de abril). Ley que aprueba el “Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales” [Ley 1518 de 2012]. D.O: 48.400. Declara da inexecutable Sentencia C-1051-12
- Congreso de Colombia. (15 de diciembre de 1994). Ley de Acuerdo por el que se establece la “Organización Mundial de Comercio (OMC)” [Ley 170 de 1994]. D.O: 41.637
- Congreso de Colombia. (22 de diciembre de 1993). Ley de creación del ministerio de medio ambiente [Ley 99 de 1993]. D.O: 41.146
- Congreso de Colombia. (22 de junio). Ley que modificó los artículos 257, 271, 272 y 306 del Código Penal. [Ley 1032 de 2006]. D.O: 46.307
- Congreso de Colombia. (23 de mayo de 1973). Ley de Aprobación del Acuerdo Subregional Andino [Ley 8 de 1973]. D.O: 33.853

- Congreso de Colombia. (24 de mayo). Ley que aprueba el “Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica” [Ley 749 de 2002]. D.O: 44.816
- Congreso de Colombia. (6 de febrero). Ley que aprueba el “Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en materia de Patentes” [Ley 1515 de 2012]. D.O: 48.335
- Congreso de Colombia. (9 de noviembre). Ley Convenio sobre la Diversidad Biológica [Ley 165 de 1994]. D.O: 41.589
- Constitución Política de Colombia de 1991 [Const.] (1991) 2da ed. Bogotá: Legis.
- Instituto Colombiano Agropecuario. (10 de marzo). Resolución que establecen los requisitos para la producción, acondicionamiento, importación, exportación, almacenamiento, comercialización y/o uso de semillas para siembra en el país, su control y se dictan otras disposiciones [resolución 970 de 2010]. D.O: 47.648
- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (6 de Diciembre). Decreto que establece el marco regulatorio de los Organismos Vivos Modificados, OVM [Decreto 4525 de 2005]. D.O: 46.115
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (1 de julio). Decreto que reglamentar el Sistema Nacional de Áreas Protegidas [Decreto 2372 de 2010]. D.O:47757
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (14 de agosto). Resolución que establecen las actividades que configuran acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados para la aplicación de la Decisión Andina 391 de 1996 en Colombia [Resolución 1348 de 2014]. D.O: 49.259
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (25 de febrero). Decreto que reglamenta la investigación científica sobre diversidad biológica [Decreto 309 de 2000]. D.O: 43.915
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (27 de diciembre). Decreto que reglamenta el Permiso de Estudio para la recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con ‘fines de investigación científica no comercial [Decreto 1376 de 2013]. D.O: 48.834
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (27 de junio). Decreto que reglamentan las colecciones biológicas [Decreto 1375 de 2013]. D.O: 48.834
- Ministerio del Interior. (13 de julio). Decreto que reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio [Decreto 1320 de 1998]. D.O: 43.340

JURISPRUDENCIA

- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil (8 de agosto de 1997) Sentencia C-977 de 1997. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez]
- Corte Constitucional (16 de julio de 2014). Sentencia C-501 de 2014. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez]

Corte Constitucional (5 de diciembre de 2012). Sentencia C-1051 DE 2012. [MP César Hoyos Salazar]

Corte Constitucional (19 de junio de 2013). Sentencia C-350 de 2013. [MP Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional (4 de febrero de 2013). Sentencia C-071 de 2013. [MP Álvaro Tafur Galvis].

OTROS DOCUMENTOS

Asamblea Médica Mundial (1964). Declaración de Helsinki, adoptada por la 18ª Asamblea, Helsinki, Finlandia.

Comunidad Andina de Naciones. (1995). Decisión 345. Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales.

Comunidad Andina de Naciones. (1996). Decisión 391. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.

Comunidad Andina de Naciones. (2000). Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

Tratado de Budapest, sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en materia de Patentes (1977).

UNESCO (2003a). Declaración internacional sobre los Datos Genéticos Humanos.

UNESCO (2003b). Declaración Universal de la Bioética y Derechos Humanos.

Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (1978). UPOV 78.

Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (1991). UPOV 91.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN INVESTIGACIÓN CLÍNICA*

ALEXANDER CARREÑO DUEÑAS**
NORHYS TORREGROSA JIMÉNEZ***

Sumario: Introducción 1. Otorgamiento del consentimiento informado 2. Principios fundamentales del consentimiento informado 2.1 La información 2.1.1 Aspectos generales 2.1.2 Riesgos y beneficios 2.1.3 Terapias y procedimientos del estudio 2.2 Comprensión 2.3 Vulnerabilidad 2.4 Voluntariedad. Conclusiones. Referencias. Figura 1. Proceso continuo de otorgamiento del consentimiento informado

INTRODUCCIÓN

La investigación clínica no es un campo tranquilo, porque esta se enfrenta a los dilemas éticos, que implican las indagaciones en donde los *sujetos de investigación* son personas, uno de estos aspectos que afrontan

* El capítulo del libro es producción en colaboración académica entre los Proyectos de la Línea de investigación: Aspectos psicológicos, sociales y culturales del cáncer en Colombia, del Grupo Investigaciones Clínicas en Cáncer Categoría B COLCIENCIAS del Instituto Nacional de Cancerología Bogotá Colombia. Correo electrónico: carreno@cancer.gov.co y del Proyecto de Investigación Bioética y Derecho, en el marco del Grupo de Investigación Socio Humanística del Derecho GISHD clasificado en D en COLCIENCIAS realizado con el apoyo estructural y financiero de la Universidad Santo Tomás, Sede Bogotá. Correo electrónico: norhytorregrosa@usantotomas.edu.co

** Médico cirujano, Especialista en Epidemiología y gestión hospitalaria, Máster en administración en salud. Coordinador de Investigación clínica, Instituto Nacional de Cancerología. Miembro del Grupo INVESTIGACIONES CLÍNICAS EN CÁNCER Categoría B COLCIENCIAS, dentro de la línea de investigación: Aspectos psicológicos, sociales y culturales del cáncer en Colombia. Correo electrónico: jcarreno@cancer.gov.co

*** Doctora en Derecho, Magíster en Estudios políticos Universidad Javeriana, Magister en Docencia Universitaria, Universidad de la Salle. Licenciada en Ciencias Sociales y Filosofía. Directora Centro de Investigaciones Socio-jurídicas CIFRAVI Universidad Santo Tomás.

los investigadores es el del Consentimiento informado (CI) es definido por el Centro Nacional para la Información en Biotecnología por sus siglas en inglés (NCBI) como la autorización voluntaria de un sujeto de investigación, con una comprensión completa de los riesgos involucrados para la práctica de procedimientos de investigación (The National Center for Biotechnology Information (NCBI), 2015). Aunque actualmente el CI también se aplica en la atención sanitaria para permitir que los pacientes puedan decidir libremente la aceptación o rechazo a los tratamientos.

La Asociación Médica Americana por sus siglas en inglés (AMA), en su manual de ética médica considera al CI como el pilar fundamental de la ética médica actual y se fundamenta en el derecho de un sujeto a recibir información del médico necesaria para tomar sus decisiones (World Medical Association, 2009).

Desde que fue promulgado por primera vez en el tribunal internacional de Nüremberg en 1946, el CI se ha convertido en un mecanismo para proteger la autonomía de las personas sobre decidir libremente su participación en investigación clínica experimental (Vollmann J & Winau R, 1996) y actualmente se constituye en un requisito indispensable en cualquier investigación experimental (Annas & Grodin, 1992).

Los fundamentos del CI son el principio de autonomía y libertad que tiene cualquier persona que se encuentre mentalmente competente para aceptar o rechazar cualquier forma de participación, intervención o procedimiento de investigación (Dhar & Dhar, 2012); por lo tanto el consentimiento informado se constituye en un acuerdo de voluntades entre el investigador y el sujeto participante, que deberá regirse bajo las dimensiones de confianza, sinceridad, claridad, respeto, ausencia de manipulación, engaño o coerción (Saavedra & J., 1999).

En la primera declaración de Helsinki en 1964, se estableció que es deber del investigador velar por la protección de la vida, la salud, la dignidad, la integridad, el derecho a la autodeterminación, la intimidad y la confidencialidad de los sujetos (World Medical Association, 2013). En 1979 con el informe de Belmont, se establecieron las guías éticas para la protección de los seres humanos que participen en investigación experimental y se definieron los principios fundamentales que debe contener el CI como son, la información, la comprensión y la voluntariedad (National Commission for the Protection of Human of Biomedical and Behavioral Research, 1979).

En 1995 la Organización Mundial de la Salud (OMS), publicó las guías de buena práctica clínica (GPC) para regular la investigación farmacológica con seres humanos; donde se estableció que los principios del consentimiento informado deben ser implementados en cada investigación (World Health Organization, 1995); de la misma manera en las guías del Consejo para la Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas por sus siglas en inglés (CIOMS), se estableció como un requisito fundamental para el desarrollo de investigaciones clínicas, que el otorgamiento del CI de un sujeto participante debe ser previo a su participación (“International ethical guidelines for biomedical research involving human subjects”, 2002).

En Colombia con la resolución 8430 de 1993, se definió el riesgo de las investigaciones clínicas y aquellas que sean consideradas con un riesgo superior al mínimo, deberán contar con un consentimiento informado firmado por escrito por el sujeto o por su representante legal. En tal razón el CI se convirtió en un documento legal y en un mecanismo para respetar la dignidad, la protección de los derechos y el bienestar de los sujetos participantes de investigaciones (República de Colombia Ministerio de Salud, 1993). En la misma resolución se estableció que el CI debe incluir información sobre el propósito de la investigación, la justificación, los procedimientos que le realizarán al sujeto participante, los riesgos y beneficios, aspectos logísticos y administrativos entre otros, para que el sujeto con pleno conocimiento de la naturaleza del estudio a que se someterá, autorice voluntariamente su participación (Corte constitucional de Colombia, 1994).

Los requisitos mínimos de obligatorio cumplimiento para que el consentimiento informado tenga validez son¹:

- Identificación plena de quien otorga el consentimiento
- Identificación plena del paciente, su edad y su sexo
- Identificación del diagnóstico de sus patologías
- Identificación del tratamiento (s), a implementar.
- Evolución de sus patologías con especificidad en las consecuencias de la misma sin tratamiento y con tratamiento.

¹ Al respecto y como comentario conexas, es importante resaltar la importancia jurídica de la historia clínica en la temática analizada (Correa, 2015).

- Una relación estadística de los riesgos y complicaciones, indicando de mayor a menor su presentación e informados sin alarmar al paciente.

La validez y la calidad de la información que contenga este documento es sujeto de revisión por parte de los comités de ética de las instituciones que conducen estudios de investigación y del Instituto Nacional para la Vigilancia de Medicamentos y Alimentos en Colombia (INVIMA) (“Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos. INVIMA,” n.d.); incluso de agencias regulatorias internacionales como la Administración de Medicamentos y Alimentos, por sus siglas en inglés (FDA) (“U.S. Food and Drug Administration,” n.d.), la Agencia Europea de Medicinas, por sus siglas en inglés (EMA) (Science Medicines Health, n.d.), La Conferencia Internacional de Armonización, por sus siglas en inglés (ICH) (“The International Conference on Harmonisation,” n.d.).

Consolidar la información disponible relacionada al consentimiento informado puede ser de utilidad tanto para los investigadores en mejorar el proceso de obtención del consentimiento informado y para los sujetos participantes en obtener una comprensión de los alcances de la investigación en que participará. Se revisaron documentos normativos, guías y recomendaciones nacionales e internacionales, artículos publicados en inglés y en español que contuvieran las siguientes palabras clave: consentimiento informado, sujetos de investigación, experimentación humana, ensayos clínicos controlados, investigación biomédica; se utilizaron operadores booleanos, AND, OR, NOT y sus combinaciones. Las principales bases de datos consultadas fueron: MedLine, EBSCO, The Science Direct, The Cochrane Library, Embase, LILACS. Los artículos fueron seleccionados con base al título, al resumen, la fecha de publicación, el idioma y su relación con el tema de revisión.

1. OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Opuestamente a lo que se conoce, el consentimiento informado no se obtiene sino se otorga y lo hace el sujeto participante quien también lo puede retirar en cualquier momento sin que esto le signifique algún tipo de sanción o afecte la atención médica que venga recibiendo (World Medical Association, 2013) (“National Institute of Mental Health (NIH). Guía para los Participantes sobre Investigaciones Clínicas de la Salud Mental,” 2015)

El proceso de otorgamiento del consentimiento informado empieza cuando un investigador tras haber identificado un posible participante le realiza una evaluación de los riesgos y beneficios que le representen para su estado salud, el participar en un estudio de investigación; para que de esta manera pueda determinar si es candidato a participar (figura 1). En dado caso que el sujeto sea candidato, el investigador deberá informarle sobre los aspectos generales y específicos del estudio, posteriormente el investigador deberá evaluar la competencia que tiene para consentir y de esta manera hacer entrega del documento y en caso que el candidato decida otorgar voluntariamente su consentimiento, proseguir con las respectivas firmas.

El otorgamiento del consentimiento no comienza ni termina únicamente con la firma del documento por parte del sujeto, el investigador y los testigos (Flory & Emanuel, 2004). La firma es tan solo el producto final de un proceso que debe ser dinámico y de dialogo permanente entre el investigador y el sujeto participante; que no tiene fecha de vencimiento y que requiere renovarse cada vez que se realicen cambios al protocolo de investigación o cuando se vea comprometida la seguridad del participante, ya sea porque el sujeto experimenta efectos adversos con la terapia de estudio o porque su salud se pone en riesgo (Helgesson & Eriksson, 2011).

El proceso de otorgamiento del consentimiento informado, merece toda la atención, rigurosidad y respeto como si se tratase de una consulta médica; por lo que debe hacerse en un ambiente físico adecuado y privado. El investigador debe permitir un diálogo y destinar el tiempo necesario para explicar al sujeto en que consiste la investigación. En caso que el candidato tenga interés en participar; se le deberá suministrar una copia escrita del consentimiento en el idioma que hable el candidato y permitirle a Él o a su representante legal, el tiempo suficiente para que lo consulte con sus familiares o allegados. En caso que el sujeto decida participar voluntariamente en el estudio, deberá firmar el documento en presencia del investigador y de dos testigos que el participante considere pertinentes o los que la institución provea.

En este proceso dinámico el equipo de investigadores deben analizar periódicamente la información de seguridad del estudio que le provee el patrocinador a través de los *Serious Adverse Event* (SAE) y los *Suspected Unexpected Serious Adverse Reaction* (SUSAR) y determinar en el sujeto participante el nivel de riesgo a que se está exponiendo (International

Conference on Harmonisation (ICH), 1996). Todas las modificaciones realizadas al protocolo de investigación y la información de seguridad deben ser informadas al sujeto para que de esta manera voluntariamente decida continuar en la investigación y otorgue un nuevo consentimiento; actividad que se conoce comúnmente como re-consentir.

2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Estos principios fueron establecidos de tal manera que estuvieran contenidos en el documento escrito; sin embargo estos mismos elementos deben ser utilizados por el investigador para el otorgamiento inicial del CI y durante el desarrollo de la investigación.

2.1. LA INFORMACIÓN

Uno de los elementos fundamentales que favorece el entendimiento de los sujetos del consentimiento informado es la información que le provea el investigador (Nishimura et al., 2013); esta debe contener los elementos de calidad dispuestos por la declaración de Helsinki (Lynoe, Sandlund, Dahlqvist, & Jacobsson, 1991) y se le considera como un derecho que favorece la toma de decisiones de los sujetos sobre participar en un estudio de investigación (Brigard & María, 2004).

El investigador debe apoyarse en los principios éticos y científicos que rigen en toda nueva investigación médica; debe revisar la investigación pre clínica y la evidencia científica disponible que justifique su realización con seres humanos (Daicos, 2001). Toda la información científica, la justificación, los objetivos y el diseño metodológico del estudio deberá ser completamente conocida y comprendida por el investigador de tal manera que pueda responder a las preguntas que surjan tanto por los comités de ética de las instituciones donde se conducirá el estudio y por los sujetos participantes (International Conference on Harmonisation (ICH), 1996).

La información que proporcione el investigador al sujeto deberá tener un lenguaje sencillo, sin tecnicismos y de fácil comprensión (Christenbery & Miller, 2008); pero con claridad y prudencia frente a las posibilidades de respuesta, curación, recaída o pronóstico de supervivencia, deberá ser suficiente y precisa respecto a los riesgos y beneficios del estudio (Agre et al., 2003).

2.1.1 Aspectos generales

Deberá hacer una descripción general del estudio que incluya:

- En que consiste el estudio de investigación.
- Cuáles son los propósitos y la justificación de realizarlo.
- Descripción de la terapia de investigación y explicación de los mecanismos de acción.
- Duración estimada de la participación del sujeto y la duración total del estudio.
- Descripción detallada de la frecuencia de exámenes y procedimientos que se le realizarán.
- Explicar cómo la institución y el equipo de investigación mantendrán la confidencialidad de sus datos personales y de su información clínica.
- Explicar cómo se protegerá al participante en caso de que ocurran lesiones o daños resultantes de la participación y la previsión de atención médica inmediata.
- Informar al sujeto si va a recibir algún tipo de compensación económica por participar (“U.S. Food and Drug Administration, Regulatory Information. Payment to Research Subjects,” 2015).
- Explicar cómo se indemnizará al paciente en caso de sufrir una discapacidad secundaria a la terapia del estudio y la existencia de pólizas y compensaciones legales con que cuenta la institución donde se realizará la investigación.
- Explicar las razones por las cuales se podría dar por terminada la participación en el estudio.

2.1.2 Riesgos y beneficios

Realizar una clara y completa descripción de los riesgos y beneficios de participar en el estudio, que incluya:

- Frecuencia de ocurrencia de riesgos físicos y psicológicos.
- Riesgos sociales debido a posibles rupturas en la confidencialidad que lleven al estigma o a discriminación social.
- Riesgos económicos, tales como gastos de viajes o tiempo sin trabajar.

- Riesgos mínimos y habituales, tales como incomodidad al tomar muestras de sangre.
- Riesgos severos, discapacidades e incluso la muerte.
- Beneficios directos que incluyan aquellos directamente relacionados con los resultados del estudio. Por ejemplo, beneficios por los efectos de un estudio de diagnóstico o un agente experimental.
- Beneficios indirectos vinculados a la salud como obtener mejores cuidados o atención extra por parte del equipo de investigación.
- Beneficios generales como cuando sus acciones producirán una mejora a otras personas.
- Otros beneficios como los que se presentan a la sociedad debido a las perspectivas de tener una población más saludable.

2.1.3. *Terapias y procedimientos del estudio*

De acuerdo al diseño del estudio, debe explicar las terapias incluidas en cada brazo de tratamiento del estudio, como se garantizará una distribución equitativa y la posibilidad de asignación aleatoria a uno de los brazos, (Freedman, 1987). Informar sobre alternativas disponibles de tratamiento distintas a las del estudio de investigación, que puedan resultar beneficiosas para el sujeto y cuando aplique, explicar que es un placebo y porqué se incluye en el estudio (Hrobjartsson & Gotzsche, 2001), (De La Fuente-Fernandez & Stoessl, 2002).

2.2. COMPRENSIÓN

La comprensión le permite al investigador determinar la competencia que tiene un sujeto para consentir (National Commission for the Protection of Human of Biomedical and Behavioral Research, 1979). El proceso de otorgamiento del consentimiento informado requiere de tiempo; por lo que el investigador debe permitirle al sujeto que consulte con sus familiares para que tome una decisión y en caso que manifieste dudas, responderlas adecuadamente (Montalvo & Larson, 2014).

Se deben tener presente que algunos factores como el nivel educativo y el estrato socio económico, afectan de una manera directa la forma como un

paciente comprende y entiende las indicaciones impartidas por un equipo de salud (Surbone, 2008) (Zavala-Sarrio, Gutierrez, & Chiang, 2007), de tal manera que el investigador debe determinar la capacidad de decisión del sujeto identificando:

- Habilidad de comprensión y capacidad de decisión.
- Identificar algún desorden mental, lesión cerebral adquirida o demencia.
- Identificar la presencia de discapacidades intelectuales.
- Debe explicar los deberes y las responsabilidades del sujeto en la investigación.

El investigador debe evaluar si el sujeto ha comprendido y captado adecuadamente la información sobre los aspectos de la investigación, puede utilizar una prueba oral o escrita; esto le permitirá determinar el grado de comprensión del sujeto participante y si está en capacidad de ejercer plena autonomía en su decisión. En tal caso que el sujeto tenga una pobre comprensión de la información, el investigador debe enfocar sus esfuerzos en mejorar los aspectos que no fueron entendidos o que son confusos (Flory & Emanuel, 2004) (Nishimura et al., 2013).

2.3. VULNERABILIDAD

Implica el deber de brindar una protección adicional a poblaciones especiales que no tengan la capacidad de proteger sus propios intereses o cuando se encuentran bajo circunstancias específicas que las convierten en vulnerables (Luna & F., 2014). Algunos grupos que pueden ser considerados vulnerables, pero que no necesariamente lo son, pueden ser:

- Grupos y comunidades étnicas, especialmente cuando su lenguaje sea distinto al del investigador, en este aspecto deberá revisar cuidadosamente la traducción de los documentos y su significado. (Dickert & Sugarman, 2005).
- Población infantil, a quienes la información les deberá ser suministrada en un lenguaje sencillo y fácil de entender (O'Lonergan & Milgrom, 2005).
- Grupos de muy avanzada edad (Barron, Duffey, Byrd, Campbell, & Ferrucci, 2004).

- Personas con enfermedades críticas o incurables y en estados terminales (Verastegui, 2006).
- Poblaciones que estén de alguna manera subordinados, como fuerzas militares.

2.4 VOLUNTARIEDAD

Se constituye en el elemento que valida la participación de un sujeto en una investigación y debe reflejar condiciones libres de influencias y coerciones indebidas (E. J. Emanuel, 2004) (Sears, 2005). El respeto por la autonomía se fundamenta en la confianza y la cooperación que se establezca entre el investigador y el sujeto participante (Visbal I. Gloria C., 2010).

El investigador debe explicar la voluntariedad de la participación, debe responder a las expectativas que le surjan (Wray, Stryker, Winer, Demetri, & Emmons, 2007) (Kass, Maman, & Atkinson, 2005) y aclarar que puede retirar su consentimiento en cualquier momento sin que exista alguna penalidad o pérdida de beneficios a los cuales el sujeto tiene derecho.

- Se deben evitar factores que interfieran con la voluntad del paciente (Marcovitch, 2007) como:
 - o Realizar amenazas de daño a la salud si no participa
 - o Establecer inminencia de muerte si no acepta el tratamiento
 - o Realizar incentivos inadecuados o recompensas excesivas (ofrecer dinero, objetos, etc.)
 - o Realizar falsas promesas o expectativas frente a los resultados del estudio
- Se deben evitar actitudes que provoquen coerción en la decisión del sujeto (Hawkins & Emanuel, 2005).
 - o Presiones injustificadas.
 - o Ejercer algún tipo de autoridad.
 - o Realizar algún tipo de manipulación emocional.

CONCLUSIONES

Aunque el propósito de la investigación clínica sea generar nuevo conocimiento para comprender mejor las enfermedades (Houghton Mifflin

Harcourt, 2015); nunca se deben vulnerar los derechos y la autonomía de los sujetos participantes (Claessens, Bernat, & Baron, 1995) (Tuthill, 1997).

En investigación clínica, se debe hacer una clara distinción entre legalidad y legitimidad, porque no todo lo legal es legítimo. El cumplimiento de los requisitos dentro de un marco regulatorio y la obtención del consentimiento informado favorece la legalidad en investigación clínica y es una condición que está vigilada por de las agencias regulatorias. Pero la legitimidad vista como la conformidad con los principios éticos en la investigación, es una responsabilidad que enfrentan los comités de ética y el investigador quien es el garante de la seguridad al ejercer un rol de protector de la salud de los sujetos participantes (Outomuro, 2004) y aunque el CI sea considerado como un requisito ético, no todas las veces es suficiente para que una investigación clínica sea ética (E. Emanuel, 1999).

El investigador clínico tiene un deber en velar por la protección de la vida, la salud, la dignidad, la integridad, el derecho a la autodeterminación, la intimidad y la confidencialidad de los sujetos que enrole en un estudio, en tal virtud la dimensión que adquiere el consentimiento informado no termina con la firma del documento por las partes involucradas. El otorgamiento del consentimiento informado que hace un sujeto es un voto de confianza hacia el investigador y en contra prestación este debe mantener un proceso continuo de valoración de riesgos para la seguridad del sujeto participante a medida que la investigación avanza y así determinar la permanencia del sujeto en el estudio (Fried, 2001). Lo que convierte al CI en proceso dinámico de permanente diálogo y evaluación de riesgos.

REFERENCIAS

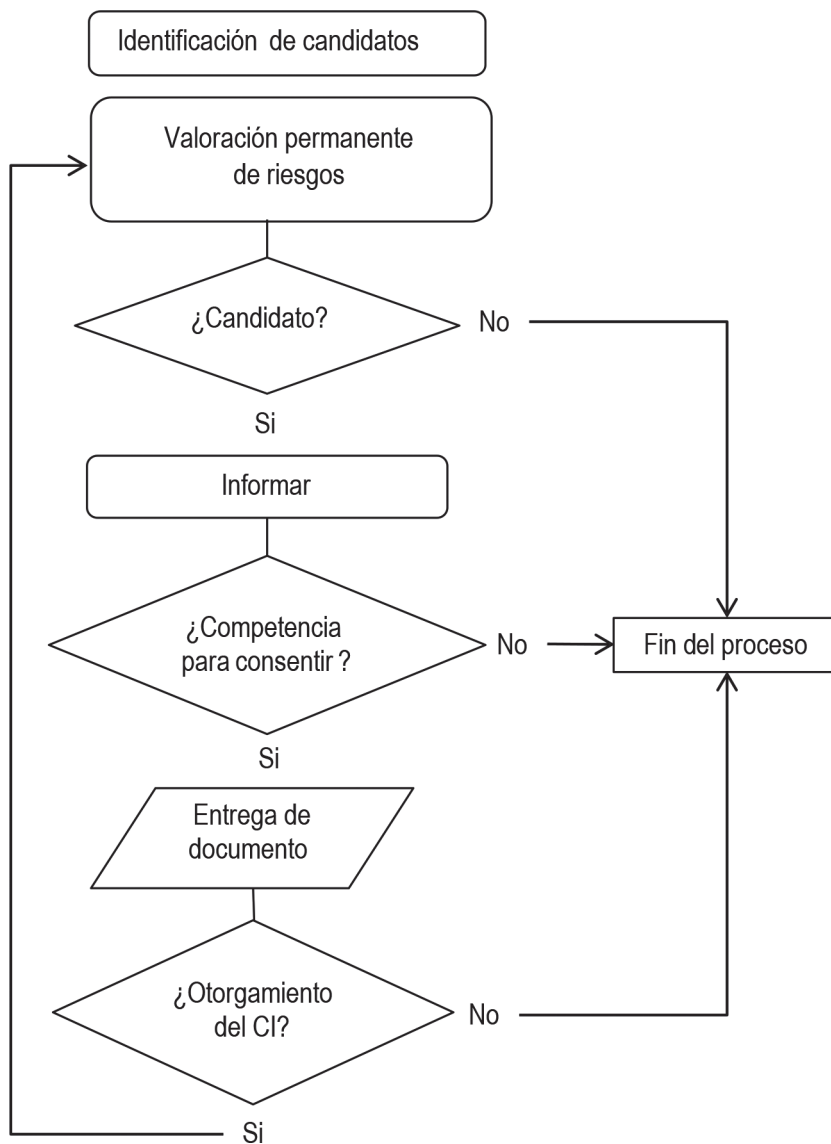
- Agre, P., Campbell, F. a, Goldman, B. D., Boccia, M. L., Kass, N., McCullough, L. B.,... Wirshing, D. (2003). Informed Consent: the Medium Is Not the Message. *Irb: A Review of Human Subjects Research., Suppl* (United States NT - 25 refs. KIE Bib: human experimentation/informed consent PT - Journal Article LG - English), S11–S19.
- Annas, G. J., & Grodin, M. A. (1992). *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code Human Rights in Human Experimentation*. Monograph Collection (Matt - Pseudo).
- Barron, J. S., Duffey, P. L., Byrd, L. J., Campbell, R., & Ferrucci, L. (2004). Informed consent for research participation in frail older persons. *Aging Clinical and Experimental Research*, 16(1), 79–85.
- Brigard, D., & María, A. (2004). Consentimiento informado del paciente. *Revista Colombiana de Gastroenterología*, 19(4), 277–280.

- Christenbery, T. L., & Miller, M. R. (2008). A strategy for learning principles and elements of informed consent. *Nurse Educator*, 33(2), 75–78. <http://doi.org/10.1097/01.NNE.0000299507.47776.6a>
- Claessens, M. T., Bernat, J. L., & Baron, J. A. (1995). Ethical issues in clinical trials. *British Journal of Urology*, 76 Suppl 2, 29–36.
- Correa C. (2015). “La historia clínica. Aspectos jurídicos y dilemas en el derecho español y colombiano”. En: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento Extraído el 2 de mayo de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/2548/2480>
- Corte constitucional de Colombia. (1994). Sentencia No. T- 401/94 Derechos del paciente-autonomía/derecho a la salud-conflictos médico paciente. Bogotá.
- Daicos, G. K. (2001). “Ethical dilemmas encountered during clinical drug trials”. *Humane Health Care*, 1(2), E9.
- De La Fuente-Fernandez, R. & Stoessl, A. J. (2002). The biochemical bases for reward. Implications for the placebo effect. *Evaluation & the Health Professions*, 25(4), 387-398.
- Dhar, H., & Dhar, D. (2012). Informed consent in clinical practice and literature overview. *Archives of Gynecology and Obstetrics*, 286(3), 649–651. <http://doi.org/10.1007/s00404-012-2442-z>
- Dickert, N., & Sugarman, J. (2005). Ethical goals of community consultation in research. *American Journal of Public Health*, 95(7), 1123–1127. <http://doi.org/10.2105/AJPH.2004.058933>
- Emanuel, E. (1999). ¿Qué hace que la investigación clínica sea ética? Siete requisitos éticos, 83–96.
- Emanuel, E. J. (2004). Ending concerns about undue inducement. *The Journal of Law, Medicine & Ethics : A Journal of the American Society of Law, Medicine & Ethics*, 32(1), 100–105.
- Flory, J., & Emanuel, E. (2004). Interventions to improve research participants’ understanding in informed consent for research: a systematic review. *JAMA*, 292(13), 1593–1601. <http://doi.org/10.1001/jama.292.13.1593>
- Freedman, B. (1987). Equipoise and the ethics of clinical research. *The New England Journal of Medicine*, 317(3), 141–145. <http://doi.org/10.1056/NEJM198707163170304>
- Fried, E. (2001). Physician duties in the conduct of human subject research. *Accountability in Research*, 8(4), 349–375. <http://doi.org/10.1080/08989620108573985>
- Hawkins, J. S., & Emanuel, E. J. (2005). Clarifying confusions about coercion. *The Hastings Center Report*, 35(5), 16–19.
- Helgesson, G., & Eriksson, S. (2011). Does informed consent have an expiry date? A critical reappraisal of informed consent as a process. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics : CQ : The International Journal of Healthcare Ethics Committees*, 20(1), 85–92. <http://doi.org/10.1017/S0963180110000642>
- Houghton Mifflin Harcourt. (2015). The American Heritage Dictionary.
- Hrobjartsson, A., & Gotzsche, P. C. (2001). Is the placebo powerless? An analysis of clinical trials comparing placebo with no treatment. *The New England Journal of Medicine*, 344(21), 1594–1602. <http://doi.org/10.1056/NEJM200105243442106>

- Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos. INVIMA. (n.d.). Retrieved from <https://www.invima.gov.co/>
- International Conference on Harmonisation (ICH). Guideline for good clinical practice (1996). United States of America.
- International ethical guidelines for biomedical research involving human subjects. (2002). *Bulletin of Medical Ethics*, (182), 17–23.
- Kass, N. E., Maman, S., & Atkinson, J. (2005). Motivations, understanding, and voluntariness in international randomized trials. *IRB*, 27(6), 1–8.
- Luna, & F. (2014). Vulnerabilidad: la metáfora de las capas. Retrieved April 1, 2016, from http://www.saludcapital.gov.co/Paginas2/Capacitaciones_Comitedeetica.aspx
- Lynoe, N., Sandlund, M., Dahlqvist, G., & Jacobsson, L. (1991). Informed consent: study of quality of information given to participants in a clinical trial. *BMJ (Clinical Research Ed.)*, 303(6803), 610–613.
- Marcovitch, H. (2007). Misconduct by researchers and authors. *Gaceta Sanitaria / S.E.S.P.A.S*, 21(6), 492–499.
- Montalvo, W., & Larson, E. (2014). Participant comprehension of research for which they volunteer: a systematic review. *Journal of Nursing Scholarship : An Official Publication of Sigma Theta Tau International Honor Society of Nursing / Sigma Theta Tau*, 46(6), 423–431. <http://doi.org/10.1111/jnu.12097>
- National Commission for the Protection of Human of Biomedical and Behavioral Research. (1979). *The Belmont Report*.
- National Institute of Mental Health (NIH). Guía para los Participantes sobre Investigaciones Clínicas de la Salud Mental. (2015). Retrieved September 24, 2015, from <http://www.nimh.nih.gov/health/publications/espanol/gu-a-para-los-participantes-sobre-investigaciones-cl-nicas-de-la-salud-mental/index.shtml#pub2>
- Nishimura, A., Carey, J., Erwin, P. J., Tilburt, J. C., Murad, M. H., & McCormick, J. B. (2013). Improving understanding in the research informed consent process: a systematic review of 54 interventions tested in randomized control trials. *BMC Medical Ethics*, 14, 28. <http://doi.org/10.1186/1472-6939-14-28>
- O'Lonergan, T. A., & Milgrom, H. (2005). Ethical considerations in research involving children. *Current Allergy and Asthma Reports*, 5(6), 451–458.
- Outomuro, D. (2004). Reflexiones Sobre El Estado Actual De La Ética En Investigación En Argentina. *Acta Bioethica*, 10(1). <http://doi.org/10.4067/S1726-569X2004000100011>
- República de Colombia Ministerio de Salud. Resolución 8430 de 1993 (1993).
- Saavedra, & J. (1999). Consentimiento informado. *Revista Médico Legal*, V(1), 9–20.
- Science Medicines Health. (n.d.). European Medicines Agency. Retrieved from <http://www.ema.europa.eu/ema/>
- Sears, J. M. (2005). Context is key for voluntary and informed consent. *The American Journal of Bioethics : AJOB*, 5(1), 47–48. <http://doi.org/10.1080/15265160590927796>

- Surbone, A. (2008). Cultural aspects of communication in cancer care. *Supportive Care in Cancer : Official Journal of the Multinational Association of Supportive Care in Cancer*, 16(3), 235–240. <http://doi.org/10.1007/s00520-007-0366-0>
- The International Conference on Harmonisation. (n.d.). Retrieved from <http://www.ich.org/>
- The National Center for Biotechnology Information (NCBI). (2015). Informed Consent. Retrieved June 15, 2015, from <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/mesh/68007258>
- Tuthill, K. A. (1997). Human experimentation. Protecting patient autonomy through informed consent. *The Journal of Legal Medicine*, 18(2), 221–250. <http://doi.org/10.1080/01947649709511033>
- U.S. Food and Drug Administration. (n.d.). Retrieved January 1, 2015, from <http://www.fda.gov/>
- U.S. Food and Drug Administration, Regulatory Information. Payment to Research Subjects. (2015). Retrieved September 24, 2015, from <http://www.fda.gov/RegulatoryInformation/Guidances/ucml26429.htm>
- Verastegui, E. L. (2006). Consenting of the vulnerable: the informed consent procedure in advanced cancer patients in Mexico. *BMC Medical Ethics*, 7, E13. <http://doi.org/10.1186/1472-6939-7-13>
- Visbal I. Gloria C. (2010). Capacidad para tomar decisiones frente al Consentimiento Informado de personas que potencialmente participarían en estudios clínicos experimentales para la industria farmacéutica. Barranquilla (Colombia). Mayo - noviembre de 2009. *Salud Uninorte*, 26(1), 1–11.
- Vollmann J, & Winau R. (1996). Informed consent in human experimentation before the Nuremberg code. *British Medical Journal*, 313(7070), 1445–9.
- World Health Organization. (1995). *Guidelines for good clinical practice (GCP) for trials on pharmaceutical products**. Retrieved from http://apps.who.int/prequal/info_general/documents/GCP/gcp1.pdf
- World Medical Association. (2009). *Manual De Etica Medica 2ª Edición*.
- World Medical Association. (2013). *Declaration of Helsinki - Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*.
- Wray, R. J., Stryker, J. E., Winer, E., Demetri, G., & Emmons, K. M. (2007). Do cancer patients fully understand clinical trial participation? A pilot study to assess informed consent and patient expectations. *Journal of Cancer Education : The Official Journal of the American Association for Cancer Education*, 22(1), 21–24. <http://doi.org/10.1080/08858190701348018>
- Zavala-Sarrio, S., Gutierrez, W., & Chiang, M. (2007). Seguimiento del proceso de obtención del consentimiento informado en los participantes de protocolos de investigación. *Rev Soc Peru Med Interna*, 20(1), 10–15. Retrieved from <http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVrevistas/spmi/v20n1/pdf/a03v20n1.pdf>

Figura 1. Proceso de obtención del consentimiento informado



ENTRE BIOPOLÍTICA Y LITERATURA UNA LECTURA AGAMBENIANA DE MAUS *EL TESTIGO**

JORGE ELIÉCER MARTÍNEZ POSADA**

MARIANA MARTÍNEZ CRUZ***

“Nos registraron...nos tomaron el nombre y me grabaron
en aquí el número 175113”

Vladek Spiegelman

Tratar de establecer una relación entre filosofía y literatura en las obras de Giorgio Agamben y Art Spiegelman es una labor ardua por los ríos de tinta que rodean los trabajos de los dos escritores. Por lo anterior, me limitare a los escritos de “Lo que queda de Auschwitz el archivo y el testigo Homo Sacer III” y el libro “Maus” respectivamente. Cabe aclarar que del libro de Agamben se abordara el concepto de “Testigo”, objeto de estudio que se asumirá en la obra de Spiegelman. “Maus” es una novela gráfica considerado por algunos como un texto de poca importancia, sin embargo para este ensayo es considerada desde el concepto de “literatura Menor” (Deleuze y Guattari, 1978) la cual es asumida desde su potencia y no corresponde

* El capítulo del libro es producción académica del Macro Proyecto de Investigación: Comprensiones y prácticas de la formación Integral del Departamento de Formación Lasallista de Universidad de la Salle. Correo electrónico: jmartinezp2@gmail.com

** Doctor en Filosofía programa Historia de la Subjetividad. U. Barcelona Doctor en Ciencias Sociales. Niñez y Juventud. CINDE-UM, Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Filosofía U. Barcelona Magister en Desarrollo Educativo y Social CINDE-UPN, Licenciado en Filosofía USB, Postdoctorado en Filosofía Universidad de Cádiz-España, Estudios Posdoctorales en Ciencias Sociales CINDE- CLACSO. Miembro del grupo Intersubjetividad en la educación superior y del Grupo internacional CLACSO: Subjetivaciones, ciudadanías críticas y transformaciones sociales, Miembro de la red internacional de investigadores en Subjetividades Políticas. Correo electrónico: jmartinezp2@gmail.com.

*** Profesional en Estudios Literarios Universidad Javeriana. Profesor Titular de la Universidad de la Salle-Colombia. Correo electrónico: marianamartinez@javeriana.edu.co

a una literatura para las minorías o que realiza una minoría, sino como aquella que hace rupturas y escapa de las formas de las líneas molares de una literatura mayor, en ese sentido “Maus” como devenir menor implica tres características: 1) la desterritorialización de la lengua: “Maus” es devenir, 2) la articulación de lo individual en lo inmediato-político (allí toda acción es política) y 3) todo adquiere un valor colectivo. Devenir menor, contrario a la lucha de poder, fluye en línea de fuga de lo oficial, lo referencial. Este escrito no pretende hacer una reflexión de la relación de “Maus” como obra con la literatura Menor, objeto que podría ser abordado en futuros trabajos, sino establecer el relato de un sobreviviente de los campos de concentración Nazis desde la categoría de Testimonio según los planteamientos del filósofo italiano. Por lo anterior, se pretende es generar una lectura agambeniana recorriendo algunos de sus conceptos para abordar el caso de “Vladek Spiegelman” personaje principal de la obra “Maus” quien denominaremos “Testigo” de Auschwitz desde el marco filosófico antes nombrado. Para este propósito se sintetizara la obra de “Maus” y se continuara con el concepto de Testigo desde Agamben en relación a los textos de Art Spiegelman. Por último terminaré con algunas conclusiones presentadas como apuntes para nuevos trabajos, desde la relación filosofía - literatura.

MAUS RELATO DE UN SUPERVIVIENTE

Maus es la bibliografía de Vladek Spiegelman un judío polaco sobreviviente de los campos de exterminio nazi, es un trabajo elaborado por su hijo Art Spiegelman un dibujante de comics y escritor que deja testimonio de los sucesos del exterminio judío por el gobierno de Hitler. El texto de Art presenta la experiencia vivida por su padre durante la segunda guerra mundial mediante un estilo absolutamente innovador a través de diversos géneros, el más notorio la entrevista, relata la experiencia de su propia familia en forma de “Memoria gráfica” utilizando recursos literarios, narrativos y estéticos. Usa la metáfora para presentar las diferentes razas humanas, los judíos son ratones, porque son perseguidos y se tienen que esconder como tal, los alemanes son gatos porque cazan a los ratones, los franceses son sapos, los polacos no judíos son cerdos, los americanos son perros, los suecos son ciervos, los ingleses peces, lo que demuestra que no importaba el sujeto sino su colectividad.

A la vez que relata lo que paso en los años de guerra se va conociendo la relación de padre e hijo, escritor y dibujante con el protagonista, lo cual demuestra lo complicado que era que su padre le contara lo sucedido porque algunas veces se peleaban o Vladek se ponía a contar problemas de su vida actual. Vladek siempre habla de su primer hijo Richieu el cual murió durante la segunda guerra mundial y el de su esposa Anja, ella sobrevivió pero se suicidó años después sin dejar ninguna carta que contara los motivos por los cuales tomo esa determinación, ella narro en sus diarios sus vivencia durante la guerra y fueron de gran interés para Art, por la perspectiva que le hubiera podido dar a su obra pero fueron destruidos por Vladek en un momento de ira.

La novela en sus inicios fue publicada por entregas en la revista que Art y su esposa Françoise tenían y se dividió en dos grandes partes “Relato de un superviviente “e”y aquí comenzaron mis problemas” que posteriormente se reunirían en un solo ejemplar tal y como lo conocemos ahora. Es mundialmente reconocida por ser el primer comic en ganar un Pulitzer. Por último en este apartado se presenta a “Maus” bajo tres ejes discursivos principales, “al mismo tiempo debemos tener presente que el libro evoca tres modelos narrativos clásicos en la tradición literaria occidental, que de algún modo se corresponden a cada uno de los niveles de narración: la historia épica del héroe, que correspondería a la historia de Vladek; la novela iniciática de maduración y crecimiento del joven individuo, el bildungsroman, expresada a través de la relación entre Art y su padre; y finalmente la novela de crecimiento y formación artística, que se correspondería con las reflexiones de Art sobre su propio trabajo.” (Flaxeda 2009).

VLADEK SPIEGELMAN TESTIGO DE AUSCHWITZ¹

El concepto de “Testigo” es abordado por Giorgio Agamben en su libro “Lo que queda de Auschwitz, El archivo y el testigo, Homo Sacer III” en él

¹ El método que Giorgio Agamben emplea en su libro es mediante una serie de citas de obras de otros autores (con especial importancia a la de Primo Levi) para este ensayo se establecerá en la relación propuesta, Maus y lo que queda de Auschwitz, (desde el concepto de testigo) se utilizara la misma estructura desde citas de la obra Art Spiegelman la cual por ser una obra de formato comic las citas estarán en comic pero se escribirán para su mayor comprensión.

se presenta el significado ético del exterminio, esta obra es un comentario a las palabras de los sobrevivientes de los campos de concentración nazis “... lo que sucedió en los campos se les presenta a los sobrevivientes como única cosa verdadera y, como tal, absolutamente inolvidable. Por eso, esta verdad es, exactamente en la misma medida inimaginable, es decir, irreductible a los elementos reales que la constituyen: hechos tan reales que, respecto de ellos, nada es más verdadero; una realidad que excede necesariamente sus elementos fácticos. Esta es la Aporía de Auschwitz” (Agamben 2003, p. 82).

En el capítulo denominado “El Testigo” de “Homo sacer III” nuestro autor escudriña los variados caminos por los que podemos conocer Auschwitz y la validez de su testimonio. Por ello el autor nos aclara desde la etimología latina el significado de la palabra Testigo que se remonta a la palabra *testis* que significa aquel que se sitúa como tercero (*terstis*). La segunda significación es *Superstes*, que se refiere al que vive una realidad “ha pasado hasta el final por un acontecimiento y esta pues, en condiciones de ofrecer un testimonio sobre él” (Agamben, 2009, p. 15) La segunda acepción de *superstes*, será la que se asumirá en este escrito para presentar a Vladek Spiegelman el padre de Art, el escritor de “Maus”, como testigo que vivió la realidad de los campos de concentración hasta el final y cuenta con las condiciones necesarias para ofrecer un testimonio detallado sobre él como sobreviviente. Por otra parte es de tener en cuenta que Agamben no narra la vida de Vladek como testimonio sino la de Primo Levi quien es el tipo de testigo perfecto y lo es, por que el vuelve y relata lo que le ha tocado vivir “estoy en paz conmigo mismo porque he testimoniado” (Agamben, 2009 p. 15).

Según Edgardo Castro en su libro “Giorgio Agamben. Una arqueología de la potencia” *Lo que queda de Auschwitz* muestra la estructura del testimonio, representa el encuentro entre imposibilidades: la del propio testimonio y la de su lenguaje. (Castro, 2008, p. 77). Quienes dan testimonio son los sobrevivientes “los supervivientes daban testimonio de algo que no podía ser testimoniado” (Agamben, 2009 p. 10), en este mismo sentido podemos entender la afirmación del psiquiatra que atiende a Art “Quizás tu padre necesitaría tener siempre la razón, demostrar que siempre podría sobrevivir porque se sentía culpable de haber sobrevivido” (Spiegelman, 2014, p. 204).



Lo que no puede ser testimoniado es “una laguna” de ahí que comentar sus testimonios, es de alguna manera interrogar aquella laguna, es tratar de escuchar esta imposibilidad de lo no testimoniado. Ningún lenguaje de los testigos, ninguna palabra humana posee las palabras apropiadas, la lengua del testimonio es una lengua cuyo significado se hunde en el no-significado. Auschwitz es, en este sentido, lo intestimoniado (Castro, 2008, p. 77)

Por otra parte, la ética, la política y la religión sólo han podido definirse por el terreno que le ha ido ganando a la responsabilidad jurídica, por ello sostiene Agamben que los procesos jurídicos celebrados confunden las categorías éticas y jurídicas que presentan una confusión e incomprensión del significado ético y político de Auschwitz y por ende de los testimoniado. Esto lo aplica Agamben al derecho en cuanto a la contaminación de las categorías de las que nos servimos para la ética y la moral, tales como *culpa*, *responsabilidad*, *inocencia*, *juicio*, *absolución*

“...uno de los equívocos más comunes –y no sólo en lo que se refiere a los campos– es la tacita confusión de categorías y de categorías jurídicas (o, peor aún, de categorías jurídicas y categorías teológicas: la nueva teodicea). Casi todas las categorías de que nos servimos en materia moral o de religión están contaminadas de una u otra forma por el derecho ...Por eso es difícil utilizarlas sino es con especial cautela” (Agamben, 2009 p. 16).

No es el juicio lo que le importa, ya que, en tanto el fin último de la norma es la producción del juicio y la esencia de toda ley es el proceso, el derecho es sólo derecho procesal y la moral se halla contaminada por él. Ejecución y transgresión, inocencia y culpabilidad, obediencia y desobediencia se

confunden y pierden importancia. Esta autorreferencialidad hace que la pena no siga al juicio, sino que éste sea él mismo la pena. (Haber, 2009).

Para Agamben el derecho no tiene en definitiva la última demanda en el establecimiento de la justicia, mucho menos al de la verdad, solo tiene la celebración del juicio, con independencia de la verdad o de la justicia. (Rodríguez, 2012). Giorgio Agamben presenta que el verdadero testigo de lo sucedido no es aquel que interno en un campo de exterminio sobrevive y cuenta lo recordado, sino el de aquellos que han sido llevados al límite biológico por eso Vladek es asumido como testigo.



“¿Cuándo oíste hablar de Auschwitz por primera vez? en seguida llegamos... incluso desde allí, desde aquel otro mundo, la gente regresaba y nos lo contaba. Pero no les creíamos pero las noticias iban llegando, y al final las creímos después lo vimos... ¡era aún peor!” (p. 90)

No es solo escuchar, es haber vivido el horror: Vladek Spiegelman es uno de los sobrevivientes lo que le resulta definitivamente y permanente configurante dentro de su vida pues el horror vivido es en una medida inimaginable, es decir, testimoniado no es nombrable en el plano comillas de la “realidad” “una realidad que excede necesariamente sus elementos esto es Auschwitz” (Agamben 2003 p. 82) Este relato presentado por Art como memoria gráfica de lo sucedido a su padre es el testimonio de aquellos que no son capaces de testimoniar lo sucedido. Es la posibilidad como dice Levi de testimonio “*dar testimonio de todo aquello..., somos como todos vosotros, aunque más desdichados...*” (Agamben 2009 p. 24) al respecto podemos establecer a Vladek como testimonio cuando afirma:



”Tu oyes hablar de las cámaras, pero yo no te cuento rumores, ¡yo las vi! Fui testigo” (Spiegelman, 2014, p. 229).

Auschwitz, se presenta indecible o incomprensible equivale a eufemismo, esto es: a adorarle en silencio, al respecto toda la obra de Maus, podría entenderse como una reflexión o testimonio sobre el mismo hecho de dar testimonio en boca de Vladek. Por lo anterior para Agamben el fundamento de la subjetividad se halla en el ejercicio de la lengua y en consecuencia, la conciencia no tiene otra consistencia que no sea la del lenguaje, la temporalidad humana se genera por medio de la presencia a sí mismo y al mundo que el acto de enunciación hace posible, es decir, del discurso en el mundo. En tal sentido, los testimonios de los sobrevivientes de Auschwitz, serían aquellos que dan cuenta de la experiencia habitual del sujeto en el lenguaje. El testimonio “contiene, en su centro mismo, algo que es intestimoniabile, que destruye la autoridad de los supervivientes”, ya que los testigos testimonian de un testimonio que falta: “los hundidos no tienen nada que decir ni instrucciones ni memorias que transmitir (...) Quien asume la carga de testimoniar por ellos sabe que tiene que dar testimonio de la imposibilidad de testimoniar. Y esto altera de manera definitiva el valor del testimonio, obliga a buscar su sentido en una zona imprevista” (Agamben, 2009, p. 34).

El testimonio como ya se mencionó comprende una “laguna” y está “laguna” es entendida como aquello que no pudo decir el prisionero común porque sencillamente está muerto; expresa Levi: *“Lo repito, no somos nosotros, los supervivientes, los verdaderos testigos...los que hemos sobrevivido somos una población anómala, además de exigua: somos aquellos que por sus prevaricaciones, o su habilidad, o su suerte, no*

han tocado fondo... son ellos, los musulmanes, los hundidos, los testigos integrales, aquellos cuya declaración hubiera podido tener un significado general. Ellos son la regla, nosotros la excepción... Nosotros hablamos por ellos, por delegación" (Agamben, 2009 p. 34). En este mismo sentido el psiquiatra de Art dirá: «Si. la vida siempre elige el lado de la vida, y se culpa a las víctimas. pero no sobrevivieron los mejores, Ni murieron los mejores tampoco. ¡Fue el azar!» (Spiegelman, 2014, p. 205) .



Agamben instala al testigo entre “el adentro y el afuera” que sería el verdadero testigo, el “*testigo integral*” los que no han testimoniado ni hubieran podido hacerlo; son los que “han tocado fondo, los musulmanes, los hundidos. Los que lograron salvarse, como seudotestigos, hablan en su lugar por delegación, testimonian de un testimonio que falta” (Agamben, 2009 p. 34). No es posible realmente decir la verdad, testimoniar desde el exterior, pero tampoco es posible hacerlo desde el interior. Al respecto Vladek se nos presenta como testimonio cuando dice:

“entonces nos mandaron al campo de concentración de Auschwitz sabíamos que de allí no volveríamos a salir sabíamos lo que se contaba, que nos gasearían y nos meterían en los hornos.

Era 1944... lo sabíamos todo y allí estábamos “ (Spiegelman, 2014, p. 159).



Por ultimo diremos con Agamben que el testigo significa entonces entrar en una acción en el que quien no dispone de palabras hace hablar al hablante y el que habla lleva su mensaje de la imposibilidad del lenguaje “Lo repito, no somos nosotros, los supervivientes, los verdaderos testigos... los que hemos sobrevivido somos una población anómala, además de exigua: somos aquellos que por sus prevaricaciones, o su habilidad, o su suerte, no han tocado fondo... son ellos, los musulmanes, los hundidos, los testigos integrales, aquellos cuya declaración hubiera podido tener un significado general. Ellos son la regla, nosotros la excepción... Nosotros hablamos por ellos, por delegación” (Agamben 2009, pp. 33-34).

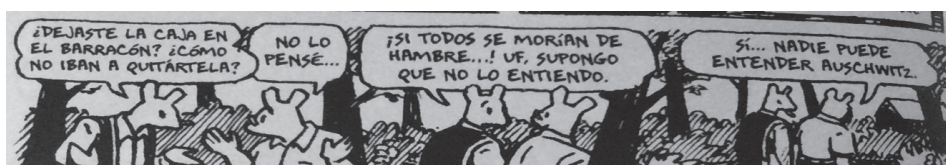
CONCLUSIÓN

Para terminar este escrito retomo el concepto de Agamben establecida en relación directa con el concepto de testigo antes señalado y presente en las reflexiones sobre la vida y la política que el autor denominara Biopolítica las cuales pueden ser objeto de futuras indagaciones pero que en este escrito se presentan como apuntes en forma de conclusiones y apertura para indagaciones futuras, me refiero al concepto de “nuda vida”(Agamben, 2013, p. 18), la cual es presentada como la vida despojada de la humanidad,

insignificante jurídica y políticamente, desprotegida del poder político y susceptible a la actuación del poder soberano en su contra. Este enunciado es presentado por Art Spiegelman al inicio de su obra “Maus” cuando a manera de epígrafe, (es de aclarar de manera irónica) retoma las palabras de Adolf Hitler al decir: “Sin duda los judíos son una raza pero no humana” (Spiegelman 2014, p. 10) La vida nuda no es simplemente una vida natural que proviene de la zoé (vida común, desprovista de humanidad), sino que está desprotegida del poder político, está abandonada, expuesta a la muerte y a la impunidad por las acciones que pueda tomar el poder soberano en contra de la vida.

“Además, la nuda vida habita en un terreno de nadie entre lo privado y lo público, pues para el poder soberano esta diferencia no es pertinente frente a ella, todo lo privado es público y todo lo público es privado. El poder de muerte invade la vida del individuo, al tiempo que el individuo queda expuesto a la mirada pública del poder soberano. La nuda vida es la “vida sin valor” o “indigna de ser vivida”, la vida que deja de ser política y jurídicamente relevante, la vida a la que se puede dar muerte sin cometer homicidio”. (Múnera, 2008, p. 26).

Auschwitz, como dice Agamben (2009) es aquello de lo que no es posible testimoniar, sin embargo el trabajo de Art Spiegelman aumenta las conexiones, permitiendo nuevas formas del devenir en su obra al ofrecer nuevas caras y sentidos inesperados en la memoria gráfica que permite pensar en el testimonio como el encuentro de dos imposibilidades: por una parte, el lenguaje de “Maus” al testimoniar la vida de Vladek que narrar “la Nuda Vida” a través del comic como otra lengua, que muestra la “imposibilidad” de testimoniar y, por otra parte, la lengua del testimonio es una lengua que no significa y que como ya no significa puede recoger otra significancia la que nos permite a los que no vivimos los horrores de Auschwitz dar testimonio del encerramiento del mundo actual cuando decimos “Mis rejas son más lindas que las tuyas” Y es que “Si...Nadie puede entender Auschwitz” (Spiegelman, 2014, p. 224).



REFERENCIAS

- Agamben, G. (2009) Lo que queda de Auschwitz. (El Archivo y el Testigo). Homo Sacer III. Valencia: Editorial Pre-Textos.
- Agamben, G. (2013) Homo Sacer (El poder soberano y la nuda vida). Valencia: Editorial Pre-Textos.
- Deleuze, G. y Guattari, F. (1978) *Kafka por una literatura menor*. México. Era
- Faxedas, M De ratones y hombres. Maus, de Art Spiegelman. Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/ESIM/article/viewFile/ESIM1010110129A/28861>
- Haber, M (2009). El testimonio: Verdad, experiencia y lenguaje en la obra de Michel Foucault y Giorgio Agamben. *XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires*. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires. Recuperado: <http://www.aacademica.org/000-062/792.pdf>
- Liendo J (2008) Maus: un manifiesto contra el silencio. Recuperado: <https://www.yadvashem.org/yv/es/education/university/pdf/liendo.pdf>
- Múnera, L (2008) Normalidad y excepcionalidad en la política. Bogotá: universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez (2012) Departamento de Humanidades Seminario de Formación *Permanente* Recuperado: <https://denixusta.files.wordpress.com/2010/08/agamben-testigo.docx>
- Spiegelman, A. (2014) Maus. Bogotá, Colombia. Penguin Random House

Esta obra se terminó de imprimir
en junio de 2016
con un tiraje de 500 ejemplares
en los Talleres Gráficos de
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur.
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá D.C. - Colombia