

LA BIOÉTICA Y EL DERECHO SANITARIO: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS

Javier Sánchez-Caro

*Profesor Honorario de la Escuela Nacional de Sanidad
Académico correspondiente. Real Academia Nacional de Medicina*

SUMARIO: 1. **Introducción: el mundo del Derecho y el mundo de la Ética.** 2. **Moral y derecho: Diferencias.** 3. **La bioética.** 4. **La bioética como ética aplicada.** 5. **El principialismo en bioética.** 5.1. El principio de autonomía. 5.2. El principio de beneficencia. 5.3. El principio de no maleficencia. 5.4. El principio de justicia. 6. **El papel de la bioética en la integración y aplicación del derecho.** 7. **Encuentros y desencuentros concretos.** 7.1.- Donde el derecho no llega y tiene que llegar la bioética: el ejemplo de la información al paciente oncológico con pronóstico infausto. 7.2.- Donde el derecho y la bioética no acaban de llegar a un encuentro definitivo en cuanto a los valores dominantes: El caso de los testigos de Jehová. 7.3. Donde el buen criterio bioético no puede secundado por el derecho por afectar a un derecho constitucional como es el de no declarar contra sí mismo.

1. INTRODUCCIÓN: EL MUNDO DEL DERECHO Y EL MUNDO DE LA ÉTICA.

Para un hombre educado en el mundo del derecho, la ley constituye el elemento primordial de reflexión sobre el que se desarrolla la mayor parte de su función profesional. Con la norma se persigue un ideal importante, difícil, a veces casi inalcanzable, pero siempre necesario. El derecho es, antes de nada, un camino para la búsqueda de una norma que garantice la convivencia; una forma, la más noble, de buscar la paz social siempre tan anhelada y, en último extremo, la posibilidad de armonizar los conflictos de intereses en la sociedad.

Inevitablemente, el hecho de reflexionar con asiduidad sobre las normas obliga a plantearse la legitimidad de los mandatos normativos. Más aún, cuál es el fundamento en virtud del que hay que obedecer lo previsto en la ley y como deben ser las relaciones entre la moral y el derecho, es decir, se abre la puerta imprescindible para plantearse las cuestiones éticas que tantas veces parecen ocultas en el derecho puramente aplicativo.

De entrada, merece la pena destacar que usamos dos palabras que no tienen siempre el mismo significado: ética y moral¹.

Etimológicamente las dos palabras significan lo mismo y son intercambiables, ya que ambas tienen el significado de carácter o costumbre. Ahora bien, la palabra carácter no debe ser entendida en el sentido psicológico, que es tanto como la personalidad de un individuo, sino en sentido moral, esto es, la disposición fundamental de una persona ante la vida que, en virtud de la libertad, elige ser de una determinada manera.

Hoy, sin embargo, se suelen distinguir entre sí. Por moral se entiende aquel conjunto de normas y creencias que determinan lo que las personas o los pueblos consideran que es correcto o incorrecto, bueno o malo, en las acciones humanas y hacen referencia a los códigos concretos que rigen en una determi-

1 V. El libro *Enfermería y paciente, cuestiones prácticas de Bioética y Derecho Sanitario*, Sánchez-Caro, J. y Abellán, F. Editorial Comares, Granada 2007.

nada sociedad. En tal sentido, se ha podido decir que la moral forma parte de la vida cotidiana de las sociedades y los individuos y no la han inventado los filósofos. Dicha moral tiene apellidos, tales como “*moral cristiana*” o “*moral islámica*”. Por el contrario, la ética es un saber filosófico. Puede definirse como el análisis sistemático, crítico y formal de la conducta humana, para discernir lo que es correcto incorrecto, bueno o malo; o también, el estudio sistemático del comportamiento humano en función de una escala de valores. De nuevo, se ha dicho que es la ciencia de la moral y tiene apellidos filosóficos, como *aristotélica*, *estoica* o *kantiana*.²

La experiencia que se tiene en relación con la aplicación del derecho nos lleva a afirmar que existe, a veces, una importante dificultad de las leyes para abarcar o aprehender la totalidad de la realidad social. Un ejemplo es el que el profesor DE CASTRO utilizaba en sus clases y recogía en su compendio de Derecho Civil³. Preguntaba el maestro a un alumno si había que devolver las cosas a su dueño y cuando se le respondía lo obvio, es decir, que naturalmente había que devolverlas a quien fuera su propietario, preguntaba entonces si había que devolver también el puñal al homicida. Naturalmente en este último caso no parece que haya que entregar el arma al asesino, lo que no hacía sino poner de relieve las dificultades con las que el juez, el jurista y el interprete se van inevitablemente a encontrar lo largo de su ejercicio profesional. Esta cuestión plantea, a su vez, la importante pregunta de si la bioética tiene algún papel que cumplir en la integración y aplicación del derecho, lo que analizaremos posteriormente.

2. MORAL Y DERECHO: DIFERENCIAS.

Las relaciones entre la moral y el derecho constituyen una de las cuestiones más importante y complejas de la filosofía del derecho, sobre todo si se tiene en cuenta que afectan al concepto del derecho, a su aplicación, a las relaciones entre lo que es legal y lo que es justo, o al espinoso tema de la obediencia al derecho.

La moral y el derecho hacen referencia a un parte importante del comportamiento humano y se expre-

² V. “El ámbito de la moralidad: Ética y Moral”, Carlos Gómez, en el libro *La aventura de la moralidad (Paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*. Alianza Editorial, Madrid 2007, páginas 21 y siguientes.

³ Federico de Castro y Bravo, *Compendio de Derecho Civil*, segunda edición. Madrid 1964.

san, en gran medida, con los mismos términos (deber, obligación, culpa, responsabilidad). Se puede decir que el contenido del derecho tiene una clara dependencia de la moral social vigente, de la misma forma que toda moral social pretende contar con el refuerzo coactivo del derecho para sí lograr eficacia social.

Las teorías en relación con la moral y el derecho se pueden sintetizar de la siguiente manera: a) Confusión entre ambos conceptos; b) separación tajante, c) consideración de ambos conceptos como distintos, sin perjuicio de las conexiones entre ambos.

Se comparte la tesis que establece la necesaria distinción entre la moral y el derecho, acompañado de una serie de conexiones muy relevantes. Veamos a continuación los aspectos fundamentales de las diferentes teorías.

Hay que rechazar la tesis de la subordinación del derecho a la moral, que inspira los ordenamientos jurídicos de base autocrática, totalitaria, dictatorial o teocrática.

Tampoco se puede asumir la tesis de la separación absoluta, que sostiene que los criterios de moralidad e inmoralidad de una conducta son totalmente independientes de los criterios de legalidad e ilegalidad de la misma. Su mejor expresión se encuentra en la posición más radical (positivismo jurídico), que considera relativos todos los valores morales y de justicia, siendo objeto de crítica en cuanto que el ordenamiento jurídico siempre traduce valores y convicciones morales vigentes o aceptados socialmente con carácter predominante.

Parece, pues, más razonable la tesis que establece distinciones y conexiones, que afirma que hay un campo común a la moral y al derecho y es el que tiene que ver con las exigencias necesarias para una convivencia social estable y suficientemente justa. En consecuencia, un derecho que se pretenda correcto ha de incluir en grado aceptable unos mínimos éticos. Ahora bien, no se confunden: Hay un campo de la moral que no tiene como objetivo transformarse en normas jurídicas (piénsese en la cantidad de acciones que dimanen del principio que señala que hay que hacer el bien) y un ámbito, dentro del derecho, que puede ser indiferente desde el punto de vista de la moral.

Fue KANT el que estableció una serie de criterios sistematizados e importantes sobre esta cuestión: Autonomía ética frente a heteronomía jurídica; el de-

ber ético frente a la obligación jurídica y la felicidad frente a la justicia y la seguridad.

En efecto, a partir del citado filósofo, la moral se presenta como autónoma en cuanto que su origen y fundamento radican en el imperativo categórico de la conciencia y el derecho como heterónimo, en cuanto que procede de una decisión de la autoridad investida de un poder coactivo.

En el caso del deber ético se obra por imperativo de la conciencia o por estímulo del deber, mientras que en el supuesto de una obligación jurídica porque una ley así lo ordena o establece. En la ética hay, pues, una obligación interna hacia la norma. En cambio el derecho queda realizado con la obligación externa, aunque se disienta interiormente. Debe dejarse constancia de que, tratándose de los sistemas democráticos, puede entenderse que hay razones éticas a favor de la obediencia al derecho, debido a los procedimientos y valores que caracterizan a los mencionados sistemas, sin perjuicio de la necesidad imprescindible de la crítica, bajo sus diferentes formas y del reconocimiento, en su caso, de la objeción de conciencia.

En fin, la dignidad y la felicidad, serían fines y valores priorizados, respectivamente, por las filosofías deontológicas o teleológicas, que tendrían que ver con la ética. En cambio, el fin de derecho sería dotar a una colectividad de la suficiente garantía de la libertad y de una cierta seguridad, aunque no, desde luego, cualquier seguridad o cualquier orden u organización, sino una seguridad que se entienda justa, con protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Los fines del derecho, por tanto, tendrían carácter temporal, frente a los fines últimos y radicales de perfección que corresponden a la ética. A pesar de todo se constatan las inevitables conexiones: Con un derecho injusto es más difícil establecer la dignidad ética, y una ética construida desde la libertad y la dignidad desemboca inevitablemente en la justicia.

En resumen, se puede decir que la moral es el orden de la persona, mientras que el derecho, es el orden de la sociedad. Más concretamente, lo anterior significa que, mientras que la bondad moral de los comportamientos humanos se deriva de su idoneidad para la consecución de los fines existenciales de la persona, el derecho regula los comportamientos humanos tan sólo desde el punto de vista de su repercusión social, de su relación con los demás.

3. LA BIOÉTICA.

De la ética se pasa a la bioética fácilmente, ya que esta última, literalmente, no es otra cosa que la ética de la vida, aunque este punto de partida, como es sabido, ha evolucionado modernamente, conquistando otros campos, hasta el extremo de que todavía no se sabe los ámbitos que está llamada a abarcar. De aquel primitivo origen se proyectó inmediatamente sobre la ética de las ciencias de la salud, expandiéndose hacia territorios ecológicos y ocupándose, incluso, de las generaciones futuras: ¿Qué planeta vamos a dejar a nuestros descendientes?

No es ahora el momento de hablar de la importante evolución que ha experimentado la bioética en los últimos tiempos, aunque debe quedar claro que sus objetivos van más allá de las éticas clásicas sanitarias.

Su origen conocido hay que referirlo a Estados Unidos en el siglo pasado (alrededor de 1970) al confluir diversos factores que hicieron necesario encontrar respuestas a los problemas que planteaban los progresos biomédicos y tecnológicos. Fueron determinantes, en tal sentido, las posibilidades de los investigadores de disponer de los medios adecuados para la investigación básica o la aplicación práctica de nuevas tecnologías; el surgimiento de los principios de autonomía y de igualdad, con importantes efectos para la solución de casos prácticos de mucha relevancia individual y social; por último, el papel de los medios de comunicación social en la difusión de los progresos, que despertaron el interés colectivo, con sus expectativas y temores, y los consiguientes debates con amplia repercusión pública.

La bioética lleva consigo la necesidad de diálogo entre científicos y humanistas, lo que pone de manifiesto el necesario carácter interdisciplinar que es preciso para el buen funcionamiento de esta ciencia (investigadores básicos, médicos, enfermeras, juristas, filósofos, estudiosos de las ciencias morales, participación de la sociedad, etc.).

En su pequeña historia se pueden señalar algunos hitos importantes. El primero de ellos el Código de Nürenberg, que en sus diez puntos estableció la experimentación médica permisible en seres humanos. En realidad pueden reducirse a tres: el consentimiento del sujeto como elemento esencial, la protección de los sujetos incluidos en el ensayo y la primacía del bien del sujeto sobre el interés de la ciencia, por lo que cabe decir que con el citado Código se introduce

el factor ético en la investigación con seres humanos, siendo el punto de partida de otros muchos documentos.

Posteriormente, con la finalidad de solucionar algunos problemas que habían quedado planteados en el Código de Nürenberg, la Asociación Médica Mundial dictó nuevas normas en 1964, lo que se conoce, como la Declaración de Helsinki, que fue modificada en Tokio en 1975 y revisada posteriormente en diversas ocasiones.

Sin embargo, el origen inmediato de la bioética se remonta al Informe BELMONT, que surge como consecuencia de la creación por parte del Congreso de los Estados Unidos de una Comisión Nacional encargada de identificar los principios éticos básicos que deberían regir la investigación con seres humanos, cuya causa inmediata fue el conocimiento de diversos abusos cometidos en el ámbito de la investigación con seres humanos.

En origen, el informe sancionó tres principios: El de autonomía o de respeto por las personas, por sus opiniones y elecciones; el de beneficencia, que se traduce en la obligación de no hacer daño y de extremar los beneficios y minimizar los riesgos y el de justicia o imparcialidad en la distribución de los riesgos y de los beneficios. No obstante, como es conocido, la expresión canónica de los principios se encuentra en el Libro escrito por BEAUCHAMP y CHILDRESS (principios de ética biomédica, 1979), en cuya obra se añade a los anteriores, el principio de no maleficencia, dando a todos estos principios una formulación lo suficientemente amplia como para que puedan regir no sólo en la experimentación con seres humanos, sino también en la práctica clínica y asistencial.

La internacionalización de la bioética en el momento actual se está llevando a cabo a través de documentos importantes transnacionales, tanto en el ámbito de la Unión Europea, como fuera de ella (el Convenio de Oviedo, el Tratado de Lisboa, o la declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos de LA UNESCO), serían ejemplos sin ánimo de exhaustividad⁴.

4 V. *La declaración universal de bioética y derechos humanos de la UNESCO*, Gross Espiell, H. y Gómez Sánchez, Y. (coordinadores). Granada 2006.

4. LA BIOÉTICA COMO ÉTICA APLICADA

La bioética es una de las llamadas “éticas aplicadas” (expresión que resulta un tanto redundante), que se dirigen al campo de determinadas profesiones (medicina, empresa, medios de comunicación etc.) y que tratan de resolver los problemas concretos y acuciantes que surgen en dichos ámbitos.

Para resolver las cuestiones planteadas no sirve, solamente, ni la ética de los principios ni la ética de las consecuencias, debiendo combinarse ambas y ser complementadas, además, por la teoría aristotélica de las virtudes (VICTORIA CAMPS)⁵.

Tales éticas proporcionan el bagaje intelectual para encuadrar el problema moral correspondiente, lo que supone siempre un horizonte mucho más amplio del que manejan habitualmente los profesionales (se trata de observarlo desde el punto de vista moral).

En la práctica, la bioética se ha escindido en dos escuelas distintas: el principialismo y la casuística. La primera, a la que nos referiremos después, es la más extendida en los ámbitos de las profesiones sanitarias y de la salud, se apoya en la ética kantiana y parte de unos principios desde los que enjuiciar los diferentes conflictos. En cambio, la casuística, consecuencialista, parte de los datos clínicos y no de los valores éticos, moviéndose en consecuencia en un terreno de mayor comodidad para los profesionales de la sanidad⁶.

El método adecuado para tratar los asuntos de las éticas aplicadas es la deliberación, y la virtud necesaria es la prudencia aristotélica. En resumen, es necesario partir de unos principios o normas universales para no caer en el relativismo cultural, pero es preciso, posteriormente, que sean asumidos como virtud por las personas que los tienen que llevar a cabo, valorándose además las consecuencias. La combinación de todos estos elementos, el kantiano, el utilitarista y el aristotélico, a través de la deliberación y de la prudencia, es el escenario en el que deben desarrollarse las éticas aplicadas, entendiéndose dicha prudencia como la responsabilidad que adquieren los profesionales respecto de la comunidad en la que desarrollan su trabajo.

5 V. *Breve historia de la ética*, RBA, Barcelona 2013. páginas 392.

6 V. R. Jonsen, A.; Siegler, M., Winslade, Willian, J., *Ética clínica, aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*. Ariel, Barcelona 2005.

5. EL PRINCIPIALISMO EN BIOÉTICA

La teoría angloamericana, conocida como “el principialismo” es la que más influencia y difusión ha tenido y cuyo modelo teórico se encuentra en la obra de los dos autores anteriormente mencionados, sirviendo en el ámbito de los médicos y otras profesiones sanitarias para fundamentar cualquiera de los conflictos en los que pudieran encontrarse.

Se entiende que los principios (beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia) se aplican “prima facie”, esto es, obligan siempre y cuando no entren en conflicto entre sí; en caso de conflicto, los principios se jerarquizan a la vista de la situación concreta; o, dicho de otra forma, no hay reglas previas que den prioridad a un principio sobre otro, y de ahí la necesidad de llegar a un consenso entre todos los implicados, lo que constituye el objeto fundamental de los comités de ética.

En el libro de BEAUCHAMP y CHILDRESS sus autores acuden al concepto de moral o moralidad común, que ellos definen como la moral compartida en común por los miembros de una sociedad, es decir, por el sentido común no filosófico y por la tradición, con la pretensión de evitar los extremismos, tanto deductivistas (considerar que los principios morales son absolutos y deben aplicarse automáticamente en todas las situaciones), como inductivistas (pensar que no hay más ética que la de cada caso). Según dichos autores, la moralidad común es más compleja, actuando unas veces de modo inductivo y otras de forma deductiva. Esta teoría basada en principios comparte con el utilitarismo y el kantismo el énfasis que pone en los principios de obligación, y poco más. En primer lugar, el utilitarismo y el Kantismo con teorías monistas: existe un solo principio supremo y absoluto que explica todas las pautas de acción del sistema. En cambio, como dicen en su libro los autores citados, las teorías de la moral común son pluralistas. El nivel general del argumento normativo está formado por dos o más principios no absolutos, haciendo énfasis, tal y como exponíamos anteriormente, en que la ética de la moral común basa gran parte de su contenido en las creencias habituales compartidas y no en la razón pura, el Derecho natural, el sentido moral especial o cuestiones similares.

A juicio de DIEGO GRACIA puede establecer alguna jerarquización de los principios que no dependa de la ponderación de las circunstancias de cada caso. La idea de la que parte es que esos cuatro prin-

cipios no tienen el mismo rango, precisamente porque su fundamentación es distinta:

“la no-maleficencia y la justicia se diferencian, dice, de la autonomía y la beneficencia en que obligan con independencia de la opinión y la voluntad de las personas implicadas, y por tanto tienen un rango superior a los otros dos”⁷.

En definitiva, entiende que entre unos y otros hay la diferencia que va entre el bien común y el bien particular, configurando los primeros una ética de mínimos y los segundos una ética de máximos:

“a los mínimos morales se nos puede obligar desde fuera, en tanto que la ética depende siempre del propio sistema de valores, es decir, del propio ideal de perfección y felicidad que nos hayamos marcado. Una es la ética del «deber» y otra es la ética de la «felicidad». También cabe decir que el primer nivel (el configurado por los principios de no maleficencia y justicia) es el propio de lo «correcto» (o incorrecto), en tanto que el segundo (el de los principios de autonomía y beneficencia) es el propio de lo «bueno» (o malo). Por eso el primero se corresponde con el derecho, y el segundo es el específico de la moral”.

La propuesta de este autor, esto es, su intento de jerarquización de los principios, ha sido objeto de crítica por MANUEL ATIENZA⁸:

“Por lo que se refiere a la propuesta de DIEGO GRACIA, su intento de jerarquización de los principios no me parece enteramente logrado. Es cierto, al menos tal y como yo veo las cosas, que las razones utilitaristas –las que están ligadas con la felicidad o con lo bueno- deben subordinarse a las razones de corrección – las que se vinculan con los fines últimos-, pero la división de los principios que él efectúa no la veo justificada. Por un lado, el fundamento de esa jerarquización (el hecho de que unos obligan con independencia de la opinión y la voluntad de los implicados pareceré envolver una suerte de *petición de principio*: si se acepta el criterio, entonces, obviamente, la autonomía ha de tener un rango subordinado, pero lo que no se ve es

7 V. Diego Gracia *Procedimientos de decisión en ética clínica*. Madrid, Eudema, 1991.

8 V. “Juridificar la bioética. Una propuesta metodológica”, en la obra *Entre el nacer y el morir*, Ascensión Cambrón (coord.). Editorial Comares, Granada 1998.

por qué ha de ser ese el criterio de la jerarquía, esto es, queda sin fundamentar por qué la opinión y la voluntad de los implicados – o sea, la autonomía- ha de subordinarse a alguna otra cosa, a algún otro valor. Por otro lado, GRACIA entiende que los principios del primer nivel «son expresión del principio general de que todos los hombres somos básicamente iguales y merecemos igual consideración y respeto» (pág. 128); pero si se acepta esto, no se entiende muy bien por qué la opinión y la voluntad de un individuo ha de contar menos que la de otro, esto es, no se entiende por qué la autonomía no es también expresión de ese principio general. Finalmente, la distinción entre esos dos niveles presupone dos ideas que no me parecen aceptables: Una es la tesis –no afirmada, creo explícitamente por GRACIA, pero implícita en su planteamiento- de que causar un daño a una persona es moralmente peor que no hacerle un bien (por ejemplo, que matar es peor que dejar morir); esto es lo que parece estar en el fondo de la prioridad que él atribuye al principio de no maleficencia sobre el de beneficencia, a pesar de que se esfuerza –pero en este punto su exposición no me parece clara- por no presentar estos dos últimos principios como el reverso y el anverso de una misma realidad, sino como una diferencia «entre el bien común y el bien particular», (pág. 129); en todo caso, su afirmación de que «no se puede hacer el bien a otro en contra de su voluntad, aunque sí estamos obligados a no hacerle mal» (pág. 129) carece, en mi opinión, de justificación, pues presupone que el «bien» de una persona es algo subjetivo (lo que él considera como tal), mientras que el «mal» podría ser determinado de acuerdo con criterios objetivos, esto es, con independencia de lo que considere como «malo para ella».

No obstante, DIEGO GRACIA ha matizado posteriormente su propuesta⁹, apostando por entender los conflictos de la ética como conflictos de valores, además de abandonar la rigidez mecánica y excesiva de la teoría principialista:

“Cada vez soy menos afecto a la teoría de los cuatro principios, que en la propuesta metódica que se halla al final de este libro todavía jugaban un papel fundamental. La experiencia me ha demostrado una y otra vez que simplifica en exce-

so la riqueza de la realidad moral y que, además, convierte con frecuencia el análisis en una mera contienda entre ellos. El asunto estaría en determinar el orden de prioridad en cada situación concreta. Se trataría de una cuestión a la postre mecánica, consistente en jerarquizar los principios y decidir según su importancia. Confieso que yo hice lo posible por contribuir a esta especie de ábaco intelectual, dividiéndolos en dos niveles jerárquicos, con los que el asunto parecía reducirse a determinar el nivel de los principios implicados y elegir el de mayor jerarquía”.

“Hoy veo las cosas de otro modo. Cada vez estoy más convencido de que el lenguaje originario de la ética no es el de los principios, ni tampoco el de los derechos sino el de los valores. La valoración es un fenómeno ineludible, que hacemos todos continuamente y de modo necesario. De nuevo hemos de volver al principio. La valoración es un mecanismo biológico. Para transformar el medio el ser humano necesita valorarlo, y el proceso de transformación tiene por objeto «añadir valor» a la naturaleza. Todo lo que el ser humano hace sobre la tierra es transformar los recursos naturales en posibilidades de vida, o lo que es lo mismo, valorar y transformar las cosas de acuerdo con esa valoración. De ese modo, convertimos la «naturaleza» en «cultura». La naturaleza, de existir como tal para el ser humano, sería el mundo de los «hechos» puros, en tanto que la cultura es el de los «valores». Los valores asientan sobre los hechos, pero no se identifican con ellos. Y los «deberes» consisten siempre en la realización de valores. Más que de principios, de los cuatro principios, hoy prefiero hablar de valores. Es un lenguaje más completo, pero también más rico y dúctil. No deja de ser importante que los principios y los derechos puedan ser traducidos fácilmente al lenguaje de los valores, pero no a la inversa. No todos los valores son derechos, ni tampoco principios. Hacer justicia al mundo de la ética obliga, pienso hoy, a utilizar un lenguaje más flexible que el de los principios o de los derechos. También me parece más ecológico”.

Indudablemente, no es posible aceptar una jerarquización absoluta de los cuatro principios al margen de la situación concreta donde se lleve a cabo la ponderación de los valores en conflicto. Un ejemplo actual en tal sentido sería el conflicto de valores paradigmático que se produce en el caso de los “Testigos de Jehová”. Se verá después que hay una tendencia

⁹ *Procedimientos de decisión en ética clínica*. Editorial Triacastela, Madrid 2007, segunda edición.

muy fuerte para dar valor a la libertad por encima de la vida, de conformidad con el cambio que, al parecer, se está produciendo en los estándares culturales de la sociedad española, nuevamente reinterpretados en clave constitucional.

Por otro lado, las interesantes matizaciones y rectificaciones efectuadas por este autor plantean, sin embargo, otras interrogantes. En particular, hasta qué punto es posible describir un hecho sin efectuar valoración alguna, pues el mero hecho de elegir distorsiona siempre la naturaleza, en virtud de tendencias estructurales ínsitas en los seres humanos. La libertad, como dijera ARANGUREN, “no reposa sobre sí misma, sino sobre la estructura inconclusa de las tendencias o «ferencias» que abren así, exigitivamente, el ámbito de las preferencias”¹⁰.

En cualquier caso, no es fácil separar los hechos y los valores en el seno de la relación clínica cuando se lleva a cabo la historia clínica del paciente, además de que, como es sabido, los hechos pueden determinar los valores y los valores los hechos. Sirva como muestra de lo expuesto lo que VICENTE ANDRÉS LUIS escribe en su trabajo “De los principios a los valores”:

“..... Hay hechos brutos, los que se dan a nuestra percepción; hechos científicos, una elaboración de aquellos y hechos históricos, resultado de elecciones, interpretaciones y sistematizaciones del historiador. Esto, y no otra cosa, es lo que acaba haciendo el médico cuando hace la historia clínica del paciente, en el transcurso del acto médico, del encuentro clínico. Vuelca en ella sus valores y los del enfermo; sus estimaciones. Somete a interpretación los hechos narrados por el paciente, los sistematiza y de todo ello extrae un juicio clínico. ¿Puede separar los hechos y los valores?. Podría destacar las apreciaciones del paciente, si es un hombre consciente de los valores del mismo, pero aún así será difícil que pudiera separar unas cosas y otras porque, con toda probabilidad, los hechos, algo que una vez definido y objetivado, podrá ser materia de estudio de otros, serán sometidos a la valoración del médico, inevitablemente. Por lo tanto, se pueden separar hechos y valores, tras un costoso esfuerzo por parte del que interpreta, lo que exigiría de éste un esfuerzo progresivo y

una formación ética cada vez más amplia y profunda, porque el intérprete no es capaz de agotar toda la realidad que ante él se presenta”¹¹.

Por seguir con el conocido ejemplo de los Testigos de Jehová, para unos los hechos serán interpretados como una preeminencia del valor de la vida, mientras que para otros, será la libertad el valor dominante, sin que se pueda separar el hecho del valor.

5.1. El principio de autonomía.

El principio de autonomía se basa en que las personas deben ser tratadas como entes autónomos y, en segundo lugar, que las personas cuya autonomía está disminuida, deben ser objeto de protección. Por tanto, una persona autónoma es capaz de deliberar sobre sus objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación y respetar la autonomía es, en consecuencia, dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, al menos que éstas produzcan un claro perjuicio a otros.

5.2. El principio de beneficencia.

El principio de beneficencia no es otra cosa que la virtud de hacer bien. Las personas son tratadas de una forma ética no sólo respetando sus decisiones y protegiéndolas del daño, sino también haciendo un esfuerzo para asegurar su bienestar. Sin embargo, el término beneficencia es a menudo entendido como un acto de bondad o caridad que va más allá de la estricta obligación. Ahora bien, aunque muchos actos de beneficencia son voluntarios, los autores del principialismo sostienen que existe una obligación general de ayudar a los demás a promover sus intereses legítimos e importantes, por lo que en algunos casos es obligatoria (por ejemplo, proteger y defender los derechos ajenos o prevenir los daños que podrían afectar a terceras personas).

Para diferenciar la beneficencia en general de los ideales morales, que son voluntarios y no obligatorios, se acude al principio de beneficencia específica, que supone obligaciones especiales con las personas con las que estamos vinculados singularmente, tales como cónyuges, padres, hijos, amigos o pacientes.

10 José Luis López Aranguren “La ética y la tarea de la moralización”, en el libro *Doce textos fundamentales de la Ética del Siglo XX*, Carlos Gómez (Ed.), Alianza Editorial, Madrid 2002.

11 Vicente Andrés Luis, en la obra *Cuadernos de Bioética, SESSCAM 2007*. Servicio de Salud de Castilla - La Mancha, 2007.

En el derecho español, desde el punto de vista penal, la diferencia entre la beneficencia obligatoria y el ideal moral -no obligatorio- lo encontramos en la descripción de los delitos de omisión del deber de socorro (artículo 195) y de denegación de auxilio (artículo 196)¹²

5.3. El principio de no maleficencia.

El principio de no maleficencia, relacionado con la máxima hipocrática del *primum non nocere*, conlleva la obligación de no hacer daño intencionalmente y constituye el fundamento o principio básico de todo el sistema moral (hacer el bien y evitar el mal). Según los autores del principialismo, como una consecuencia del principio de no maleficencia, se derivan la obligación de no matar, no causar dolor o sufrimiento, no causar discapacidad, no ofender y no privar a otras personas de los bienes de la vida.

5.4. El principio de justicia.

La justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, aquello que de alguna manera le pertenece o le corresponde. Ahora bien, en el ámbito bioético la clase de justicia que más interesa es la justicia que se refiere, en sentido amplio, a la distribución equitativa de los beneficios o de las cargas, esto es, a la imparcialidad en la distribución, dándose lugar a una injusticia cuando algún beneficio (por ejemplo, al que una persona tiene derecho), es denegado sin una buena razón para ello o cuando alguna carga se impone indebidamente.

Claro está que los problemas de distribución surgen porque los bienes son escasos y las necesidades múltiples.

Se suele distinguir entre un criterio de justicia formal y otro material. El criterio de justicia formal (Aristóteles) entiende que casos iguales se deben tratar igualmente y casos desiguales se deben tratar desigualmente. Obviamente se trata de un principio formal porque carece de contenidos concretos. Es por ello que suele completarse con los criterios materiales de justicia, que concretan la estructura formal vista anteriormente. En general, se suele admitir que las diferencias basadas en la experiencia, carencias, competencia, mérito y posición, en ocasiones constituyen criterios que justifican un tratamiento diferente para ciertos propósitos. Es necesario, entonces, explicar respecto a qué deben ser tratadas las personas igualitariamente, existiendo varias formulaciones ampliamente aceptadas acerca de la forma justa de distribuir cargas y beneficios: a cada persona una participación igual; a cada persona de acuerdo con sus necesidades individuales; a cada persona de acuerdo con sus esfuerzos individuales; a cada persona de acuerdo con su contribución social y a cada persona de acuerdo con sus méritos.

Ahora bien, además de especificar los principios (concretados, por ejemplo, en normas particulares concretas) es necesario efectuar una ponderación adecuada, con la finalidad de determinar qué principio prevalece, de hecho, en cada situación de conflicto concreto.

La especificación la definen los autores del principialismo como el proceso a través del cual se reduce la indeterminación de las normas abstractas y se las dota de contenidos aptos para guiar las acciones concretas (por ejemplo, el precepto que prohíbe hacer daño no es bastante para guiar u orientar nuestras decisiones morales en relación con el suicidio médicamente asistido o la eutanasia). En todo caso, la especificación debe estar indisolublemente unida con un modelo más amplio de coherencia, pues, los códigos y sistemas morales están formados por muchos factores y su validez depende de su grado de coherencia interna, es decir, de hasta qué punto los factores son mutuamente compatibles. Es necesario, por ejemplo, que nuestras actitudes morales reales sean compatibles con nuestros principios, debiendo el especialista en

12 El Art. 195 dice lo siguiente:

“1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.

2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.

3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió en auxilio, la pena será de prisión de seis meses a dieciocho meses y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años”.

El Art. 196 dice así:

“El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas de Art. precedente en su mitad superior, y con la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años”.

bioética ocuparse tanto de la bioética normativa como de los principios metaéticos sobre las ciencias de la vida y de la salud.

Por último, ha de establecerse la ponderación en los casos de conflicto en las situaciones concretas. Sobre este particular, el principialismo utiliza criterios consecuencialistas para decidir cuál es el valor o norma preponderante en esa situación específica.

6. EL PAPEL DE LA BIOÉTICA EN LA INTEGRACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO.

La bioética y el derecho son ciencias independientes y como tales cada una de ellas debe respetar la autonomía de la otra. Lo dicho no impide que haya, por ejemplo, situaciones nuevas bajo la forma de conflicto de valores que no pueden ser objeto, por no previstas, de una regulación concreta de la norma. Debe, pues, admitirse la existencia de lagunas legales en el sentido de que no pueden preverse en la leyes en el momento en que éstas se dictaron (se trata de situaciones que no existían con anterioridad), aunque no de lagunas legales que no puedan integrarse mediante la aplicación de los principios y el ordenamiento jurídico en su conjunto, pues la Constitución (1978) no establece un esquema cerrado, sino que permite, dentro de ciertos límites, extraer nuevas interpretaciones acomodadas a los tiempos actuales dentro de su esquema de valores.

La bioética, en consecuencia, con su proceso deliberativo y su ejercicio de la responsabilidad prudente, puede prestar un servicio importante al derecho mediante la consolidación de interpretaciones que no sean contrarias a las leyes y que se acomoden en todo caso a la Carta Magna. Es decir, puede crear estados de opinión importantes en la sociedad que sean objeto de sanción en una norma futura, una vez tamizadas por el pluralismo social propio de una sociedad democrática. Más aún, mediante el mecanismo de la autorregulación, puede establecer códigos éticos en las diferentes profesiones y actividades, que no se limiten al recuerdo o reseña de los principios básicos o legales sino que establezcan formas de actuación razonables y prudentes que no tienen por qué estar reglamentadas jurídicamente.

Otra solución al problema de los valores nuevos emergentes puede venir por la remisión que hagan las leyes a los principios y códigos deontológicos, pues de esta manera se confiere a las normas un valor más actual, desde el momento en que dichos códigos pueden y deben innovarse más rápidamente que la propia ley, siempre, claro está, que los códigos o usos deontológicos tengan un refrendo legal y sean objeto de sanción por la autoridad correspondiente, siendo ésta, precisamente, una de las soluciones adoptadas por nuestro ordenamiento jurídico, tal y como exponemos a continuación.

Es suficiente demostración para lo que se ha expuesto la simple lectura de dos leyes importantes, como son el estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud (2003) y la ley de ordenación de las profesiones sanitarias del mismo año. Ésta última declara paladinamente (artículo 4.5. y 5. 1.a) que los profesionales están sujetos al... *cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propias profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de normopraxis, o, en su caso, los usos generales propios de su profesión*, criterio que se repite con diferente terminología en el estatuto marco.

Se produce aquí un fenómeno parecido o semejante al que se conoce en el derecho administrativo como remisión normativa, esto es, cuando una ley reenvía a una norma ulterior, que ha de elaborar la Administración, la regulación de ciertos elementos que complementan la ordenación que la propia ley establece (GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, duodécima edición). Naturalmente, no se trata aquí de una remisión que permita completar un tipo delictivo en el marco del código penal, que responde a unas coordenadas técnicas diferentes de las expuestas.

7. ENCUENTROS Y DESENCUENTROS CONCRETOS.

Se exponen a continuación una serie de ejemplos a través de los cuales se ponen de manifiesto algunas posibilidades de encuentro y desencuentro entre la bioética y el derecho sanitario.

7.1. Donde el derecho no llega y tiene que llegar la bioética: el ejemplo de la información al paciente oncológico con pronóstico infausto.

Parece evidente que no es posible acercarse a una realidad como la descrita con el único instrumento que permite el articulado de la llamada ley de autonomía del paciente (2002), pues la norma únicamente regula los aspectos nucleares o básicos de la relación clínica, sin penetrar en la hondura de la misma o en las circunstancias difíciles en las que se encuentra el paciente en relación con el médico, los profesionales de enfermería o la familia. La ley se limita a la exigencia del consentimiento previa información; a la negativa al tratamiento; a reconocer el derecho del paciente sobre la información disponible; a que se respete su derecho a no ser informado con ciertas limitaciones; a la restricción de dicha información en razón de determinadas circunstancias concretas que el médico debe objetivar y que se conoce como necesidad terapéutica; a una serie de aspectos formales en cuanto al alcance del consentimiento escrito; en fin, a la regulación de las llamadas instrucciones previas (testamento vital o voluntades anticipadas según diferente terminología).

Pero la ley no habla, porque no puede hablar, de la irregular existencia de una especie de prohibición latente en estos casos: la de no mencionar la cuestión de la muerte al interesado, pues normalmente no se ve en ella más que un sufrimiento inútil, cuando es el momento más importante de nuestra vida y el acto ético final, definitorio y definitivo por excelencia. Añádase a lo dicho la dificultad que tienen los profesionales sanitarios para dar malas noticias a sus pacientes e identificar sus preocupaciones y prioridades, marginándolos, a veces, en cuanto personas.

Es verdad que es difícil establecer una comunicación franca con el enfermo en situación terminal y que el enfermo lo percibe como un abandono que impide, incluso, el control de los síntomas, ya que sin una comunicación eficaz es imposible.

Hay que señalar aquí el peligro de la deshumanización de la medicina, que es sustituida por las innovaciones tecnológicas, pero conviene recordar que sin información el enfermo carece de los elementos necesarios para poder

controlar su situación y su vida, de manera que mejore su estado psico-emocional y reaparezca la esperanza y la voluntad de vivir.

Normalmente se oculta la verdad al paciente en connivencia con la familia y se evita hablar de la cuestión de fondo, creándose un muro de silencio que separa al paciente de su familia, de manera que, en frase conocida “ambos se mienten pero posiblemente no se engañan”.

Al margen de la delicadeza de la mencionada relación, surgen innumerables cuestiones que no pueden ser resueltas mediante una ley: cuándo informar; cómo calibrar la gradualidad y la sensibilidad; cómo informar, sobre todo si se tiene en cuenta que sólo el 7% de la conversación es percibida como impacto verbal mientras que el 93% de la comunicación es lenguaje gestual o no verbal; en fin, quién debe dar la información, dónde y cómo mantener la esperanza.

Son interesantes a este respecto las conclusiones del congreso nacional de información al paciente oncológico (Albacete, 2014) que sucintamente y en extracto se recogen a continuación: es necesario un mayor esfuerzo en la formación del personal sanitario en habilidades de comunicación; como principio inicial se considera deseable facilitar al paciente una información completa, veraz y continuada sobre su proceso, aunque se considera indispensable respetar el derecho del paciente a no saber, si ese es su deseo; debe evitarse siempre que la información ocasione un daño sobreañadido que caiga en la maleficencia y respetar los tiempos necesarios marcados por el paciente, mantener en todo momento la verdad tolerable y no caer nunca en el encarnizamiento informativo; la comunicación ha de realizarse en un contexto multidisciplinar; la relación humana no puede ser anulada por el contexto tecnológico; es necesario facilitar al paciente una asistencia integral que incluya a la familia y es imprescindible un apoyo y cuidado esmerado al personal sanitario (cuidar al cuidador).

7.2. Donde el derecho y la bioética no acaban de llegar a un encuentro definitivo en cuanto a los valores dominantes: El caso de los testigos de Jehová.

La cuestión expuesta en el epígrafe plantea el alcance de la autonomía de la voluntad en su versión de libertad religiosa. Se trata de un asunto conocido y que hasta el momento no ha encontrado una solución definitiva en la ley ni en los tribunales de justicia. ¿Hasta dónde debe el médico respetar la voluntad del paciente?

Caben, desde el punto de vista teórico, dos alternativas. La primera, parte de la indisponibilidad e inviolabilidad del cuerpo humano y de la obligación médica de salvar vidas humanas en virtud de la finalidad general perseguida por la medicina. Según esta posición, la autonomía del paciente está limitada por la obligación de proporcionar asistencia a las personas expuestas a un grave peligro, en situaciones en las que no es posible el despliegue de la capacidad natural del juicio. Pero hay también una segunda posición para la que la libertad religiosa es determinante en la decisión del conflicto y que entiende, en el caso de los testigos de Jehová mayores y capaces, que el médico está obligado a respetar el rechazo de una transfusión sanguínea de necesidad vital, incluso si eso puede significar la muerte del paciente.

Por supuesto, para esta segunda posición se requieren diferentes requisitos: el paciente debe mantener expresa y reiteradamente su rechazo, después de haber sido informado de las consecuencias; el paciente ha tenido la posibilidad de intercambiar impresiones con el médico, de manera que su voluntad sea constatada en un ambiente sereno e independiente; el médico debe dejar constancia escrita y firmada por el paciente del rechazo, integrándolo en la historia clínica; finalmente, el paciente no puede estar aquejado de una patología psiquiátrica que perturbe su capacidad de juicio, debiendo comprender las consecuencias del citado rechazo.

La controversia entre el valor de la vida y el valor de la libertad religiosa, en el caso de los testigos de Jehová, no parece aún resuelta definitivamente por nuestro Tribunal Constitucional. El alto Tribunal se pronunció indirectamente sobre esta cuestión (1996) en un supuesto en el que se reclamaba por un testigo de Jehová los gastos efectuados como consecuencia de una intervención quirúrgica en un clínica privada, ante la negativa del médico del sistema público a realizarla sin transfusión sanguínea, tal y como exigía el paciente.

El alto tribunal dice lo siguiente:

“ el problema que plantea el recurrente no es de carencias o deficiencias de los servicios médicos de la Seguridad Social respecto del sistema o de los medios conforme a los cuales hayan de atenderse las prestaciones médico-quirúrgicas a los enfermos, sino que pide, en razón y por exigencia de sus creencias religiosas, que tales prestaciones se le dispensen sin que en ningún caso se utilice transfusión de sangre en la operación quirúrgica a que debía de someterse. No pide más de lo que la Seguridad Social tiene previsto para estas prestaciones, sino que se dispensen éstas prescindiendo de un remedio cuya utilización, por pertenecer a la lex artis del ejercicio de la profesión médica, sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas que, en cada caso, se presenten y se consideren necesarias para solventarlo. Las causas ajenas a la medicina por respetables que sean –como lo son en este caso– no pueden interferir o condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica”.

Un voto discrepante afirma, sin embargo,:

“ que se ha perdido la ocasión para determinar si es o no legítima constitucionalmente (arts. 15 y 16 CE) una asistencia médica coercitiva a quien no se halla en una relación de sujeción especial y, en los términos empleados por la STC. 120/1990 («Asumir el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta»), antes que violentar sus creencias religiosas”.

El predominio del derecho a la libertad religiosa sobre el derecho a la vida se ha recogido en alguna ocasión por los tribunales, amparándose en lo que, a su juicio, puede deducirse de nuestro Tribunal Constitucional (por ejemplo, la STC. 154/2002), en la que se efectúan repetidos pronunciamientos en cuanto al derecho que asiste a una persona a no someterse a actuaciones contrarias a sus creencias religiosas, derecho que no está cometido a más límites que los que imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente.

En todo caso, como ha quedado dicho, se está a falta de un pronunciamiento definitivo de la Ley o de nuestro Tribunal Constitucional, sin que sea posible establecer un criterio frente a

un supuesto concreto, por lo que la bioética y el derecho siguen contendiendo sin que haya un claro vencedor.

7.3. Donde el buen criterio bioético no puede secundado por el derecho por afectar a un derecho constitucional como es el de no declarar contra sí mismo.

La seguridad del paciente no es otra cosa que la ausencia, prevención o minimización de los daños producidos durante el proceso de atención sanitaria y para garantizarla cobra una especial relevancia el establecimiento de sistemas rigurosos y eficaces para la notificación de errores y sucesos adversos, con la finalidad de contribuir a mejorar dicha seguridad, aprendiendo de la experiencia ajena.

Casi todos los países desarrollados cuentan con sistemas obligatorios de notificación de eventos adversos en sectores determinados, sobre todo desde la publicación del Informe *“To err is human. Building a safer health system”* por el Instituto de Medicina norteamericano en el que se citaban los errores médicos como la séptima causa de muerte en los EE.UU. (1999). En definitiva, se pone el acento en no dañar, como primer paso para garantizar la calidad en la asistencia y disminución de costes.

Ahora bien, no cabe duda de que en determinados casos la posibilidad de conectar los sucesos adversos declarados con la actuación de un profesional concreto, es algo que puede afectar seriamente a su reputación profesional. En este sentido, hay que significar que incluso cuando el registro está concebido de forma anónima y confidencial, el conocimiento de la zona territorial, o de la unidad o servicio hospitalario de donde procede el suceso declarado, puede perjudicar sensiblemente al profesional.

Por tanto, hay mucho debate en orden a las decisiones que puedan o deban tomarse frente a peticiones de información realizadas por pacientes, profesionales, o terceros, incluidos jueces o Tribunales. Cuestión distinta, lógicamente, es el uso de la información que pueda hacerse por las entidades debidamente autorizadas para estudiar y sacar partido a dicha información, de manera que revierta en recomendaciones y medidas para la mejora de la seguridad de los pa-

cientes, que es el objetivo y la razón de ser de los registros.

En otras palabras, si no se establece por norma con rango de ley una excepción a la obligación genérica de colaboración con la Administración de Justicia (Art. 118 CE), no cabe duda de que la información almacenada no estará excluida de la misma y deberá ser transmitida a los órganos judiciales si éstos la requieren en el marco de un proceso judicial, con las implicaciones negativas que eso supone en orden a la confianza que el registro debe generar entre los profesionales, siendo ésta la situación de partida, desde luego, en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros países (Reino Unido, Dinamarca, Australia y otros) en los que la confesión del médico está despenalizada y no constituye, en principio, un instrumento dirigido a la responsabilización del profesional sanitario, garantizándose, en consecuencia, el anonimato.

En resumen, nada obstaría a que el derecho y la bioética, en la cuestión tratada, circularan en el mismo camino de la seguridad del paciente, siempre que la Ley garantizase la no utilización de la información notificada en perjuicio de los profesionales sanitarios, con vulneración del principio que ampara el derecho a no declarar contra sí mismo.

Mientras tanto, tal y como ha quedado enunciado en el epígrafe, la Ley no puede, en determinadas ocasiones, secundar el correcto juicio bioético, pues esto supondría la merma de las garantías constitucionales relacionadas con el derecho de defensa (Art. 24.2. CE).