

LOS RETOS JURIDICOS QUE PLANTEA LA BIOTECNOLOGIA*

Eugenio Moure González

Abogado

1- Introducción.

Un sitio web abría su portada no hace mucho tiempo con el siguiente anuncio: “Bienvenido a la única empresa que la proporciona la oportunidad única de pujar por los ovarios de mujeres bellas, saludables e inteligentes”. Se adornaba el mensaje con una panoplia de fotografías que pretendían, por lo menos, acreditar el primer atributo prometido. El precio del óvulo oscila en la puja entre 15.000 y 90.000 dólares. La oferta de este tipo de servicios coincidía en el tiempo con la demanda, a modo de reclamos aparecidos en alguno de los periódicos de las más prestigiosas universidades norteamericanas, en los que se ofrecían cincuenta mil dólares por una donante de óvulos que fuera atlética, que hubiera puntuado muy alto en las pruebas de aptitud escolares y que midiera al menos 1,75 m.

Anuncios como éstos pretenden dotar de la adecuada materia prima a la industria de la biotecnología –entendida como el conjunto de técnicas y procesos que emplean microorganismos para desarrollar productos y servicios útiles-, cuya apuesta por la genómica parece remontar la lucha contra la enfermedad a etapas anteriores al momento de la propia concepción, como pretendiendo con ello inmunizar a las nuevas generaciones frente a cualquier riesgo de enfermedad ¿Se busca construir un mundo idílico que permita a los descendientes de Adán y Eva volver al paraíso, o como titula Dworkin en un reciente trabajo, estamos intentado “jugar a ser Dios”?

En este trabajo ofreceremos nuestro posicionamiento ante tales cuestiones, sin la pretensión de dar respuestas categóricas -nada más lejos de nuestra intención-, sino en establecer un marco de referencia adecuado para el abordaje jurídico de su planteamiento. Al estar cuestionándonos los propios límites de la vida humana, toda vez que

parece que nos aproximamos a pasos agigantados al descubrimiento de las claves de la biología, es necesario recurrir a un análisis jurídico que indague en la esencia de la norma positiva, tanto de “*lege data*” como de “*lege ferenda*”, remontándonos para ello a las reflexiones y criterios de interpretación que aporta el Derecho Natural en su búsqueda de los principios radicales del Derecho.

El impacto de “*iusnaturalismo*” sobre las instituciones jurídicas positivas deviene insoslayable en virtud de diversos cauces de intervención. El ciclo histórico que hoy nos toca vivir, con una fecundidad científica y tecnológica asombrosa, nos obliga repensar determinadas instituciones para que puedan dar respuesta adecuada a los interrogantes provocados por el temor de que el hombre quede reducido al objeto de una investigación, sin más límites que los de la técnica y el saber en cada momento. Las posibilidades de intervención en el genoma humano hacen surgir situaciones desconocidas donde se entremezclan aspiraciones individuales y colectivas contradictorias, y donde pueden anidar por ello nuevas formas de libertad y nuevos límites a la responsabilidad.

Asumir los retos jurídicos que plantea la biotecnología 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. No basta con legislar, sino con alcanzar un determinado nivel de consenso social sobre la propia definición del hombre. De ahí que el abordaje a tales retos nos obligue primero por referirnos a ciertos límites a la ciencia -objeto del capítulo 2 de este trabajo-, para luego hacer análisis en ese punto de las aportaciones de la reflexión bioética – capítulo 3-, continuar con la configuración en clave jurídica del principio de responsabilidad que ordena esta materia –en el capítulo 4- y concluir con la apelación a una especie de globalización jurídica –cuestión analizada en el capítulo 5-.

Sin querer anticipar conclusiones quizás sea el momento de traer a colación nuestra propia herencia cultural,

* Trabajo premiado con *Accesit* en el Primer Premio Derecho y Salud

nacida del imaginario de las civilizaciones greco-latinas allá por los siglos VII y VI antes de Cristo. Indagando en su mitología nos fijamos en Dédalo, que escapó del laberinto volando con unas alas de cera, acompañado de su hijo Icaro, el cual se precipitó al mar porque haciendo caso omiso al consejo de su padre se acercó demasiado al sol y sus alas se derritieron. En éste y en otros relatos legendarios subsiste una concepción fundamental del pensamiento griego: la ambivalencia de la “techné” en su temible poder de creación, dispensadora de vida y muerte. Quizás esa herencia adquiere hoy en día una renovada vigencia bajo la formulación de principios y normas que eviten que atraídos por el fulgor de la ciencia nos precipitemos a un desafortunado desarrollo tecnológico sin barreras morales y jurídicas.

2-. Límites morales de la ciencia médica.

En 1986 un hasta entonces desconocido sociólogo alemán, Beck, publicaba un libro de sugestivo título: “La sociedad del riesgo”¹. Su tesis básica era que el nuevo elemento definidor de las sociedades tecnológicamente avanzadas es su constante sometimiento a peligros y amenazas, y precisamente el desarrollo científico y sus aplicaciones –también en el campo médico y farmacéutico-, es el que produce esos efectos perniciosos. El debate subsiguiente ha tenido desde importantes adhesiones –como la de Giddens que denomina a ese proceso “incertidumbre fabricada”-, hasta furibundos detractores que aluden a una epidemiología del alarmismo o incluso a una heurística del terror –acuñada como “tecnopocalipsis”² -, en la línea de la hipótesis de Webber de la “jaula de hierro”, al concebir que un exceso de racionalismo y modernización sólo conduciría a un infierno inhumano. Tanto se trate de un miedo racionalmente concebido o deducido sin más del imaginario colectivo –siguiendo a Hobbes según el cual la naturaleza humana en todo tiempo se asocia al miedo-, la reacción a posibles peligros alimenta el subconsciente general hasta el extremo de que, como señala D’Agostino, “la persona percibe el crecimiento bajo sus propios ojos de un nuevo, terrible y, por lo tanto, temible poder sanitario, un poder indisolublemente benéfico y maléfico”³.

La cuestión que se plantea a los efectos de delimitar el origen de ese riesgo que parece caracterizar, especialmente, a la sociedad de nuestro tiempo es si la ciencia y la tecnología son malas “per se” o intrínsecamente buenas. En principio existe consenso en sostener la llamada “neutralidad valorativa”, según la cual el carácter positivo o negativo, desde un punto de vista moral, dependerá de cómo se usen los conocimientos, las técnicas y los instrumentos que ofrecen. Según Olivé “la concepción de la neutralidad valorativa de la ciencia se basa principalmente en la distinción entre hechos y valores (lo que) supone que las teorías científicas tengan el fin de describir y explicar hechos y que no sea su papel el hacer juicios de valor sobre esos hechos”⁴. Partiendo de esa concepción puede ser moralmente admisible que determinados sistemas técnicos puedan causar daños a las personas, especialmente al tratarse de innovaciones tecnológicas, pues no es posible predecir todas sus consecuencias para las personas (de ahí el concepto jurídico de <los riesgos del desarrollo>⁵). Se acude en estos casos, como salvaguarda moral, al principio de precaución, formulado bajo la idea de “no esperar al elemento de prueba absoluta de una relación de causa a efecto cuando elementos suficientemente serios incitan a pensar que una sustancia o una actividad cualquiera podrían tener consecuencias dañinas irreversibles para la salud o para el medio ambiente y, por lo tanto, no son sostenibles”⁶.

Ni que decir tiene que esa dialéctica entre la búsqueda del conocimiento y la garantía de una seguridad, incluso para el propio investigador, impone, como apunta Rescher, “tanto la solidez cognitiva –la búsqueda inteligente- como la finalidad normativa –los fines apropiados-, de modo que esos dos componentes son, por igual, esenciales para un racionalidad plenamente desarrollada”⁷, lo que implica “invocar también los valores adecuados de modo

⁴ Olive, L., “El bien, el mal y la razón. Facetas de la ciencia y la tecnología”. Paidós, México, 2000, p. 86.

⁵ Tal concepto aparece recogido en la Directiva 85/374/CEE, de 25 de Julio, artículo 7.e), al contemplarlo como posible causa de excepción de la responsabilidad del fabricante. También lo encontramos en el artículo 141.1 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, al excluir de la indemnización por responsabilidad patrimonial “los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”.

⁶ Cortina, A., *op. cit.*, p. 82.

⁷ Rescher, N., “Razón y valores en la Era científico – tecnológica”, Paidós, Barcelona 1999, p. 85.

¹ Publicado en España por la editorial Paidós, Barcelona, 1998.

² Vallespin, F., “Bienvenidos a la sociedad del riesgo”, *El País*, 25- Noviembre-2000, p. 30.

³ D’Agostino, F., “La bioética como problema jurídico. Breve análisis de carácter sistemático”, *Cuadernos de bioética*, nº 28, 4º 96, p. 470.

universal”⁸. De ahí que este autor concluya que “los valores desempeñan un papel central en la ciencia y que ese cometido [...] es inherente a la estructura de fines que es definitiva en la ciencia como búsqueda racional, [de forma] que no hay cabida para el intento de separar la ciencia respecto de cuestiones de evaluación y de ética”⁹. Se concluye, por tanto, que efectivamente debe haber límites éticos a la investigación, a fin de eludir que se pongan en situación de riesgo otros bienes vitales. Bien es cierto que de ahí surge la idea de “conocimiento prohibido” tan presente en nuestras raíces históricas (pensemos en el mito griego de la “caja de Pandora” o en el pasaje bíblico que relata la expulsión de paraíso por comer del fruto del árbol prohibido) y que, a su vez, tanta curiosidad suscita.

Han sido muchas las teorías de la ética que han logrado una cierta vigencia. Ahora bien, si algo las caracteriza en el siglo pasado y lo que llevamos del actual es en ser “éticas de la responsabilidad”. De ahí la vigencia actual de la alusión de Wiecker hace más de 50 años a la responsabilidad como configuradora del “ethos” del siglo XX. Ello es debido a que la evolución de la ciencia y la tecnología les otorga un poder y una presencia en la sociedad del momento que ha convertido en un tópico el tema de la responsabilidad del científico. A diferencia del actual el científico clásico no tenía conciencia de su responsabilidad moral, pues “se veía a sí mismo como sacerdote de la naturaleza [...] de la verdad, el develador de lo oculto. Y como la verdad no puede ser nunca mala, resulta que su actividad era, por definición, buena”¹⁰. Esta concepción cambia fundamentalmente a partir de la segunda guerra mundial por el exterminio practicado en los campos de Dachau y Auschwitz y los bombardeos de Hiroshima y Nahasaki.

Con ese antecedente Hans Jonas busca sacar de la conexión sustantiva el contenido para la elaboración de un principio formal. Así, según este autor la responsabilidad no es la categoría central de la teoría ética previa debido al estrecho ámbito del conocimiento, sin embargo, “todo esto ha cambiado decisivamente. La moderna tecnología ha introducido acciones nuevas de tal magnitud, objetos y consecuencias, que el marco de la ética anterior ya no puede contener [...]. Ninguna ética del pasado tuvo que considerar la condición global de la vida humana y el futuro lejano, inclusive, de la raza humana. Esta cuestión

exige [...] una nueva concepción de los deberes y los derechos, para lo cual, las éticas y metafísicas precedentes no ofrecen ni siquiera los principios y, mucho menos, una doctrina acabada”¹¹. La tesis de este autor es que el enorme despliegue actual de la ciencia moderna exige el incremento de la responsabilidad moral, de ahí que el saber de la ciencia y el poder de la técnica deban ir acompañados del deber moral, para culminar que “sin valores vinculantes, tal vez quepa lamentar el recelo a la responsabilidad, pero no condenarlo”¹².

Ese escenario social conduce a Jonas invocar un imperativo ético nuevo, que fundamenta ontológicamente y que puede ser formulado tanto negativamente (“obra de tal manera que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de una vida humana auténtica”), como de forma positiva (“incluye en tu elección actual, como objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre”). El principio de responsabilidad así formulado implica para la ciencia y el arte médicos una superación de su “ethos” tradicional, que constriñe el papel del médico a mero ayudante de la naturaleza (“*medicus curat, natura sanat*”), situación a la que abocan los nuevos medios tecnológicos capaces de modificar el propio curso natural de la vida humana. Distingue de esa forma Jones entre responsabilidad y deontología, entendiendo que con la primera se supera la segunda –realmente lo que hace es enriquecerla aportándole un valor nuevo-, y que obliga a actuar siempre con un género de cautela aun a costa de cierto quietismo.

Partiendo de ese principio Mitcham alude a que el concepto de rol social, entendido como un conjunto de normas que guían la conducta de una persona que desempeña alguna función social (supuesto paradigmático del ejercicio tradicional de la profesión de médico), implica aceptar ciertos modelos de comportamiento, “pero cuando estos roles constituyen profesiones estrechamente vinculadas a los poderes de la moderna tecnología adoptan un carácter nuevo, por no decir transformado”¹³. De ahí que Ladd al analizar la situación actual de los médicos argumente que la enorme expansión de la tecnología biomédica ha incrementado la dependencia de los servicios técnicos y ha socavado su autonomía profesional, lo que trae consigo que los problemas en esa esfera de actuación ya no se vinculen a una ética de roles, sino a una ética del

⁸ Rescher, N., *op. cit.*, p. 88.

⁹ Rescher, N., *op. cit.*, p. 95-96.

¹⁰ “La responsabilidad del científico”, editorial del n.º 4 de “Eidón”, *Revista de la Fundación de las Ciencias de la Salud*, Junio – Septiembre, 2000, Madrid, p. 5.

¹¹ Jonas, H., “El principio de responsabilidad”, Herder, Barcelona, 1995, p.123.

¹² Jonas, H., *op. cit.*, p. 163.

¹³ Mitcham, C., “¿Qué es la Filosofía de la tecnología?”, *Anthropos*, Barcelona, 1989, p. 113.

poder, cuyo lado ético es la responsabilidad, noción que expresada en sentido virtuoso, sostiene este autor, requiere que una persona “reconozca sus habilidades para elegir e influir en la situación en la cual se encuentra [y] que esté preparado para tomar en cuenta en su totalidad las consecuencias de su acción o inacción”¹⁴. De ahí que necesariamente en la responsabilidad moral del médico y del científico estén implícitas las cautelas inherentes a la aplicación de unas medidas de protección directamente proporcionales a la peligrosidad del entorno tecnológico, tanto en lo que atañe a la limitación del punto de vista del médico por estar su experiencia limitada por la novedad de los medios utilizados, como respecto de los riesgos del desarrollo inherentes a toda innovación terapéutica (y cuya más ilustrativo ejemplo lo tenemos en la actualidad con determinadas terapias génicas).

En cualquier caso, ese recurso a determinadas cautelas que la reflexión ética aporta nos conduce al vacilante mundo de las relaciones entre la moral y el Derecho, a fin de determinar de qué manera los límites morales a la ciencia puede dotarse del elemento de coacción propio de normas jurídicas específicas para este peculiar entorno. Ya en las postrimerías del siglo XIX el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes puso de manifiesto que “el Derecho está lleno de fraseología tomada a préstamo de la Moral, y por la simple fuerza del lenguaje nos invita continuamente a pasar de un dominio a otro sin percibirlo, invitación que no sabremos resistir a menos que tengamos permanentemente en cuenta la línea fronteriza entre ambos conceptos”¹⁵. Esa línea representa una encrucijada que ha sido definida como el “cabo de las tormentas” de la Filosofía Jurídica, generando un debate doctrinal sobre si estamos ante una frontera abierta que tolera una influencia recíproca entre la Moral y el Derecho, o si por el contrario separa dos realidades de forma insoluble. La simple proximidad genera una influencia mutua que puede tener su efecto únicamente en cierta ambivalencia conceptual –a la que se refería el juez Holmes-, o por el contrario afectar al contenido esencial de ambas disciplinas. De ahí que la preocupación por la existencia de normas jurídicas “inmorales” o por una moral dominante que dirija al Derecho hacia caminos interesados se torna en un desafío para el filósofo del

Derecho, lo que ha dado lugar a disquisiciones enfrentadas a lo largo del último siglo.

Para Kelsen “la validez de las normas jurídicas no depende de su correspondencia con el orden moral”¹⁶. Este aserto resume en pocas palabras su “teoría pura del Derecho”, con la que pretende sostener que su validez –entendida como obligatoriedad o fuerza vinculante- está más allá de su efectiva aplicación o acatamiento. Esa vinculación debemos asumirla o presuponerla al amparo de la propia existencia de una “Norma Hipotética Fundamental”, que expresa un deber ser. Kelsen hace una construcción del derecho de modo axiomático, recurriendo para justificar esa primacía de la norma al componente de fuerza o coacción que lleva implícito. De los postulados de Kelsen surge la escuela del “realismo jurídico contemporáneo”, que si bien sigue abogando por el principio de utilidad como criterio moral por excelencia, se pone cierta distancia al carácter imperativo de su formulación, pues constriñe el derecho al conjunto de mandatos del soberano, al margen de cualquier conexión necesaria con la Moral, relativizada en todo caso porque la simple utilidad de la norma ya la justificaba moralmente. Esta cuestión en tanto supone la identificación del Derecho con su origen estatal no resulta ajena a la proyección histórica de la eclosión de los totalitarismos en la primera mitad del siglo XX, los cuales vienen a producir normas revestidas de una evidente inmoralidad, lo que es germen de una reacción en el pensamiento filosófico jurídico contra el positivismo reinante. Radbruch se postula al respecto afirmando que el derecho nacionalsocialista carece totalmente de naturaleza jurídica, no es derecho en absoluto, de modo que para él el positivismo no está en condiciones de fundar con sus propias fuerzas la validez de las leyes. Se pretende con ello separar el valor de la ley del valor moral que debe llevar implícito, lo que conlleva el riesgo de confundir el enfoque científico que permite definir qué es la ley, con lo que realmente debe ser.

Surge por ello la necesidad de separar conceptualmente el derecho que es y el derecho que debe ser. Hart afirmaba que si no distinguimos el Derecho de la Moral corremos el riesgo de que la ley positiva suplante a la moralidad, de ahí que pueda haber leyes moralmente admirables y leyes moralmente controvertibles, pero su condición de derecho no podía depender en absoluto de tal eventualidad. Intenta por ello mantener la separación ~~sobre la base de encontrar para lo~~ jurídico una señal de

¹⁴ Ladd, J., “Physicians and Society”, 1981, p. 43, cfr. Mitcham, C., *op. cit.*, p. 170.

¹⁵ Holmes, O.W., “La senda del derecho”, Buenos Aires, 1897, s.f., cfr. Laporta, F.J. “Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo” en “Historia de la ética (3) La ética Contemporánea”, Crítica, Barcelona, 2000, p. 221.

¹⁶ Kelsen, H., “Teoría pura del Derecho”, México, 1960, s.f., cfr. Laporta, F.J., *op. cit.*, p.224.

identidad predominantemente empírica. Distingue así el Derecho de la Moral por el aspecto estructural del primero, caracterizado por la unión de varios tipos de normas, mientras que la segunda se basa en un conjunto de normas y principios carentes de esa estructura de coordinación típica del derecho. Reduce pues Hart las conexiones entre ambas disciplinas a interinfluencias que puede ser históricas y empíricas, pero que no son ni lógicas ni conceptualmente necesarias. Dworkin entra en contradicción con Hart al afirmar que el Derecho no sólo es un conjunto más o menos coherente de normas, sino que también incorpora un componente fundamental que son los principios. Según este autor “el principio se define como un estándar que ha de ser observado por una exigencia de justicia, de equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”¹⁷, de ahí que estemos ante principios morales en un sentido amplio aunque subyacentes y vinculados a un sistema jurídico determinado. Ahora bien, como aclara Laporta, “cuando Dworkin habla de principios es preciso recordar que no parece estar hablando de lo que en la jurisprudencia continental se llaman tradicionalmente <principios generales del derecho> [pues] tienen un origen que descansa [...] (citando al autor) <en un sentido de conveniencia desarrollado por los profesionales y el público a lo largo del tiempo> [...] Viven en la comunidad y en la profesión, están ahí. Y además tienen otra peculiaridad (de nuevo citando al autor): <son proposiciones que describen derechos>”¹⁸. Estamos, pues, ante principios que pertenecen a la moralidad de una determinada comunidad.

Con esos antecedentes el debate en nuestro derecho, tal y como señala Desdentado Bonete, está centrado en si el artículo 1.4 del Código Civil al proclamar como fuente del Derecho a los principios generales “se limita a los principios del ordenamiento jurídico (tesis positivista de la <autointegración>) o si se extiende a los principios clásicos del Derecho natural, a los que se denominan valores jurídico-éticos de la comunidad, lo que supone una relativa <heterointegración>, una salida limitada del Derecho hacia la Moral”¹⁹. Díaz Picazo se inclina, siguiendo la opinión mayoritaria, por la aceptación en este marco de integración de las convicciones morales básicas al incluir dentro del mencionado artículo 1.4 también “los criterios o juicios de valor que [...] profesan en un determinado

momento histórico una determinada sociedad”²⁰. Ello nos conduce como referencia inexorable a la Constitución, aun cuando sea arriesgado sostener, como advierte Garrido Falla, que “como el Derecho Natural ha entrado en bloque en nuestro ordenamiento a través de los <valores superiores> proclamados en la Constitución, las lagunas del ordenamiento tengan que ser suplidas por el Derecho Natural”²¹. Realmente esos valores se tornan en exigencia moral elevada a norma jurídica con su formulación como derechos fundamentales.

Tales derechos, que con vocación universal aparecen plasmados en 1948 con la Declaración de Derechos Humanos, dice Bobbio que es la mayor prueba histórica del “consensos omnium gentium” acerca de un determinado sistema de valores. Como apunta Rodríguez Paniagua “el acierto de Bobbio consiste en haberse fijado en los valores que se pueden presuponer en la base de estos derechos, porque, de acuerdo con los más destacados teóricos de la axiología, Scheler y Hartmann, los valores permiten una fundamentación de la actuación práctica al margen de las concepciones religiosas y metafísicas”²². Estamos ante lo que Peces Barba denomina un “prius”, los valores, que supone el núcleo de la moralidad. De ahí que la importancia de la moral social para el Derecho resida en que la legitimación de éste dependerá de su coincidencia, en orientación y contenidos, con aquélla. Se revela en este punto fundamental el papel de los máximos intérpretes de las normas fundamentales (en el caso español y respecto de nuestra Carta Magna el Tribunal Constitucional), siempre abierto, como señala Andrés Ollero, a una <dinámica de decantación social de lo jurídico> para “lograr que las convencidas propuestas personales de moral social se conviertan de hecho en moral positiva”²³.

En esa dinámica es importante resaltar el papel que se le otorga al concepto de dignidad en tanto “fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1 de la Constitución de 1978), pues aunque no se trata de un derecho fundamental nominalmente considerado, es más que eso, dado que estamos, como apunta Romeo Casabona, ante “el principio informador y la raíz de los derechos

¹⁷ Dworkin, R., “Los derechos en serio”, Ariel, Madrid, p.72. cfr. Desdentado Bonete, A., “La extraña fascinación de las Máximas Jurídicas. A propósito de “Tópica” de Gerardo Pereira-Menant” en “Revista semanal Repertorio de Jurisprudencia”, nº45, Marzo 2003, Navarra, p.19.

¹⁸ Laporta, F.J., op. cit., pp. 250-251.

¹⁹ Desdentado Bonete, A., op. cit., p. 22.

²⁰ Díez-Picazo, L., “Comentario al artículo 1 del CC”, (LEG 1889, 27) en AA.VV., Paz Ares (coord.), cfr. Desdentado Bonete, A., op. cit., p. 22.

²¹ Garrido Falla, F., “La Constitución española como fuente del Derecho”, AA.VV., DGCE / Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 43-44, cfr. Desdentado Bonete, A., op. cit., p. 22.

²² Rodríguez Paniagua, J. M., “Moralidad, derechos, valores”, Cuadernos Civitas. Madrid, 2003. p 69.

²³ Ollero, A., “Deontología jurídica y Derechos Humanos” en “Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología”. Vol. I, op. cit., p. 71.

básicos del hombre reconocidos como fundamentales por la Constitución española, sobre lo que se proyecta, y constituye su filtro interpretativo, integrador y valorativo de aquéllos para los poderes públicos”²⁴. En esa línea se ha pronunciado la sentencia del citado Tribunal, de fecha 11 de Abril de 1985, cuando establece que “la Constitución [...] ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Quizás sea en la dignidad, así considerada, donde la relación entre la Moral y el Derecho se hace más patente y al mismo tiempo más dificultosa su delimitación, precisamente por la tradicional distinción filosófica entre una dignidad moral y otra dignidad ontológica, la primera referida al obrar, o como explica Martínez Morán cuando afirma que “el hombre se hace él mismo digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que es considerado moralmente bueno”²⁵, y la segunda entendida como la dignidad intrínseca del propio hombre por el mero hecho de serlo, siendo la misma para todos los seres humanos. En la dimensión ontológica del concepto de dignidad reside su valor jurídico fundamental al venir expresado en tales términos en el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, mientras que en la dimensión moral hallamos su valor de referencia para el ordenamiento jurídico en cuanto reflejo de la convicción social de lo bueno en cada momento histórico.

3-La reflexión bioética.

En la obra de Aldous Huxley traducida al español como “Un mundo feliz” (1931) se dibujaba una sociedad presuntamente feliz, gracias a un medido bienestar científicamente obtenido, pero carente de libertad, un mundo que podría considerarse posthumano, teniendo en cuenta que la libertad es un rasgo decisivo de la humanidad. La pregunta es si realmente pueden considerarse todavía humanos unos seres que como los Alfa, Beta, Delta, Gamma y Epsilon, personajes de la citada obra, carecen de

los rasgos que históricamente hemos considerados propios de los seres humanos, o más bien el salvaje de la misma novela, contrapunto de los anteriores seres, es la imagen de lo propiamente humano, de la libertad que a su vez supone una vida intercalada de sufrimiento, amor, felicidad momentánea ¿Estamos realmente ante una novela profética que anticipa con visionaria antelación el futuro de la naturaleza humana, o simplemente hemos de considerarlo un ejercicio de fabulación que aprovecha la sugestión que produce la posibilidad de trascender las limitaciones que al hombre le son inherentes?

Quizás debamos tomarnos el mensaje que lleva implícita la obra de Huxley como un aviso de que el peligro no reside tanto en poner fin a la esencialidad de nuestra condición de seres humanos -núcleo de la ya aludida libertad, pero también de la dignidad-, como que lo que está en juego sea la ética misma, esto es, la capacidad del hombre de reflexionar conjuntamente, de elaborar líneas de pensamiento, que tanto converjan como se mantengan paralelas, nos permitan juzgar sobre la corrección de las técnicas de manipulación genética con un espíritu autocrítico. Esto supone que el análisis debe interiorizarse desde la propia raíz científica de las técnicas de reproducción asistida, del diagnóstico preimplantatorio, de la eugenesia positiva y negativa, de la clonación humana y no humana, de la investigación con cédulas troncales o los transgénicos. Las reglas éticas sobre las cuales se cimiente toda la investigación científica debe nacer del dialogo interdisciplinar, pues es la única forma que cale en la conciencia del propio investigador, dado el secular rechazo a las injerencias externas que pretende poner bridas a la capacidad de experimentar para descubrir, pues al final la verdad científica termina imponiéndose para bien o para mal, tal y como Galileo masculló a los pies de una hoguera: “y sin embargo se mueve”.

En el año 1970 el oncólogo americano Van Rensselaer Potter daba nombre a un nuevo saber, denominado desde entonces Bioética, con el que se pretende tender puentes entre la cultura de la ciencia y de las humanidades, entre los hechos biológicos y los valores éticos, ello con el propósito de mejorar la calidad de vida sin riesgo para la supervivencia de la especie humana. Como recuerda Alela Cortina, desde la perspectiva de Potter “esta forma de saber se presenta como la reflexión y acción ética sobre la vida biológica en sus diversas manifestaciones (humana, animal y vegetal) y cobra una configuración diferente a la de las éticas tradicionales, a fin de cuentas antropocéntricas, una configuración que sitúa a la vida – no sólo al ser humano- en el centro de la reflexión y de la

²⁴ Romero Casabona, C.M., “Los desafíos jurídicos de las biotecnologías en el umbral del siglo XXI” en “Biotecnología, Derecho y dignidad humana” (coord. Martínez Moran, N.), Comares, Granada, 2003, p. 55.

²⁵ Martínez Morán, N., “Persona, dignidad humana e investigación médica” en “Biotecnología, Derecho y dignidad humana”, op. cit., p. 24.

acción”²⁶. Posteriormente surgen dos tendencias en el seno de la bioética, la original de Potter y la de Hellegers, que crea en Georgetown (EE.UU.) un centro de estudio de ética médica, imprimiendo a la nueva disciplina un sesgo sanitario, resultando de este modo dos dimensiones del mismo saber: la macrobioética, que se ocupa del conjunto de la vida amenazada, que podíamos considerar como una ética ecológica, y la microética, centrada en los fenómenos de que tratan la ciencias de la salud y la biotecnología.

Esta segunda dimensión de la bioética trabaja a su vez en dos escenarios distintos: la atención socio-sanitaria, dando lugar a una ética asistencial, y los laboratorios de investigación genética, lo que permite hablar ya de una “Gen-Ética”. Las respuestas en la que hoy en día se ufana la reflexión bioética acerca de este segundo campo de trabajo parten al menos de dos de las siguientes preguntas: “cuándo podemos hablar de vida personal, porque es a las personas a las que no se debe instrumentalizar y, en segundo lugar, cuáles son los límites de la investigación biotecnológica, dado que no es lícito hacer todo lo que se puede hacer”²⁷. La respuesta a esta última pregunta pretende afrontarse bajo las premisas del denominado “principio de precaución”, que sólo se aplica cuando la situación de riesgo reúne las siguientes características: “tiene como presupuesto un contexto de incertidumbre científica, y los daños evaluados serían graves e irreversibles”²⁸. Ahora bien, tal y como señala la autora citada, dado que es imposible prever todas las consecuencias de nuestras intervenciones “la precaución no implica abstención, no se opone al progreso científico ni se mueve por la “heurística del temor”: precaver significa emplear todos los medios razonables para proseguir con la investigación de las posibles consecuencias de lo que puede proporcionar un beneficio a la humanidad”²⁹.

El contrapeso ético a una desmesura en la investigación biomédica que llegue justificar cualquier medio tecnológico en favor de sus fines lo hallamos en el principio kantiano de la doctrina de la virtud, según el cual ha de obrarse según una máxima de fines tales que proponérseles pueda ser para cada uno una ley universal. “Según este principio el hombre es fin tanto para sí mismo como para los demás, y no basta con que no esté autorizado a usarse a sí mismo como medio ni a usar a los demás (con lo que

se puede ser también indiferente frente a ellos), sino que es en sí mismo un deber del hombre proponerse como fin al hombre en general”³⁰. Ahora bien, ¿dónde debemos, de una forma práctica, situar los límites que permitan tolerar la investigación hasta un punto en que se sirva como único fin al hombre en general sin poner a su vez en peligro su propia esencia? Habermas desde la ética del discurso ofrece la respuesta sobre una idea regulativa que permite trazar la frontera entre la eugenesia negativa y la positiva, que es “la idea de un consenso con el posible afectado, supuesto al menos contrafácticamente”³¹, de modo que la frontera se hallará entre dos actitudes: la del terapeuta, que actúa con el consenso, por lo menos entendido de manera contrafáctica pues el embrión no puede manifestar su decisión, la cual hemos de anticipar en pos de la idea general del deseo a obtener la curación de cualquier enfermedad, y la del “diseñador” que adopta frente al embrión una actitud instrumentalizadora, entendiendo que en este caso se le trata como un objeto en el que se quiere plasmar los rasgos que se consideran deseables según las particulares preferencias del investigador, lo que supone no poder contar con el consenso virtual del sujeto que en potencia encarna el embrión intervenido.

Conviene en cualquier caso detenernos en los distintos niveles de intervención en el embrión. Al respecto Jonas distingue “entre arte genético conservador, mejorador y creador... una clasificación que responde a la osadía de las metas y sin duda también de los métodos. Sólo el tercer objetivo, el “creador”, está reservado a la tecnología genética futurista”³². Se habla así en primer lugar de una eugenesia negativa o preventiva, que intenta evitar la transmisión de genes patógenos de los padres a su futura descendencia. En este sentido la eugenesia negativa está “orientada a la conservación y no a la mejora de la herencia biológica ... parece más una extensión de la medicina preventiva que el comienzo de la manipulación biológica proyectiva”³³. Sería el caso, por ejemplo, del diabético congénito, para quienes los padres pretenden evitar una vida dependiente de la insulina. La finalidad motivadora es humanitaria o compasiva, en cuanto se pretende evitar el sufrimiento de un ser que está por nacer, si bien indirectamente se producen finalidades evolucionistas, por cuanto se están seleccionando rasgos concretos de la espe-

²⁶ Cortina, A., “Ética de las biotecnologías”, *Isegoría*, nº 27, p. 76, CSIC, 2002.

²⁷ Cortina A., *op. cit.*, p. 80.

²⁸ Cortina A., *op. cit.*, pp. 82-83.

²⁹ Cortina A., *op. cit.*, p. 83.

³⁰ Kant I, “*Metaphisik der Sitten*”, pp. 249-250, trad. cat. Tecnos, 1989.

³¹ Habermas, J., *op. cit.*, p. 118.

³² Jonas, H., “*Técnica, medicina y ética*”, p. 115, Paidós, 1996.

³³ Jonas, H., *op. cit.*, p. 116.

cie humana para hacerla inmune a determinados padecimientos.

Cobra, en este punto, especial relevancia la determinación previa del conjunto de patologías que permiten la intervención selectiva. En principio cualquier criterio de clasificación distinto del estrictamente médico sería rechazable, so pena de producir la filtración y reestructuración del catálogo genético de la población a través de políticas de exclusión. En este sentido conviene tener presente los mecanismos de selección prenatal que a través de pruebas como la amniocentesis permite a los padres desechar el embrión portador del síndrome de Down. La línea que separa la descendencia considerada sana de la que no lo es resulta harto peligrosa, pues puede llegar a delimitarse el concepto de salud en base a determinados niveles de "perfección", consensuados socialmente en función de unos determinables objetivos, de modo que sólo a través de ellos se considere garantizada socialmente la felicidad individual. "Las barreras entre lo patológico y lo anómalo o no deseable por la razón que sea no son estáticas, sino que cambian con los tiempos y de acuerdo con las necesidades, las preferencias subjetivas, los intereses económicos o el nivel de bienestar social alcanzado. Las enfermedades aumentan a medida que lo hace la capacidad humana de curarlas"³⁴.

Frente a la eugenesia negativa se encuentra la positiva, cuyo fin radica, dicho sucintamente, en mejorar la especie mediante la intervención en su ADN. Con la eugenesia positiva, a diferencia de la negativa, de lo que se trata no es de suprimir caracteres hereditarios indeseables, sino de optimizar los deseables. "En un caso, pues, lo que se busca es reparar el error genético; en el otro mejorarlo ... Tal mejora no tiene por qué hacernos pensar sólo en la procreación de niños superiores (supermanes o mujeres maravillosas, por utilizar el título de un libro de John Harris), sino en insertar o suprimir genes que permitan combatir las infecciones, destruir los agentes cancerígenos o retrasar el envejecimiento"³⁵. El peligro, sin embargo, de incurrir en la idea del "superhombre", concepto acuñado por Nietzsche, e interpretado de forma desviada por el régimen nazi del III Reich, nos lleva a interrogarnos, siguiendo a Harris, si no "podríamos cometer una injusticia con la humanidad en general al crear una nueva subespecie de superseres, o incluso si llegásemos a cambiar la

humanidad al por completo por algo que creyésemos mejor"³⁶.

El problema de la eugenesia positiva reside precisamente en distinguir el temor infundado a lo novedoso del riesgo que se oculta bajo el fulgor de las posibilidades científicas que se abren, especialmente ante la irreversibilidad –discutible– del cambio producido por la manipulación genética. Al margen de la incertidumbre que produce la definición del canon de lo bueno o perfecto a los efectos de considerar los límites de la intervención eugenésica, el riesgo mayor reside en la estandarización de la especie humana con la consiguiente reducción de la variabilidad del fondo genético colectivo "que con su amplia reserva de propiedades actualmente "inútiles" mantiene abierta la futura adaptación a nuevas condiciones de selección"³⁷. Surge de ahí la antigua cuestión de la legitimidad del hombre para cambiar el curso de lo natural. Frente a la pregunta de si puede el hombre intervenir en los genes hasta llegar a alterar el patrimonio genético, nuestro ordenamiento jurídico, a través del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, firmado en Oviedo el 19 de Noviembre de 1996, proclama que "únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia" (artículo 13).

Sin embargo, no toda intervención perfeccionadora lleva implícita una cosificación del genoma hasta el punto de atentar contra la libertad y la dignidad del ser humano. La mejora de ciertos rasgos físicos, desde los que impone el propio sexo, hasta otros menos aparentes como la altura o el color de los ojos no restan un ápice de autonomía de la futura persona ni menoscaba su dignidad. Extraer del bombo de la lotería natural ciertas bolas no debe suponer un atentado contra el ser humano. El problema reside en introducir nuevas bolas que permita a unos cuanto jugar la partida de la vida con ciertas cartas marcadas. En las consecuencias de alterar las reglas del juego reside un riesgo que difumina el ideal regulativo de la precaución. No obstante, una consecuencia ya se atisba al generarse nuevos motivos para la desigualdad por los beneficios de una

³⁴ Camps, V., "¿Qué hay de malo en la eugenesia?", *Isegoría*, nº 27, p. 59, CSIC, 2002.

³⁵ Camps V., *op. Cit.*, p. 57.

³⁶ Harris, J., "Superman y la mujer maravillosa", pp. 198-199, Tecnos, 1998.

³⁷ Jonas, H., *op. cit.*, p. 118.

herencia genética mejor, que a la postre resulta mucho más importante y decisiva que la herencia patrimonial. La valoración de esta consecuencia nos lleva a la necesidad de averiguar si realmente existe un determinismo genético, o si por el contrario son mucho más importantes los factores ambientales en la conformación de la personalidad.

No cabe la menor duda, siguiendo a Martha C. Nussbaum, que “la igualdad de oportunidades es un concepto desconcertante incluso en las mejores circunstancias, pero deviene todavía más desconcertante cuando tenemos la capacidad de modificar la persona”³⁸. La relativa indefinición de este concepto parte de la existencia de dos conocidas concepciones al respecto: una, relacionada con la tradición ética kantiana, sostiene que la igualdad de oportunidades se cumple cuando todos los aspectos sociopolíticos relativos al entorno se orientan en pro de la dignidad de todas las personas, sin que ello impliquen una necesaria redistribución de las aptitudes valiosas, pues todas las personas se consideran fundamentalmente iguales en dignidad debido a la existencia de unas capacidades morales básicas; otra concepción más radical afirma que las aptitudes, por sí solas, son sencillamente recursos, de modo que las personas no tiene derecho a poseerlos especialmente cuando contribuyen a generar ventajas sociales o de clase. Frente a tal concepto nos hacemos con Nussbaum la siguiente pregunta: “¿esa misma igualdad de oportunidades exigiría una ingeniería genética masiva para crear una nación formada por personas igualmente capaces?”³⁹. La respuesta que nos ofrece esta autora es que “un plan sanitario justo debería ofrecer a todos los ciudadanos un tratamiento de todos los defectos genéticos que conlleven una reducción significativa del funcionamiento normal de la especie, tal y como se especifica en el enfoque de las capacidades básicas ... Es mucho más problemático ofrecer mejoramientos ... dado que constituirían maneras en que los privilegiados crearían niños mejores que los del resto, violando así el espíritu mismo de la igualdad de oportunidades”⁴⁰. Los padres pueden sentir la obligación de evitar aflicciones futuras accediendo a realizar esas intervenciones que doten al hijo de mejores condiciones físicas o intelectuales, pero “probablemente los padres son jueces inadecuados para decidir qué entra en ese conjunto básico de lo humanamente normal; y también podrían ser

excesivamente celosos de la normalidad a expensas de muchas cosas buenas de la vida humana”⁴¹.

El problema es que dedicamos tanto esfuerzo a moldear adecuadamente el entorno de nuestros hijos a fin de garantizarles el medio más adecuado para su desarrollo, que una vez se consiga la capacidad para seleccionar sus genes difícilmente vamos a renunciar a ellas. El planteamiento de esa posibilidad se nos ofrece especialmente llamativo cuando Peter Singer alude a que efectivamente “muchos consideran que aceptarían la selección frente a enfermedades o discapacidades, pero no para mejorar lo que es normal. De cualquier modo, no hay una línea clara entre la selección ante las discapacidades y la selección de características positivas. No hay una gran distancia entre seleccionar contra la enfermedad de Huntington y seleccionar contra los genes que portan un riesgo significativamente alto de cáncer de colon o de mama; y desde aquí es fácil pasar a proporcionar a nuestro hijo de un perfil de salud por encima de la media”⁴². El riesgo de este terreno de arenas movedizas es que el éxito de la ciencia borre algo más que la imperfección o la enfermedad, sino que termine haciendo desaparecer sobre la superficie de nuestra existencia los sentimientos que dan sentido a la condición humana, como es amar a nuestros hijos no por lo que son, sino en cuanto representan el objeto de un pedido de acuerdo con determinadas especificaciones. Nos hallamos ya ante el “supermercado genético” a que se refiere Robert Nozick⁴³.

Las consecuencias adversas que supone la mercantilización de determinadas intervenciones genéticas –al mejor postor, tal que así se publicita en el sitio web al que antes hacíamos referencia– son varias. La primera es que los rasgos que se pretendiera seleccionar fueran beneficiosos en términos absolutos y no sólo comparativos. El mejor ejemplo a colación sería el de la altura del hijo; sería lícita la intervención para evitar el enanismo procurando aproximar la altura a la media, a fin de evitar cierta exclusión social, más no procurar una altura muy superior con la intención de garantizar mejores opciones para un futuro deportivo o simplemente para entrar en una especie de elite social cuyo rasgo inequívoco fuese una altura significativamente superior a la media –algo que no nos resultaría extraño si pensamos en las modelos que desfilan por las pasarelas de la moda–. La segunda consecuencia

³⁸ Nussbaum, M., “Genética y justicia: tratar la enfermedad, respetar la diferencia”, *Isegoría*, nº 27, p. 13, CSIC, 2002.

³⁹ Nussbaum, M., *op. cit.*, p. 13.

⁴⁰ Nussbaum, M., *op. cit.*, p. 14.

⁴¹ Nussbaum, M., *op. cit.*, p. 17.

⁴² Singer P., “De compras por el supermercado genético”, *Isegoría*, nº 27, p. 34, CSIC, 2002.

⁴³ Nozick R., “Anarquía, estado y utopía”, p. 302, FCE, 1988.

adversa es el temor a que se viese limitada la diversidad entre los seres humanos, bajo el reclamo de unos ciertos patrones físicos y de comportamiento como cánones de la normalidad, de forma que se desechase a quien por razones genéticas se aparta de esos criterios. La tercera, y quizás más relevante adversidad que supone este fenómeno es la amenaza de generar un nuevo motivo para la discriminación, de forma que quienes poseen recursos económicos suficientes puedan acceder a estas intervenciones, mientras que los pobres se vean abocados a permanecer excluidos con una merma más en sus opciones por encontrar salidas a su situación. Esa exclusión puede parecer que no nace de la investigación biomédica sin más, sino de la patrimonialización de sus descubrimientos. La situación así planteada nos conduce al terreno del enfrentamiento que aun siendo antiguo todavía perdura; la confrontación de la lógica del mercado como garante de la pervivencia de la sociedad capitalista, según las teorías de Adan Smith, o la lógica de un Estado benefactor como equilibrio necesario para evitar los excesos de un capitalismo desbocado, de acuerdo con las aportaciones de Kelsen. Según esa ambivalencia de teorías, ¿debe la terapia génica estar financiada por el Estado, o empero debe permanecer como una prestación exclusiva del seguro privado? Ronald Dworkin opina que “el seguro básico de salud debe de estar cubierto por todos y financiado por los impuestos calculados al modelar un mercado de seguro hipotético que ofrezca cobertura para cada uno y a un “justiprecio comunitario”, esto es, a precios calculados bajo el supuesto de que cada candidato presente el riesgo promedio”⁴⁴, lo que inevitablemente exige conocer determinada información genética. Pero la cuestión es si estas técnicas novedosas pueden estar al alcance de todos, pues que deban estarlo parece que es una cuestión indiscutible de acuerdo con los límites ya aludidos; ¿socialmente podemos asumir ese coste sin que el equilibrio presupuestario –tan dogmatizado en los últimos tiempos- se resienta? ¿Cuánto debe gastarse una nación en atención sanitaria y como deber ser distribuido ese gasto?

Las dos lógicas enfrentadas a las que antes aludíamos tienen su proyección en esta materia en las aportaciones de H. T. Engelhardt y J. Rawls. Engelhardt por su parte afirma que “la imposición de un sistema sanitario de un solo nivel y global es moralmente injustificable, ya que supone un acto coercitivo de fervor ideológico totalitario ... Constituye un acto de inmoralidad secular. No existe

⁴⁴ Dworkin, R., “Jugar a ser Dios: genes, clones y suerte”, p. 8, *Claves* n° 135, 2003.

ningún derecho moral secular fundamental humano a recibir asistencia sanitaria, ni tan siquiera como mínimo decoroso”⁴⁵. Según este autor “nadie puede cargar con la responsabilidad de restablecer la salud de quienes pierden en la lotería natural”, de forma que “las personas acaudaladas siempre son moral y secularmente libres de adquirir más y mejor asistencia sanitaria”⁴⁶, de lo contrario, si se aceptase que las desventajas causadas por la lotería natural o social crean derechos a la asistencia sanitaria, entiende este autor que se agotarían los recursos sociales. Por el contrario Rawls discrepa partiendo del principio kantiano de la igualdad de los seres humanos en tanto que personas morales, para construir sobre él su particular principio de la justicia. Para este autor “todos los bienes sociales primarios –libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza y bases del respeto común- han de ser distribuidos de un modo igual a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados”⁴⁷. Es por ello que las desigualdades económicas o sociales deben cumplir el principio de diferencia, según el cual la distribución desigual de esos bienes sólo es justa si obedece al criterio de “maximin” –que pretende minimizar el perjuicio de las situaciones más desfavorables-, es decir, si ninguna otra forma de articular las instituciones sociales es capaz de mejorar las expectativas del grupo menos favorecido. Bajo esa premisa Dworkin considera que “no deberíamos ... buscar el aumento de la igualdad mediante una nivelación hacia abajo y, como es el caso de la medicina genética más ortodoxa, las técnicas que solamente estén disponibles para los ricos durante un tiempo, con frecuencia generan descubrimientos de un valor más general para todos. El remedio para la injusticia es la redistribución, y no negar beneficios para alguno sin una ganancia correspondiente para otros”⁴⁸. Sobre las aportaciones de Rawls construye Fried la teoría del “decent minimum”, del mínimo decoroso, según el cual debe procurarse una asistencia sanitaria decorosa estándar a todos los que no sean capaces de conseguirla por sí mismos. Ese criterio de intervención estatal se remonta a una época de sanidad de beneficencia, ya superada, en tanto en cuanto ha sido transformada por los sistemas nacionales de salud como construcción sociosanitaria del Estado de Bienestar. Ahora la pregunta reside en saber hasta

⁴⁵ Engelhardt, H.T., *op. cit.*, p. 15.

⁴⁶ Engelhardt, H.T., *op. cit.*, p. 19.

⁴⁷ Rawls, J., “Las libertades humanas y su prioridad” en “*Libertad, igualdad y derecho*”, p. 13, Ariel, 1988.

⁴⁸ Dworkin, R., *op. cit.*, p. 10.

dónde alcanza esa actividad asistencial subvencionada estatalmente.

El derecho a la protección de la salud aparece recogido en el artículo 43 de la Constitución española de 1978, dentro del capítulo III del título I, dedicado a los principios rectores de la política social y económica. A pesar de la formulación normativa como derecho su ubicación sistemática en la carta magna omite cualquier consideración de derecho fundamental, cuestión que ya ha sido resuelta en tal sentido en varios autos del Tribunal Constitucional⁴⁹. Estamos hablando de un “derecho de carácter económico”⁵⁰ que obliga al Estado a instrumentalizar medios para su salvaguarda en base a lo dispuesto en el artículo 53.3, en tanto en cuanto tales principios han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Sin embargo, es innegable que el derecho a la protección de la salud tiene un engarce necesario en auténticos derechos fundamentales, pues estamos ante una aspiración –la salud- cuya garantía resulta de la consecución del fin común que la Constitución legitima en su artículo 10 al aludir a la “paz social”. Como señala Parejo Alfonso “la salud, individual y colectiva, privada y pública, es sin duda la condición y presupuesto de la dignidad y la calidad de vida -en la doble dimensión física y psíquica- y social, por tanto, también de la libertad. Pues sin salud, individual y colectiva, no hay posibilidad de verdadero desarrollo de la personalidad en sociedad, mediante la participación plena, real y efectiva, en la vida política, económica, cultural y social del que habla el artículo 9.2 de la Constitución, fundamentalmente a través de la actividad productiva (trabajo, profesión y oficio) que proporciona el soporte material de la vida”⁵¹.

La propia remisión que hace el segundo párrafo del artículo 10 de la Constitución a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales nos obliga a integrar esta materia con las aportaciones en ellos recogidos. Merece la pena traer a colación, a fin de acreditar el carácter poliédrico de la salud, la definición que de la misma dio en el año 1946 la Organización Mundial de la

Salud como “el estado completo de bienestar corporal, mental y social”. Se supera de esta manera la concepción clásica expresada en sentido negativo como ausencia de la enfermedad, de modo que como señala Borrajo Lacruz esta concepción “rebaso el nivel de simple conservación de un determinado estado psicofísico que se identifica sin más con la integridad corporal y mental de la persona y lo trasciende hasta alcanzar un nivel de holgura o plenitud vital”⁵². Esto supone que estamos ante un concepto estático sino que evoluciona al mismo ritmo que la propia realidad social en la cual se arraigan constantemente valores nuevos que determinan el acervo común de las necesidades y pretensiones personales y colectivas. Este aspecto cobra especial importancia en la satisfacción que de la demanda de una concreta asistencia sanitaria el Estado debe tutelar.

La plena efectividad del derecho de la persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental a que obliga el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por España en 1977, precisa de una labor del Estado que principia por determinar los contenidos de este derecho. Según Muñoz Machado “comprende un aspecto negativo, en cuanto que es un derecho del individuo a que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda lesionar su salud, y un aspecto positivo, que se concreta en el conjunto de medidas que los poderes públicos deben establecer para conseguir la prevención de las enfermedades o la mejora de las condiciones sanitarias generales”⁵³. El aspecto positivo tiene su desarrollo legal en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad que es reflejo de esa conexión a la que antes hacíamos referencia entre este derecho y otros de carácter fundamental y que substancialmente son el derecho a la personalidad, a la vida, a la dignidad humana, a la integridad física y a la intimidad, que obligan por ejemplo a ofrecer información sobre los procedimientos de diagnóstico y tratamiento, a tener constancia en cada momento del estado de salud, o a imponer con carácter general la exigencia de un consentimiento previo en relación con las intervenciones corporales con fines sanitarios.

El ejercicio del derecho a la protección de la salud en el marco de los servicios públicos está remitida por la Constitución al legislador, de forma coherente con su carácter de derecho de determinación legal o, si se prefiere, de principio inspirador de la legislación positiva y de la

⁴⁹ Autos de inadmisión 519/1884 y 564/1984 mediante los que se rechazan sendos recursos de amparo cuya única invocación consistía en el artículo 43 de la Constitución.

⁵⁰ Gómez Ferrer, R., “Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º. 150, p. 200, 1999.

⁵¹ Parejo Alfonso, L., “Algunas reflexiones generales y salud sobre la sanidad y la salud a modo de prólogo” en “Manual Jurídico de la Profesión Médica”, p. 21, Dyckinson, 1998.

⁵² Borrajo Lacruz, E., “Artículo 43” en “Comentarios a la Leyes Políticas”, p. 154, Edersa, 1996.

⁵³ Muñoz Machado, S., “La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos”, p. 95, Alianza Editorial, 1995.

intervención de los poderes públicos. Dada esa remisión cobra especial relevancia en esta materia la cuestión de la irreversibilidad de las regulaciones que supongan un concreto abanico de prestaciones en materia de salud, de forma tal que se permita a la ciudadanos mantener intangibles las conquistas sociales que vayan acaparando de resultas de la legislación que paulatinamente va perfilando este derecho. La mayoría de los autores, siguiendo a la doctrina constitucionalista alemana, especialmente a la obra de O. Bachof, concluyen que es imposible considerar por vía de la interpretación constitucional que el Estado tenga que soportar cargas que su sistema de financiación es incapaz de asumir, de modo tal que como señala Muñoz Machado “de las circunstancias económicas derivan el derecho y el deber legislativo de usar su poder de gasto de modo consecuente (y así) la libertad del legislador en materia económica no puede quedar vinculada a compromisos prestacionales contraídos en épocas en que los recursos disponibles eran mayores”⁵⁴, cuestión que se traduce en clave de la propia letra de nuestra Constitución en un equilibrio entre el principio de eficacia en el funcionamiento de las Administraciones Públicas (artículo 103) y en el de eficiencia.

La Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, viene a interiorizar el Real Decreto 63/1995, sobre ordenación de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, al cual en su día se le había hecho la crítica de que su carácter reglamentario era insuficiente para acoger la delimitación legal del derecho a la protección de la salud, pues “correspondería al legislador ordinario la determinación del alcance y contenido de los derechos de los usuarios”⁵⁵, en tanto en cuanto representa la concreción del mandato constitucional, precedentemente analizado, mediante el establecimiento de los límites prestacionales a donde alcanza la satisfacción pública de las aspiraciones individuales, ello mediante la determinación de un catálogo de prestaciones financiadas públicamente. La Ley de Cohesión y Calidad satisface esa necesaria concreción legal del derecho a la protección de la salud, estableciendo una serie de principios inspiradores: la universalización de este derecho; la garantía de la igualdad substancial de acceso de toda la población; la eficacia, economía, racionalización, organización, coordinación e integración de los recursos públicos; la determinación de fines y objetivos mínimos comunes; y la ho-

mologación de las atenciones y prestaciones. La delimitación de las prestaciones financiadas se hace tanto en clave positiva como negativa. A este respecto se excluyen de una forma implícita todas aquellas terapias sobre las que no existe suficiente evidencia científica, que no esté suficientemente probada su contribución a la prevención o curación, y que se traten de meras actividades de ocio o descanso. Por otro lado la exclusión explícita alcanza a la expedición de informes distintos de los expresamente contemplados, los reconocimientos realizados por interés de terceros, la cirugía estética que no guarde relación con un accidente, enfermedad o malformación genética, los tratamientos en balnearios y curas de reposo, la cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora de estados intersexuales patológicos y, por último, el psicoanálisis y la hipnosis. Con la idea de perfilar más aún los recursos del sistema de cara al ciudadano, se crea en la Ley 16/2003 el concepto de cartera de servicios, definido como “el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias” (artículo 20). La novedad es que la cartera de servicios, partiendo de un común denominador para todo el Sistema Nacional de Salud, puede variar de una Comunidad Autónoma con respecto de otras, pues así lo posibilita la Ley.

Al ser la gestión una competencia transferida a las Comunidades Autónomas, la uniformidad en la cartera de servicios es imposible, porque la eficacia y la eficiencia de un servicio sanitario dependen tanto de la financiación que se disponga como de la capacidad de gestionar el presupuesto. También influye, no cabe duda, el sesgo que en materia de políticas sociales el gobernante autonómico de turno quiera dar a sus presupuestos. Incluso cabe que se establezcan con el fin de incrementar la financiación impuestos nuevos, como por ejemplo el que se ha planteado en alguna Comunidades sobre los hidrocarburos para financiar la sanidad. De este modo, no debe sorprendernos la existencia de prestaciones varias que cada comunidad ha considerado oportuno crear o ampliar en la asistencia sanitaria que ofertan. Por un lado se encuentran las prestaciones de tipo cuantitativo, que hacen referencia a aquellos elementos de salud tangibles, como son los fármacos. Así por ejemplo Navarra o Andalucía han establecido la prestación adicional de determinados medicamentos con cargo a fondos propios. En el otro tipo de prestaciones, las cualitativas, se encuentra la referente a las listas de espera. Diversas autonomías han regulado los tiempos máximos

⁵⁴ Muñoz Machado, S., *op. cit.*, p. 149.

⁵⁵ Cueto Pérez, M., “Responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria”, *Tirant Monografías*, 1997, p. 123.

de espera, como la Comunidad Valenciana, que establece un máximo de 90 días. Esta comunidad, así como la de Madrid, tienen establecido el pago de la intervención quirúrgica en una clínica privada para cualquier paciente que tenga que esperar más de los meses establecidos para ser operado en un hospital público. Cataluña, Andalucía y Navarra también poseen regulación a este respecto, con un tiempo límite fijado de 180 días. Las soluciones a este desequilibrio prestacional son varias. Beltrán Aguirre, al explicar la “discriminación” sufrida por algunas comunidades en relación a determinados servicios, entiende que la solución pasa por una financiación añadida por parte del Estado “que permita en un plazo razonable la equiparación en medios técnicos y humanos de las autonomías infradotadas con las mejor dotadas, equiparación que no debe ser materialmente idéntica, aunque sí con unos ágiles y eficaces sistemas de referencia”⁵⁶. Ahora bien, si los desequilibrios territoriales son una consecuencia histórica de un desarrollo desigual de las diferentes Comunidades Autónomas y la misión de Estado es garantizar la solidaridad, en cumplimiento de la Constitución española, de los territorios ricos para con los pobres, ¿puede ponerse un techo a las prestaciones, evitando con ello diferencias en el contenido del derecho a la protección de la salud? Con carácter absoluto no, pues a los anteriores datos sobre las diferencias existentes hemos de remitirnos, pero esa proclamada equidad que es garantía a su vez garantía del derecho a la igualdad se cumple con el primer bloque de prestaciones al que antes hacíamos referencia, esto es, mediante un mínimo común denominador para todo el Estado. Por encima de ese nivel básico de prestaciones cada Comunidad Autónoma podrá aumentar su oferta asistencial mediante mejoras cualitativas o cuantitativas. Es la consecuencia ineludible de la descentralización que proclama nuestra Carta Magna.

Hay otra vertiente del derecho a la salud, de corte negativo, que consiste en determinar los límites del abuso de la misma, y que como señala Muñoz Machado trata de dilucidar hasta que punto estamos ante “un derecho subjetivo absoluto, que permite a su titular disponer del mismo hasta el término de la propia extinción del derecho, es decir, a disponer de la propia muerte”⁵⁷. La delimitación de este derecho así entendido tiene manifestaciones de muy importante relevancia social e individual en cuestiones como la imposición de tratamiento médicos obligato-

⁵⁶ Opinión recogida en el artículo de Gallardo, L., y Rodríguez, C., ¿Peligra la equidad en el SNS?, en “Revista Española de Economía de la Salud”, Vol. I, n.º 3, sep-oct., 2002.

⁵⁷ Muñoz Machado, S., “La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos”, p. 95, Alianza Editorial, 1995.

rios, el suicidio, la eutanasia y la propia eugenesia, particular objeto de este trabajo en cuanto encarna el objetivo principal de la biotecnología. Casos como el de la alimentación de los presos del GRAPO en huelga de hambre, la transfusión de sangre en los hijos menores de los testigos de Jehová, el llamado caso “Ramón Sampedro”⁵⁸ o la virtualidad jurídica de la técnicas de reproducción asistida suponen un importante esfuerzo de delimitación de las intervenciones en esta materia, a cargo en última instancia del principal interprete de nuestra carta magna que es el Tribunal Constitucional.

Los criterios para el desarrollo de las políticas sanitarias tienden a fluctuar entre los de carácter exclusivamente utilitario en términos económicos y los que atiende a principios de equidad y solidaridad. Lo que parece no discutirse es que la restricción de los servicios sanitarios puede ser éticamente justificable. En cualquier caso las políticas de racionamiento deben diseñarse de acuerdo con un debate multidisciplinar que nos ayude a reconocer los límites naturales de la vida, de modo que se alcance un consenso social sobre lo que es esencial y lo es fútil o superfluo para la persona. Hablamos de la persona lo que no obliga a concretar también el alcance de este término. Boecio en siglo VI la definió como sustancia individual de naturaleza racional y más recientemente Mounier sostiene que estrictamente hablando la persona no es definible, ya que sólo se puede definir lo que integra un género, y no lo que es único y singular, pues “si ella fuera una suma de cualidades sería inventariable, pero resulta que es el lugar de lo no inventariable”⁵⁹, indeterminación conceptual que da paso a dos tendencias contrapuestas doctrinalmente en la descripción –que no definición– del concepto de persona. La tendencia unitaria defiende la sacralidad de la vida humana partiendo de una identidad entre los conceptos de persona, ser humano y vida humana, de forma que todo ser humano vivo, por ser persona, posee una dignidad intrínseca. Para la otra tendencia, denominada reduccionista, no cabe esa equiparación entre persona y ser vivo de la especie humana porque “las personas en sentido estricto son seres autoconscientes, racionales, libres en sus elec-

⁵⁸ Ramón Sampedro, tetrapléjico a consecuencia de un accidente de tráfico, inició en el año 1995 una acción de jurisdicción voluntaria ante el Juez de su localidad de residencia (Noya-A Coruña) solicitando la autorización para que una tercera persona le ayudara a morir. Denegada su petición en las instancias civiles acudió al Tribunal Constitucional en amparo, recurso que fue registrado el 16 de Diciembre de 1996, el cual ha sido continuado por su heredera al fallecer Sampedro el 12 de Enero de 1998 con la asistencia de una o varias personas anónimas.

⁵⁹ Mounier, E., “La personalidad”, PUF, p. 53, Paris, 1951.

ciones, capaces de juicio moral”⁶⁰, de esta forma ni un embrión humano ni un feto serían personas. En ese sentido se afirma que la dignidad, en tanto fundamento de los derechos y deberes fundamentales, es la cualidad intrínseca de la persona, sin que pueda otorgársele a quien todavía está por nacer. pero el embrión posee ya una individualidad que le convierte en una persona en potencia, pues al desarrollar la secuencia natural de su crecimiento tras la anidación en el útero, nacerá y por ende se convertirá en persona, lo que le hace merecedor de unos derechos superiores a cualquier otro ser vivo en tanto encierra una serie de cualidades inequívocamente humanas, de ahí que haya de definirse un determinado status que le proteja de agresiones externas, no tanto en la medida de imposibilitar su secuencia vital sino para evitar que se pueda distorsionar el libre desarrollo de la personalidad al limitarse antes del nacimiento las condiciones para una vida plena e independiente. Esa protección tiene su amparo en el artículo 15 de la Constitución, pues la utilización de la fórmula “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral” obedeció “a la voluntad mayoritaria de los constituyentes de que el nasciturus tuviera, al amparo de este precepto, su necesaria protección. En la redacción final de artículo 15 CE se eludió el término persona para permitir una interpretación extensiva a la vida en formación de la protección contemplada en este artículo”⁶¹. Bien es cierto que el Tribunal Constitucional en sentencia 53/1985 negó al nasciturus la titularidad del derecho a la vida, aunque sí merezca la protección de los poderes públicos, resolviendo con ello el problema de la despenalización del aborto en los tres supuestos previstos. Por lo tanto, la protección que la Constitución le otorga al embrión no está tanto en sí mismo considerado como en relación con la teoría de la ponderación de derechos, de modo que sólo éste podrá ser protegido en su integridad física en tanto en cuanto no exista un interés contrapuesto merecedor de mayor tutela.

En el contexto de la clonación terapéutica se produce la interacción de los derechos del embrión clonado, por un lado, y derecho a la libertad de investigación, por otro. La libertad de investigación, como corolario de la libertad de pensamiento, está expresamente reconocido en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en su vertiente activa –el derecho a la libertad de investigar- y en el artículo 27.1 en su vertiente pasiva –el derecho a participar de los beneficios del progreso científico-, te-

niendo su trasunto respectivo en el artículo 20.1 de la Constitución española. Las líneas de investigación abiertas en materia de clonación terapéutica ponen en contraposición ese derecho –en su doble vertiente, tanto del científico por un lado como de la colectividad que resulte agraciada con las bondades de sus descubrimientos, por otro lado-, con el derecho a la integridad física del individuo, entendiendo por tal al embrión. Ahora bien, uno de los caballos de batalla –en el terreno ético y jurídico- de la comunidad científica en los tiempos actuales del estado de la investigación con células madre es la determinación de momento en el cual al embrión se le puede considerar un ser individualizado. Para Lacadena “la individualización de un nuevo ser requiere que se den dos propiedades: la unicidad –cualidad de ser único- y la unidad, realidad positiva que se distingue de toda otra; es decir, ser uno solo”⁶²; según este autor, recogiendo cierto consenso de la comunidad científica al respecto, “estas dos propiedades no están definitivamente establecidas en el nuevo ser en desarrollo antes de que termine la anidación del embrión en el útero en torno a los catorce días a partir de la fecundación”⁶³. Sin embargo, con la anidación se produce una etapa de desarrollo que concluye con el nacimiento, etapa durante la cual se actualiza su identidad o mismidad genética, circunstancia que tiene lugar “cuando los genes que contiene se expresen (transcripción) y se sinteticen (traducción) las proteínas correspondientes. En ese momento podría decirse que quedan fijadas las señas de identidad del individuo”⁶⁴. La fijación temporal de cuándo ocurre ese fenómeno todavía es una incerteza, pero se vienen estableciendo en torno a la octava semana de desarrollo, de modo que todo parece indicar que la realidad humana que representa aparece, según palabras de Diego Gracia, con “suficiencia constitucional” en ese momento. De ahí la distinción entre vida humana –que surge con la fecundación- e individuo humano –en torno a los 50/56 días posteriores-, que marca la diferencia entre dos niveles de protección constitucionalmente relevantes.

El embrión clonado con fines terapéuticos según las líneas de investigación actuales se refiere siempre a una fase anterior a la anidación, de ahí que estemos ante la manipulación de vida humana, no de un individuo en tanto portador de unos singulares caracteres físicos. Si el fin de este tipo de clonación es la obtención de células para el

⁶⁰ Engelhardt, H.T., “Los fundamentos de la bioética”, p. 15, Paidós, 1995.

⁶¹ Cortina A., *op. cit.*, p. 83.

⁶² Lacadena, J.R., “Individualización y mismidad genética en el desarrollo humano” en “Gen-Etica”, p. 116, Ariel, 2003.

⁶³ Lacadena, J.R., *op. cit.*, p. 116.

⁶⁴ Lacadena, J.R., *op. cit.*, p. 120.

desarrollo de terapias que permitan salvar la vida de personas, o mejorar positivamente su integridad física y moral, presa de los condicionantes objetivos y subjetivos de la enfermedad, es evidente que el derecho que se pretende salvaguardar con esa línea de investigación cuando menos goza de un fin digno en sí mismo y como tal loable. La técnica de clonación celular utilizada pretende obtener, en la fase de blastocisto, esto es, antes del comienzo de la anidación, células troncales para su utilización con el mismo paciente “clonado”. El objeto de su investigación proviene, por tanto, del propio paciente, del cual se obtendrá un embrión para obtener las células madre extraídas en tejidos trasplantables al mismo paciente. Actualmente existen líneas de investigación abiertas para el tratamiento de enfermedades como la diabetes tipo I, el parkinson o las lesiones medulares, por citar algunas de las más conocidas. En esa confrontación entre la vida humana en formación y la vida humana enferma la protección jurídica ha de inclinarse por la segunda, puesto que mientras en que el primer caso la vida anima a un ser que no se puede considerar individuo ni mucho menor persona, en el segundo estamos ante una persona que carece de la adecuada calidad de vida consecuencia de una salud maltrecha. Bien es cierto que existen líneas de investigación alternativas que tienen por objeto de estudio las denominadas células adultas, obtenidas del propio paciente, pero que tienen el inconveniente de que carecen de la capacidad de diferenciación de las células embrionarias. De la existencia de caminos tecnológicamente distintos, si bien paralelos y con el mismo fin curativo, no puede derivarse una incompatibilidad basada en el diferente método utilizado, esto es, que por el mero hecho de que una técnica produzca una vida humana de forma instrumental para salvar otra vida, mientras que la otra aproveche las posibilidades celulares del propio individuo enfermo, no supone que estemos ante una dicotomía insoslayable.

La contribución de la bioética en este debate se revela fundamental, en tanto las diversas disciplinas (médica, biológica, jurídica, filosófica...) tiene la misma autoridad y entre todas van generando el diálogo plural y abierto que caracteriza la deliberación bioética. El umbral histórico en el que nos encontramos, de transición hacia un mundo nuevo que se representa a través de la secuenciación completa del genoma humano, obliga a retomar y reavivar los problemas de la propia existencia humana en su sentido primigenio. Como apunta González Valenzuela “la situación presente exige una ética que, con un clara memoria de lo humano contribuya a que el proceso transformador preserve vivo en rostro de la “humanitas” ... Una ética que, conforme al verdadero espíritu científico y filosófico, promueva la permanente disposición de lucha

contra la ignorancia, y asuma a la vez, socráticamente, la incertidumbre y la perplejidad, promotoras perennes de la búsqueda. Una bioética en suma, que ejerza la virtud de la “phrónesis” o sapiencia, junto con las de asombro y la esperanza; virtudes ciertamente fundamentales en estos tiempos de cambios tan cruciales para la humanidad”⁶⁵.

4- La configuración jurídica de la responsabilidad ética.

Cierta indeterminación conceptual está conduciendo a un uso ambivalente de preceptos que no son sinónimos: bioética –a la que ya nos hemos referido-, deontología médica y bio-derecho o derecho médico. La bioética centra su objeto en el estudio de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, analizando las conductas que se producen en este ámbito a la luz de los principios y valores humanos. Por deontología médica se entiende la ética aplicada al ejercicio de esta profesión, lo que se traduce en nuestro entorno cultural (de la Europa mediterránea) y siguiendo a la tradición pandectista, en un conjunto de normas que los médicos se otorgan con el objetivo de orientar su ejercicio profesional de acuerdo con unos principios y valores comunes, alcanzando con ello un cierto estatuto de certeza. El denominado bio-derecho o derecho médico se define como “aquellas partes del ordenamiento jurídico que se ocupan del ejercicio de la medicina, esto es, de la profesión médica y, por asimilación, de otras profesiones sanitarias o no sanitarias vinculadas directamente con la salud”⁶⁶, incluso cierta expansión del concepto en la actualidad supone incluir también “las implicaciones jurídicas de la aplicación de las llamadas Ciencias Biomédicas sobre el ser humano”⁶⁷.

De acuerdo con lo expuesto de forma precedente, y aun cuando el objeto de las tres disciplinas incurra en un cierto solapamiento conceptual, cada una de ellas analiza su objeto con métodos y fines propios. Si la bioética pretende encontrar una serie de respuestas a los problemas que generan los nuevos avances de la medicina, que le permita establecer pautas morales en este concreto ámbito de las relaciones humanas, pero sin aspirar con ello a que exista un coercimiento externo que obligue socialmente a su observancia, la deontología médica sí que persigue ese

⁶⁵ González Valenzuela, J., “Ética y Bioética”, *Isegoría*, nº 27, p. 53, CSIC, 2002.

⁶⁶ Romeo Casabona, C.M., “El Derecho médico: su evolución en España” en “Derecho biomédico y bioética”, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁷ Romeo Casabona, C.M., *op. cit.*, p.2.

fin mediante unas reglas éticas a las que lleva asociada la compulsión propia de un sistema de sanciones para el caso de incumplimiento, mientras que el derecho médico con el mismo objetivo de acatamiento general que tiene toda norma jurídica lo que persigue es el ordenamiento de la actividad médica en sus más variadas relaciones (con el paciente, con el sistema sanitario y con el resto de profesionales de la salud).

En cualquier caso y a pesar de las diferencias puestas de manifiesto no se concibe la relación entre unas y otras únicamente por la similitud en su objeto de referencia (la medicina en particular y las ciencias de la salud en general), pues esa relativa aproximación las convertiría en simples compartimentos estancos y ajenos a posibles influencias recíprocas. La relación entre la bioética y la deontología médica viene siendo permanente y recíproca, pues aun cuando ambas surjan de tradiciones culturales distintas (la anglo-americana y la europea, respectivamente) no pueden entender el ejercicio de la medicina desde una visión localista, por esa vocación de universalidad que se predica de aquellas proposiciones morales y principios éticos que aspiran a convertirse en derechos fundamentales del hombre, como paciente y como ser humano. Tal aspiración pone a su vez a ambas disciplinas en relación con el Derecho, tanto por la pretensión negativa de evitar normas moralmente injustas, como por la positiva de arraigar en el espíritu de la norma ese componente ético que la hace socialmente plausible.

Pero la deontología –y también la bioética-, no sólo influye en la interpretación de la norma, en cuanto ésta debe ser puesta en relación con el contexto social de relaciones humanas a las que va referida, sino que ha de inspirar al legislador a la hora de acometer la correspondiente producción normativa, especialmente en aquellas materias sensibles por afectar a derechos fundamentales: la vida, la libertad, la igualdad y la integridad física y moral, principalmente. Esa necesidad se hace más acuciante en el contexto de la medicina y de las investigaciones biomédicas, pues su propia dinámica -fruto de un frenesí tecnológico que se traduce en un escenario cambiante-, da lugar a vacíos normativos, que se han de procurar integrar desde unos principios generales de indudable raigambre ética. Estamos, pues, ante una juridicidad de la norma ética que podríamos denominar de tipo formal, en la idea ya expresada de la necesidad de un arraigo del Derecho en la Moral. Realmente ya nuestro ordenamiento jurídico llega a interiorizar la norma deontológica desde el momento en los estatutos de los colegios profesionales –que a su vez se remiten a sus respectivos códigos-, son aprobados me-

dante Real Decreto (o Ley autonómica), de ahí su incorporación plena al mundo del Derecho.

Ahora bien, existe igualmente una juridicidad de tipo material cuando la propia norma legal se remite directa y expresamente a la Moral en determinadas relaciones interpersonales, como es el ejercicio de la medicina, hasta el punto de asumirse la integración de las pautas consensuadas de comportamiento ético –que los profesionales se dan a sí mismos pero con miras a la sociedad en su conjunto-, con un expreso reconocimiento a la hora de configurar el núcleo de los deberes que jurídicamente les son exigibles. Así comprobamos primero, y con carácter general, que el artículo 1.258 del Código Civil obliga a las partes de una relación contractual “no sólo a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. En un segundo plano, ya de una forma particular referido al contexto de la medicina, esa asimilación se produce en el artículo 4 del Convenio de Oviedo⁶⁸, precepto que proclama que “toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la experimentación, deberá efectuarse dentro del respeto a la normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso”. Por último, esa juridicidad a la que aludimos está también presente en la propia norma reguladora del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud, y así el artículo 19, b) de la Ley 55/2003⁶⁹ les obliga a “ejercer la profesión [...] con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables”.

Tampoco la Jurisprudencia ha sido ajena a ese proceso de asunción de la norma deontológica como criterio ético de actuación para integrar el contenido del deber de cuidado exigible al profesional de la medicina. Aunque son muchas las referencias, nos quedamos con una sentencia de la que fue ponente Ruiz Vadillo siendo presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en la cual establece que dicho deber “puede establecerse en un precepto jurídico o en la norma de la común, sabida expe-

⁶⁸ Así llamado al Convenio para la protección de los Derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de Noviembre de 1996. Entró en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el 1 de Marzo de 2001 mediante Protocolo de 12 de Enero de 1998 ratificado por Instrumento de 7 de Enero de 2000, BOE nº. 52 de 1 de Marzo de 2003.

⁶⁹ Ley del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, de 16 de Diciembre, BOE nº. 301 de 17 de Diciembre de 2003.

riencia general tácitamente admitida y guardada en el ordinario y prudente desenvolvimiento de la actividad social”⁷⁰.

Esa interacción tiene su expresión más acusada en la elaboración del término “lex artis”, que hemos de traducir literalmente como “ley del arte” y conceptualmente concebimos como el conjunto de reglas de actuación de un profesional, que expresa el módulo de diligencia exigible en cada caso de acuerdo con el estado de la ciencia. La “lex artis” ha de englobar –según las tradicionales concepciones al uso- todas las normas y principios teóricos de actuación que garantizan el buen desenvolvimiento práctico de cualquier profesión. Si bien el concepto se aplica a todas las profesiones, suele reservarse para aquéllas que precisan de una técnica operativa y cuyos resultados son de naturaleza empírica, como es el caso de la ciencia médica.

El concepto de “lex artis” es reinterpretado con referencia al contexto sanitario por Martínez-Calcerrada al añadirle la expresión “ad hoc”, de lo cual resulta una definición que ha sido asumida jurisprudencialmente; se trataría así del “criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médico- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital de acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”⁷¹. Lo que con esta definición se ha pretendido es situar la pauta de actuación en un concreto contexto, influenciado tanto por factores internos al paciente (gravedad de su estado) y al médico (cualificación del mismo) como externos a ambos (medios y recursos sanitarios para afrontar la actividad asistencial).

Ese contexto, variable según las diversas circunstancias concurrentes en cada caso introduce un elemento de riesgo que necesariamente hay que modular para la imputación que se haga del resultado final. Esa influencia de factores que se escapan a comunes estándares de calidad asistencial obligan a considerar el acto médico como algo irreductible a un común y abstracto protocolo de actuación, pues son variados los factores que pueden condicio-

nar las opciones del galeno. Por muy desarrollados y casuísticos que sean los árboles de decisión que se plasman en los concretos estudios de cada patología, siempre habrá situaciones irreductibles que escapan a la compleja y rica realidad de supuestos; digamos que la literatura científica se nutre siempre “a posteriori” de los casos que son objeto de su estudio. De ahí que se haya recurrido como verdad apodíctica que en medicina a “cada acto, una ley”, en la idea de precisar para el correcto ajuste de corrección la ponderación de muchos y variados factores ya aludidos, incluso “se podría afirmar que es el mismo acto el que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia ley”, con la que, indefectiblemente, habrá que enjuiciarlo”⁷².

Lo contrario, esto es, pretender llevar al absoluto los protocolos como pauta objetiva e invariable de actuación implicaría encorsetar la libertad de tratamiento cosustancial a toda intervención médica. A pesar de lo anterior es innegable que existe una tendencia a la “positivación” del arte médico con el loable fin de otorgarle certidumbre, cuestión que en cualquier caso pugna con el hecho de que estemos ante un ciencia axiológica relativa, lo que nos obliga a aceptar la discrecionalidad en la toma de decisiones como elemento inherente al propio ejercicio profesional de la medicina. Ello no significa que debamos renunciar a los protocolos médicos, más bien otorgarles la capacidad de integrar de una forma relativa la “lex artis” exigible, máxime cuando se parta de un importante grado de consenso (por ejemplo, cuando son elaborados por las propias sociedades científicas), e incluso que pueda atribuírseles el carácter de presunción “iuris tantum” de cumplimiento del deber objetivo de cuidado, debiendo probar el médico o el paciente, según cada caso, las circunstancias en virtud de las cuales esa pauta de actuación debió obviarse.

Pero sin duda alguna donde el protocolo está cumpliendo una indudable función de certeza de la actividad médica es en la determinación de los riesgos derivados de los tratamientos médicos, fundamentales en la confección de los documentos de consentimiento informado. El paciente a través de tales documentos puede tomar constancia de las consecuencias derivadas de toda intervención en el ámbito de su salud, siendo obligación del médico darle esa información de un modo que resulte comprensible, lo que en modo alguno supone abandonar al paciente a una interpretación libre de un documento redactado con tecnicismos indescifrables para el lego en medicina, sino en adaptar la información a un nivel de comprensión deter-

⁷⁰ Sentencia de 29 de octubre de 1994, recurso nº2009/93, *Actualidad de Derecho Sanitario*, nº. 7 y 8, Julio/Agosto 1995, pp. 435 y 55.

⁷¹ Martínez Calcerrada, L., “Derecho Médico”, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1986, p. 188.

⁷² Martínez Calcerrada, L., *op. cit.*, p. 189.

minado por la edad, la formación y también la extracción social. Con esas premisas finalmente se traslada al paciente la decisión de optar por la vía curativa que desea o simplemente renunciar a ella, porque será él quien, en definitiva, apreciará o sufrirá, respectivamente, las venturas y desventuras asociadas a cada acto médico, de ahí que esta obligación de información y consentimiento se convierta en un elemento integrador más de la “*lex artis*” tal y como lo viene exigiendo la doctrina judicial⁷³.

El principio de autonomía que asiste al paciente otorga a la información terapéutica un rol de suma importancia en esta materia. Se ha destacado por numerosos tratadistas (entre ellos Bercovitz y Gómez Segade) el valor de la información incluso como requisito para el ejercicio de los más elementales derechos fundamentales, principiando por el derecho a la integridad física y moral. De ese modo, el conocimiento de aquellos datos que influyen en la toma de decisiones de trascendencia vital para la persona es garantía de una correcta protección del consentimiento. Lo contrario, esto es, sesgar la información que fundamenta decisiones que son vitales para la persona atentaría contra su dignidad, considerada como valor informador de nuestro ordenamiento jurídico, y cuyo respeto es garantía de salvaguarda —como ya hemos visto— de derechos fundamentales que asisten a todo ser humano. Frente a una dimensión ontológica de la dignidad, que en palabras del Papa Leon XIII implica que “están llamados todos a la misma eminente dignidad de los hijos de Dios”⁷⁴, existe una dimensión moral, que no se refiere al ser sino al obrar, esto es, a la actuación de acuerdo con unos parámetros que la ética considera los correctos, de forma que toda actuación fuera de los mismos es moralmente reprochable por atentarse a la dignidad así entendida, y jurídicamente perseguible por coartar los derechos fundamentales de los cuales es sustrato.

La confluencia de los dos planos —el de la moral y el de lo jurídico— no se produce en el terreno de la culpa ni en el de las consecuencias que se predicen para el ilícito; sí concurre, en cambio, en la valoración de la antijuricidad del acto médico, pues para conocer los niveles de diligencia exigibles al facultativo en su quehacer profesional es preciso poner en relación su actuación con ese entramado de derechos del paciente, que precisamente surgen fruto de la relación interdisciplinar ético-jurídica a la que antes

aludíamos. Sin ir más lejos la moderna figura normativa del consentimiento informado⁷⁵ es precisamente una contribución de la bioética a la sociedad a través del Derecho. Yendo más allá, la juridicidad de la regla ética primaria de no causar daño a nadie (“*naeminem laedere*”) estuvo presente en la construcción del instituto de la responsabilidad aquiliana del Derecho romano, de la cual es heredero el artículo 1.902 del Código Civil, donde se reside la responsabilidad extracontractual, incólume hasta nuestros días.

Precisamente ese es el criterio de imputación, haber causado un daño antijurídico al paciente, entendiendo como tal aquél que le reporta un perjuicio tanto físico como moral a consecuencia de la inobservancia de la diligencia debida, la cual vendrá concebida por el trato al paciente con máximo respeto por sus específicos derechos o, lo que es lo mismo, por la atención de los deberes deontológicos puestos en relación con el estado de la ciencia y de la organización sanitaria. En realidad derechos de uno y deberes del otro son las dos caras de la misma moneda o, si se prefiere, el componente activo y pasivo de una relación que necesariamente resulta complementaria, una vez olvidada aquella afirmación de que “no hay enfermos sino enfermedades”⁷⁶. El paciente ya no es el objeto de la intervención médica sino el sujeto de una relación de igual a igual, sin que la enfermedad sea óbice al respecto.

Esa relación se enriquece por la necesaria complicidad para alcanzar el mismo fin, que no es otro que el de vencer a la enfermedad, pero no sólo con las armas que la ciencia pone al alcance del facultativo, sino también bajo las pautas de conducta que la deontología impone al facultativo⁷⁷. En la medida en que la ignorancia de la regla técnica cause, por acción u omisión, un perjuicio al paciente podrá existir responsabilidad para con él, que en su caso obligará a indemnizar el daño causado, pues esa es la consecuencia jurídica que lleva aparejado nuestro ordenamiento jurídico civil. Sin embargo en aquellos supuestos en que el daño se causa a consecuencia de una conducta que denote ignorancia de la regla ética la obligación

⁷⁵ Contemplado en los artículos 9 a 13 de la Ley básica de autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁷⁶ Expresión acuñada como interpretación del propio Juramento Hipocrático.

⁷⁷ Esa sumisión a la norma deontológica deriva de lo dispuesto en el artículo 44 de los Estatutos de la Organización Médica Colegial, aprobados por Real Decreto 1018/1980, de 19 de Mayo (BOE, num. 128 de 28 de Mayo de 1980).

⁷³ Sentencias, entre otras, como la del Tribunal Supremo, Sala I, de 25 de abril de 1994, de la que fue ponente el señor Albacar López.

⁷⁴ Véase Encíclica “*Quod Apostolici numeris*”, n.º. 6.

indemnizatoria se relativiza, pues si bien la responsabilidad deontológica será evidente, ésta por sí misma no lleva aparejada obligación alguna de resarcir económicamente al paciente, pues a diferencia del procedimiento penal español donde se permite el ejercicio conjunto de la acción civil (resarcitoria) y de la acción penal (punitiva), en el sistema coercitivo de los colegios profesionales prevalece en exclusiva su carácter sancionador. Sólo la ignorancia de la regla ética obligará a indemnizar al paciente cuando convierta en antijurídica su conducta.

El incumplimiento de la regla ética podrá fundamentar, en su caso, el reproche jurídico y la reacción del ordenamiento procesal cuando sea la causa de un daño que no existía el deber jurídico de soportar, pues la antijuricidad no surge exclusivamente por contradicción a la norma escrita sino por significar un atentado contra los propios valores en los cuales se cimenta nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo las buenas costumbres⁷⁸, entendiendo por tales también aquellas que incumben en particular al profesional de la medicina. Si el paciente ve limitadas sus expectativas curativas por el incumplimiento del médico de su deber de informar con pormenor de la opciones terapéuticas, evidentemente se produce un daño, si bien no directo, si indirecto en la línea de lo que se ha venido en denominar la pérdida de la oportunidad⁷⁹. Ese deber de informar no se limita a los riesgos de la propia enfermedad puestos en relación con los remedios al alcance del facultativo, sino también a los riesgos inherentes a una organización sanitaria.

Entramos de ese modo en el terreno de la culpabilidad, definida como la atribución de culpa a alguien a través de un juicio de imputabilidad de su conducta⁸⁰. Puede haber culpa y en cambio no existir culpabilidad al

concurrir una causa de justificación que disculpe el comportamiento del facultativo⁸¹. La obediencia debida ha venido siendo considerada como causa de justificación, si bien con el carácter de eximente de la responsabilidad penal. En cambio, la responsabilidad civil, por tener un carácter resarcitorio en lugar de punitivo, se apoya en una concepción social de la culpa⁸² que acentúa la obligación de reparar el daño causado, de modo que el reproche jurídico a través de la pena se sustituye por la obligación de damnificar al perjudicado. Con esa noción de culpa –relativizada en un contexto de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva– se amplían las posibilidades para la culpabilidad pues basta con que se produzca un daño antijurídico para que surja la obligación de resarcir al perjudicado. Ausente la información el daño causado se traduciría en la imposibilidad de tomar una decisión que afecta al ámbito de su salud. El reproche jurídico se traduce en la obligación de indemnizar la pérdida de oportunidades terapéuticas por la ignorancia de determinado dato relevante que omite una opción vital.

En la moderna medicina genómica el valor de la información adquiere dimensiones colectivas porque la tecnología eugenésica al intervenir sobre el genoma humano, patrimonio de la humanidad, conlleva riesgos colectivos, de la ahí “que la decisión de correr el riesgo debe ser tomada por la colectividad que se expone a él ... pero para que esa decisión pueda poseer los caracteres de una elección racional y responsable, es necesario que tal colectividad reciba una información fiable y correcta, y que no sea sometida simplemente al apresuramiento de temores opuestos”⁸³. Surge, por tanto, el deber deontológico de la clase científica no sólo de dar argumentos para disipar los temores infundados, sino que los demás podamos

⁷⁸ El concepto “buenas costumbres” aparece recogido, entre otros preceptos, en el artículo 1.106 del Código Civil, en el sentido de considerar nulas las condiciones obligacionales que les sean contrarias. La jurisprudencia viene interpretando este concepto como sinónimo a la moral, a que se refiere el artículo 1.255 Código Civil, en cuanto límite al principio de autonomía de la voluntad.

⁷⁹ La doctrina de la “pérdida de la oportunidad” considera daño moral económicamente resarcible la imposibilidad de haber obtenido un beneficio o de haber podido evitar, con alguna probabilidad efectiva, el daño producido. A modo de ejemplo, ofrecemos la Sentencia de Tribunal Supremo, Sala I, de 10 de Octubre de 1998.

⁸⁰ “...la doctrina y la práctica penales modernas han abandonado con razón la concepción psicológica de la culpabilidad y han caracterizado la esencia de la culpa como un juicio de valor del ordenamiento jurídico acerca del agente (concepción normativa de la culpabilidad). Al agente se le reprocha el juicio de menosprecio que implica la culpa, consistente en no haberse conducido conforme a Derecho, y en haberse decidido por lo injusto cuando pudo obrar lícita y jurídicamente”. Santos Briz, J., “La Responsabilidad Civil: derecho sustantivo y derecho procesal”, p. 57, Montecorvo, Madrid, 1993.

⁸¹ “El concepto de culpa presupone que el agente, al tiempo de obrar, posee la aptitud general para responder de los actos ilícitos que realice. Pero la culpa puede quedar excluida por la concurrencia de causas especiales de inculpabilidad. Nuestro Código Civil no las regula ...; pero el Derecho Civil necesita reconocer el principio fundamental de que el agente no se le puede acusar de culpa cuando, según las circunstancias, observó una conducta de acuerdo con las normas ... Tampoco existirá conciencia de la antijuricidad cuando erróneamente se actúa protegido por una causa de justificación, aunque ésta no se halle prevista por el ordenamiento jurídico”. Santos Briz, J., op. cit., pp. 56-57.

⁸² “Al llegar a la conclusión de que hoy se defiende la existencia de una “culpa social”, que atiende a las consecuencias nocivas de la conducta y que prescinde en gran medida de la diligencia del responsable, surge la discordancia de esa denominada culpa social con la culpa propiamente dicha, noción de origen ético y religioso que quedaría desvirtuada si se separa de estas fuentes. Para obviar este inconveniente se acude a reconocer la autonomía de la culpa jurídica frente a la culpa moral, autonomía que es defendida en mayor medida en la culpa civil que en la penal”. Santos Briz, J., op. cit., p. 66.

⁸³ Anganzi, E., “El bien, el mal y la ciencia”, p. 296, Tecnos, 1996.

formarnos una correcta percepción del riesgo, pues de esa forma se ayudará a la colectividad a racionalizar adecuadamente el fenómeno de las intervenciones eugenésicas y lo que ello comporta. No podemos caer en lo que Aganzi denomina el “riesgo del éxito”, y que se refiere a las consecuencias negativas, a menudo a la largo plazo, del logro de un objetivo preescogido. La fascinación por las posibilidades terapéuticas de las intervenciones en el genoma humano obliga a reflexiones conjuntas que implican necesariamente consideraciones morales, con el fin de determinar aquello por lo que es lícito arriesgarse. De ahí la importancia de las aportaciones de la bioética en la medida de poder alcanzar una autorregulación deontológica fruto de un consenso con la comunidad científica sobre aquello que es lícito hacer.

Es importante, por lo tanto, alcanzar un determinado nivel de consenso extrajurídico, pues como ha apreciado García Paredes “los problemas que suscita la vida humana y el desarrollo de la persona humana son tan numerosos, graves y trascendentales que, por muy amplia que sea la visión del Derecho y de la Ley, siempre quedan zonas oscuras y de zozobra que aconsejan que en determinadas decisiones concurren profesionales distintos, con planteamientos diferentes, pero autorizados desde sus respectivos ámbitos, y con un deseo profundo y sincero de contribuir de la manera más honesta y acertada posible a la clarificación del interrogante más arduo que jamás se ha planteado en el Universo: ¿qué es el hombre?”⁸⁴. Surge así, en palabras de Quintero Olivares, “la necesidad de que el derecho abra un espacio entre sociedad y normas, particularmente en la determinación de la responsabilidad”⁸⁵, garantía para una humanización del sistema jurídico, pues la auténtica justicia, según este autor, pasa por una coincidencia entre la responsabilidad moral y la jurídica. Supone esta pretensión un reto para los legisladores, en la medida de aspirar a que el sistema jurídico no aparezca como una entelequia desconectada de la realidad social. No puede admitirse un sistema penal positivo que desprecie los modos de atribución de responsabilidad que se registran en la propia comunidad científica por aplicación de las reglas deontológicas asumidas comúnmente. La contribu-

⁸⁴ García Paredes, A., “El hombre microscópico (la nueva humanidad ante el Derecho). Estatuto ético y jurídico del embrión preimplantado”, conferencia pronunciada el 8 de Febrero de 2001, en las jornadas de la Escola Galega de Administración Pública celebradas en Santiago de Compostela bajo el título “O xenoma humano e o Dereito”

⁸⁵ Quintero Olivares, G., “La responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral (encuentro y desencuentro entre Derecho y sociedad) conferencia inaugural del VIII Congreso Derecho y Salud, Santiago de Compostela, 11 de noviembre de 1999.

ción de la moral al Derecho en este punto es básica para alcanzar ese ideal regulativo de justicia material y formal, de forma que no podamos concebir una responsabilidad moral sin consecuencias jurídicas ni una responsabilidad jurídica desconectada de todo juicio moral.

6-. Hacia una necesaria globalización jurídica.

El gran reto de la sociedad del siglo XXI no reside tanto en dar rienda suelta a la revolución biotecnológica, sino precisamente en establecer unos cauces a este fenómeno imparable que nos permitan sacar el máximo provecho posible del mismo, con beneficios generalizados –esto es, con una dimensión universal- y sin correr riesgos que conlleven perjuicios lamentables. De ese temor surge una conciencia del peligro que los avances biotecnológicos pueden reportar, situación que se enmarca en lo que el Ulrich Beck ha conceptualizado como la “sociedad del riesgo”. Según este autor el riesgo es un concepto moderno que se encuentra asociado más bien a decisiones humanas pues “expresa el intento de una civilización por hacer previsible las consecuencias imprevisibles de decisiones propias, por controlar lo incontrolado, por someter las consecuencias a acciones preventivas consabidas y a las correspondientes disposiciones institucionales”⁸⁶, lo que significa que la sociedad del riesgo aspira al control de la modernidad con respecto a las inseguridades que ella misma produce.

Sin embargo, el cálculo del riesgo presupone el concepto de accidente, consecuencia que se halla cada más presente por “la imparable radicalización de los procesos de modernización, tecnificación y economización ... lo que hace que se erosione y cuestione precisamente ese programa sobre la calculabilidad de las consecuencias asociadas”⁸⁷ resultado lógico del devenir de una sociedad que esta sometida a peligros nuevos y, en cierto modo, todavía desconocidos lo que acrecienta esa idea de falta de control sobre los mismos. Frente al riesgo evidente que entraña, por ejemplo, la chimenea de una central térmica, cuya bocana humeante expresa gráficamente una realidad contaminante, se encuentra el riesgo derivado de una tecnología menos aparente, encerrada en el reducto de un laboratorio, pero que ofrece soluciones tan novedosas que sus efectos secundarios se hurtan a la percepción inme-

⁸⁶ Beck U., “Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms”, p. 111, Paidós, 2002.

⁸⁷ Beck U., *op. cit.*, p. 115.

diata de los afectados. El mayor problema es que ese tipo de riesgos, generalmente deslocalizados en su origen, es la imparable generalización de sus consecuencias, ¿cómo poner barreras físicas, por ejemplo, a un virus informático?, ¿y a un virus corporal? La globalización, en sus aspectos más negativos, lleva implícitas precisamente esas consecuencias. Ante tales amenazas es normal que se produzca una crisis en la confianza que puede conducir en el peor de los casos a una conciencia social paranoica que distorsione la percepción que ha de tenerse del fenómeno biotecnológico. Esa concienciación tiende a basarse en la imposibilidad de gestionar tales riesgos bajo cálculos estadísticos basados en relaciones causales que no son extrapolables porque carecemos de antecedentes que nos permitan implantar estereotipos de uso. En este sentido resulta muy ilustrativa la apreciación de Beck acerca del “hecho de que los grandes avances tecnológicos, tan debatidos por la opinión pública, en la mayoría de los casos no tengan un seguro privado y posiblemente tampoco sean asegurables”⁸⁸. La manipulación genética, las tecnologías de la comunicación y la inteligencia artificial, que, además están mutuamente interrelacionadas, apuntan –como ha dicho el gurú de la informática Bill Joy- a tres potenciales peligros: se revolucionan a sí mismas sin cesar, son universalmente utilizables y, en cuanto tecnologías basadas en el saber, sólo exigen los conocimientos correspondientes. Sin minusvalorar ese triple riesgo, lo cierto es que existen más motivos para la esperanza que para el miedo, pues como señala Sloterdijk “desde la perspectiva de una historia de las ideas, el surgimiento de la inteligencia artificial a la par que la tecnología genética constituye el mayor acontecimiento cognitivo”, lo que no obsta a este autor para preconizar que “las histerias de mañana irán dirigidas contra las máquinas adultas”⁸⁹.

Para reaccionar a los peligros asociados a este futuro heterobiológico Beck propone una reforma de la ciencia, “la cual debería abordar, de manera metódica-reflexiva, las consecuencias aparentemente imprevisibles de la investigación científica”⁹⁰, de forma que ya no pueda seguir rigiéndose por el lema “los beneficios se privatizan, pero los riesgos se socializan”, sino alcanzado una cultura que obligue a las empresas a la interiorización de los riesgos y con ello a la prevención de los mismos. Esa apuesta por la acción preventiva ha de suponer la anticipación de la responsabilidad en el presente para impedir lo que se

⁸⁸ Beck U., *op. cit.*, p. 127.

⁸⁹ Sloterdijk, P. “De terror y genes”, www.otrocampo.com/6/sloterdijk_terrorrygenes.html.

⁹⁰ Beck U., *op. cit.*, p. 133.

barrunta en el futuro, pero sin soslayar el antiguo lema quirúrgico de que “vulnerando sanamos”, esto es, que como explica Sloterdijk “hiriendo sanamos; sanando, herimos. De modo análogo hay que decir: corriendo riesgos, damos seguridad; produciendo seguridad, incurrimos en riesgos. Quien desea la deshistorización del gran debate social, debe trabajar para que la sabiduría de los operadores y de los aseguradores se apoye en el futuro sobre una base más amplia”, situación que induce a pensar a este autor que parece que “volvemos a una situación en la que suena de nuevo la hora de los Estados”⁹¹.

Lo cierto es que la existencia de continuos flujos de información deslocaliza el impacto de las nuevas tecnologías y plantea un escenario que obliga a diálogos entre las naciones para llegar a consensos que permitan establecer normas con vocación de universalidad. Legislando conjuntamente se difuminan las fronteras territoriales y se avanza hacia una globalización jurídica que evite todo intento de crear falsos paraísos para la eugenesia. Esa universalización de los efectos de la actualidad tecnológica da lugar a lo que Jáuregui denomina al actual “desfase entre normalidad (realidad) y normatividad”⁹², producido porque, según este autor, el fenómeno de la globalización obliga a construir una nueva noción de soberanía, distinta de la tradicional vinculada al Estado-nación, una soberanía compartida entre diferentes niveles políticos. Asumir ese cambio se erige necesario no sólo por la dimensión internacional de los efectos del progreso biotecnológico, sino para evitar que la pérdida de fortaleza de los Estados actúe en beneficio exclusivo de las grandes corporaciones transnacionales. En este sentido se habla ya de un auténtico “reinado de la multinacionales” (expresión acuñada por Delmas-Marty⁹³), alguna de ellas con una facturación superior al producto interior bruto de muchos países. La presión de estas empresas de dimensión internacional genera una auténtica competencia entre los ordenamientos jurídicos nacionales (la denominada “regulatory competition”), que no es más que una de las consecuencias de la globalización económica en el terreno del Derecho, y que conlleva una competencia económica entre los propios Estados por atraer las inversiones de estas empresas. Como muy bien ha dicho Cassese “los Estados no compiten

⁹¹ Sloterdijk, P., *op. cit.*

⁹² Jáuregui, G., “Estado, soberanía y Constitución: algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI”, en *Revista de Derecho Político*, n.º.44, 1998, p. 48.

⁹³ Delmas-Marty, M., “Trois défis pour un droit mondial”, París, Seuil, 1998, p. 138. Cit. En Mir Puigpelat O., “Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo”, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, p.39.

ya –como sucedía en el siglo XIX o en el inicio del XX– por defender su propio territorio, sino por conquistar (para sí) mercados⁹⁴, otorgando a tales empresas las ventajas derivadas de la laxitud de sus ordenamientos jurídicos o de su propia vacuidad previsora frente a las nuevas técnicas y tecnologías. Surge, entonces, el temor a que se creen paraísos eugenésicos, lugares para la adulación de modernos Prometeos donde empresas se aprovechen de la inquietud de una sociedad inmersa desde hace tiempo en una lógica de intercambio de la vida y la salud por una determinada suma de dinero, situación que entraña el peligro de que se llegue a normalizar por la omisión de la comunidad de naciones, hasta el punto de que verse incapaces de evitar que no surja de ello conflicto moral ni jurídico.

El empuje de las grandes multinacionales farmacéuticas no es más que el reflejo del propio poder de la industria biomédica, en tanto que se sirve de una ciencia en la cual esta sociedad hedonista que nos toca vivir tiene puestas sus esperanzas para un futuro sin dolor, para un mundo en el que todos los males del cuerpo tengan remedio. Su desarrollo pone de actualidad el tradicional riesgo asociado a la medicina que provenía de su doble capacidad de curar y de matar –cuya potencialidad negativa se define como daño iatrogénico–, ambigüedad conceptual que tiene sus raíces en la propia etimológica del término griego “pharmakon” (medicina y veneno). Sin embargo, el mayor peligro que hoy en día representa el progreso de la medicina no proviene sólo del reverso fatídico de sus avances, a modo de indeseables efectos colaterales, riesgos impredecibles de un desarrollo en ardua competencia mercantil, sino en la apropiación de sus descubrimientos mediante patentes que garanticen el beneficio comercial, restringiendo su acceso a los más pudientes. Como advierte Mendieta “el mundo se encuentra ya enredado en las redes legales y políticas que han posibilitado la monopolización de las patentes sobre la vida y organismos⁹⁵”. Esa es la consecuencia de una disparidad de criterios sobre aquello que es patentable; para la legislación de los Estados Unidos de América es patentable prácticamente todo, salvo lo que va contra el orden público y la moralidad (?),

⁹⁴ Cassese, S., “El espacio jurídico global” (trad. De Calvo Montoro, M. J.), *Lección magistral pronunciada por el autor con motivo del Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla – La Mancha, el 21 de enero de 2002, edición de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2002.*

⁹⁵ Mendieta, E., “Como (no) ser humano: transformaciones e intervenciones genómicas”. Ponencia presentada en el XXI World Congress of Philosophy, Estambul, Turquía. Cit. por González Valenzuela, J., “Genoma humano y dignidad humana”, *Anthropos, Barcelona, 2005, p. 123.*

mientras que en la Unión Europea, víctima de sus propias tensiones internas, hallamos contradicciones entre la propia norma de referencia (la Directiva 98/44/CE) y determinadas normas patrias, fruto de la antigüedad de aquélla. Como señala González Valenzuela “el criterio que tiene a regir es que no es patentable el cuerpo en su estado natural, pero sí aquello que sea aislable (el DNA en concreto) del cuerpo natural y ya clonado pueda ser objeto de todos los artificios tecnológicos que correspondan a una invención⁹⁶”. A tales efectos se viene a considerar como invención aquello que si no fuera por la intervención humana no existiría en su forma o estado particular, pero a efectos de su patentabilidad lo fundamental es la cuestión de su aplicabilidad, esto es, de su función. En cualquier caso, y por encima de la diversidad de consideraciones al respecto, en la normativa de patentes impera la regla de no comercialización del cuerpo humano, principio ético recogido en el artículo 21 del Convenio de Derechos Humanos y la Biomedicina y en el artículo 4 de la Declaración Universal del Genoma Humano.

A pesar de esa barrera ética y también jurídica las discusiones sobre el alcance de la misma se tornan en disquisiciones conceptuales que pretenden desvirtuar su propia eficacia como límite a la patentabilidad, al discutirse si los genes son una mera sustancia química o una parte del cuerpo humano. Tras esa teorización científico-legal subyace una competición investigadora propiciada por una industria ávida por obtener dividendos de su apuesta por la biotecnología, lo que está generando presiones económicas y comerciales para suavizar los requisitos de patentabilidad, presiones que tiene como objetivo a las propias oficinas de patentes, que dentro de su independencia de criterio son las que deciden si existe la necesaria aplicabilidad industrial. Esta situación, como apunta Casado, “se puede convertir en un obstáculo difícilmente superable para la economías de los países en desarrollo que han de pagar fortunas por la utilización en investigación de los materiales patentados⁹⁷”, máxime cuando tienen su origen en el propio genoma humano, considerado patrimonio de la humanidad. Esto propicia que, en ocasiones, se revierta el sentido privativo de la propia patente, en aras de salvaguardar el interés público, mediante la obligación que ya determinados gobiernos han impuesto a la concesión de licencias de explotación cuando sean de primordial im-

⁹⁶ González Valenzuela, J., *op. cit.* p. 124.

⁹⁷ Casado, M., “Implicaciones ético-jurídicas de las patentes biotecnológicas”, en “Gen – Ética”, Mayor Zaragoza, F., y Alonso Bedate, C., (coords.) Ariel, Barcelona, 2003, p. 198.

portancia para la salud pública. En este sentido constituye un hito histórico el famoso juicio de Pretoria, que apeló a la justicia y a la no-discriminación para fundamentar la obligación a la concesión de dichas licencias. Ello no obsta para que, sin perjuicio de la virtualidad jurídica que se le otorgue al principio ético de justicia, realmente cobre especial significación en esta materia los conceptos de “buenas costumbres” y de “orden público”, que a pesar de su indeterminación conceptual pueden ser útiles para coadyuvar la interpretación de las normas y para la toma de decisiones acordes con el sentir social. La recurrencia a estos conceptos jurídicos indeterminados se torna fundamental cuando, como ocurre en esta materia, se producen desfases entre el ritmo de desarrollo tecnológico y la capacidad por asimilar sus descubrimientos, no sólo desde una perspectiva sociológica sino especialmente jurídica, pudiendo darse la sensación de que no se acompasa tal desarrollo con la necesaria normativización que lo regule. Tomar decisiones en esta materia exige retomar la esencia de la norma, que descansa en su adecuación con los derechos universales de la persona, principal aportación del siglo XX al mundo del Derecho.

Es en este pasado siglo, a partir de las dos guerras mundiales, cuando se empieza a concebir la necesidad de uniones políticas entre los diferentes Estados más allá de simples alianzas estratégicas, haciendo buena esa frase de Ferrajoli de que “el Estado es hoy demasiado grande para las cosas pequeñas y demasiado pequeño para las cosas grandes”⁹⁸. En esa nueva dimensión de las relaciones entre Estados a nivel mundial se hace necesaria una suerte de coordinación política que pueda dirigir el desarrollo de la ciencia y la tecnología a ámbitos de indemnidad preservando a la humanidad de las consecuencias indeseables de tipo ecológico y social. Es cierto que 180 Estados soberanos están incorporados a la ONU, y aproximadamente coexistente 350 organizaciones gubernamentales —de las cuales más de la mitad fueron fundadas después de 1960—, pero la realidad es que —incluyendo a la ONU— son demasiado débiles para tomar decisiones políticas obligatorias y, por lo tanto, para hacerse cargo de funciones normativas determinantes en los territorios de la economía, la seguridad social, la ecología y, como no, la propia biotecnología. Esa debilidad Habermas la justifica “desde la interdependencia asimétrica entre los países desarrollados, neindustriales y subdesarrollados, en una sociedad global estratificada (en la cual) aparecen intereses y contradicciones irreconciliables, (...) perspectiva que seguirá exis-

⁹⁸ Ferrajoli, L., “La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale”, Milano, Anabasi, 1995, p. 49. Cit. en Mir Puigpelat, O., *op. cit.*, p. 212.

tiendo mientras no logremos institucionalizar un procedimiento de formación de la voluntad política transnacional, que apremie a los actores —capaces de una acción global— a la ampliación de un “global governance” según sus preferencias y sus puntos de vista”. Para Habermas la cuestión principal es “si en las sociedades civiles y en los espacios públicos de gobiernos más extensos puede surgir la conciencia de una solidaridad cosmopolita. Sólo bajo la presión de un cambio efectivo de la conciencia de los ciudadanos en la política interior, podrán transformarse los actores capaces de una acción global, para que se entiendan a sí mismos como miembros de una comunidad que sólo tiene una alternativa: la cooperación con los otros y la conciliación de sus intereses por contradictorios que sean. Antes de que la población misma no privilegie este cambio de conciencia por sus propios intereses, nadie puede esperar de las elites gobernantes este cambio de perspectiva: de las relaciones internacionales a una política interior universal. Lo que falta es la urgente formación de una solidaridad civil universal (*Weltbürgerliche Solidarität*)”⁹⁹. Estamos ante el tantas veces reclamado “retorno” de Duguit a su idea de “solidaridad social” como fundamento del Estado y del Derecho Público.

Esa fuerza interior que dinamice un cambio en la concepción del Derecho debe activarse a través de un empuje del Derecho natural, en su función mediadora que opera entre una exigencia social sobre un determinado ideal de justicia y la institucionalización jurídica de normas justas. Esta función entraña una dialéctica entre sociedad y Derecho positivo, en que aquélla, según Sánchez de la Torre, “aparece, no en su consideración fáctica, sino en su proyección deóntica, o sea, no en sus resultados actuales, sino en sus exigencias para el futuro”¹⁰⁰. En tal proceso dialéctico el Derecho natural estructura unos principios de justicia que puedan convertirse en normas positivas. Se trata de integrar las aspiraciones comunes sentidas según la racionalidad social vigente en la conciencia “común” (tal como decía Rosmini), en la racionalidad propia del ordenamiento jurídico positivo. Pero no debe obviarse que la conciencia colectiva de la necesidad de determinada regulación justa sólo se canaliza propiamente como Derecho natural cuando avanza hacia una institucionalización positiva. Según el iusnaturalismo de raíz tomista el proceso normativo positivo requiere condiciones y garantías que aseguren la proyección social de la

⁹⁹ Habermas, J., “Nuestro breve siglo”, *op. cit.*

¹⁰⁰ Sánchez de la Torre, A., voz “Derecho Natural” del *Diccionario Unesco de Ciencias Sociales, Tomo II, Planeta – De Agostini, Barcelona, 1987, p. 670.*

dignidad y espiritualidad humanas, de ahí que el problema surja cuando los principios del Derecho natural buscan un seno institucional en el cual encaramarse y no lo encuentran. Por ello, estamos ante algo más que una doctrina que sea la síntesis racional de determinados principios con vocación normativa, sino ante el reto de conseguir su penetración en los ámbitos institucionales que sirvan de vehículo a la eficacia general de tales principios.

La sensibilización social hacia los peligros de ciertas líneas de investigación biotecnológica desatadas de cualquier atadura moral requieren un consenso científico sobre aquello que es lícito crear. La conciencia ética de la clase científica exige un debate multidisciplinar previo que reflexione sobre las aplicaciones de las ciencias de la vida, aportando argumentos para una concienciación de signo deontológico. La elaboración de unas reglas éticas básicas –de las cuales ya hemos presenciado grandes avances en esa línea-, constituyen los mimbres de una moralidad específica sobre la que construir un entramado de principios de necesaria trascendencia legal. Hemos aludido ya al principio de precaución y también hemos analizado la dimensión jurídica del principio de responsabilidad. La proyección social de tales principios ya no es sólo una consecuencia de su propia asunción por la clase científica, sino también una exigencia del conjunto de la sociedad hacia políticas de transparencia informativa que permitan tomar conciencia en todo momento de los peligros que puede entrañar la evolución de la ciencia y la tecnología biomédica, de modo que las decisiones en orden a asumir los riesgos del desarrollo biotecnológico descansen no sólo en una legitimación científica sino también en una legitimación democrática. El consenso resultante propiciará decisiones institucionales bajo la forma de convenios, tratados y declaraciones universales como paradigma de una globalización jurídica, que se traduzca no sólo en un “corpus” normativo válido para toda la humanidad en aquellas cuestiones que trascienden el ámbito de los Estados individualmente considerados, sino también en una jurisdicción única a cargo de una Corte Penal Internacional, como respuesta desde el Derecho a la necesidad de salvaguardar a la especie de humana de las veleidades que desatadas por la falta de control jurídico terminen atentando contra la dignidad y la libertad del hombre, evitando las consecuencias de una especie contaminación genética basada en la especulación científica desatada por el afán de lucro que impulsa la carrera biotecnológica. La seguridad jurídica de un conjunto normativo común bajo supervisión de un tribunal internacional habrá de convertirse

pues en la baranda desde la cual poder asomarnos al insondable mundo de la biotecnología.

7.-Epílogo.

Paradójicamente, a medida que el conocimiento y la tecnología avanzan y las posibilidades de actuación aumentan, la ciencia en general, y la medicina en particular, se aprecian como actividades cada vez más inciertas. Esa incertidumbre se traduce en un temor a que la inercia del conocimiento nos traslade a escenarios inseguros por la imposibilidad de predecir los riesgos de tan desaforado desarrollo. Pero realmente la inseguridad no nace de la ciencia propiamente dicha sino de la ausencia de una regulación cierta y uniforme para todo el conjunto de la humanidad, o lo que es igual, para todos los científicos. Se necesita de un conjunto de reglas que actúen a modo de cierre de esa moderna caja de Pandora que tenemos entre manos.

Ulrich Beck ha definido muy bien la “sociedad del riesgo” que caracteriza a los tiempos que corren. Lo de que cada cosa tiene su tiempo y hay un tiempo para cada cosa deja de ser cierto: es posible procrear en la menopausia, sin tener pareja o teniéndola del mismo sexo, eliminar enfermedades antes de embarazo o incluso realizar intervenciones quirúrgicas al feto; la calidad de vida se mejora reforzando la inmunidad a determinadas enfermedades, o simplemente se alarga retrasando el reloj biológico. Pero el oscuro reverso de esos avances que nos trae la biotecnología y la moderna medicina es precisamente que su propia novedad encierra la inexperiencia de sus riesgos.

Dadas esas circunstancias la ética tiene que pensar cuál es su función en dicho contexto. Por supuesto que la ética no es adaptable a la sociedad, sino que es la sociedad la que tiene que adaptarse a ella. En ese estado sociológico, definido como hemos visto por la cercanía a las claves de la biología, la palabra fundamental es la responsabilidad, entendida como la capacidad de dar respuestas, aunque sean vacilantes, a las oportunidades y posibilidades que ofrecen las innovaciones tecnológicas. Se impone propugnar una ética de la responsabilidad, en el sentido propuesto por Max Weber, que tiene en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción, frente a una ética del éxito, que pretende hacer de nuestro tiempo la frase que en boca del príncipe renacentista puso Maquiavelo: “el fin justifica los medios”.

Dice Habermas que una característica de nuestro mundo es que los conflictos se convierten en desafíos, son

retos que está en nuestras manos abordar de una forma positiva. Pero para que el desafío que entraña la lucha contra la enfermedad no conlleve consecuencias negativas para nuestra propia existencia, el científico no puede abstraerse de unos valores que definan su ámbito de actuación; no puede contentarse con una concepción de su actividad como “libre de valores” porque nada está libre de ellos. Por el contrario, ha de plantearse sin reservas cuáles son los valores que no se pueden eludir, dilema que la ética ha de resolver especialmente en lo que atañe a la forma en cómo aplicar dichos valores ante tales desafíos. A eso Victoria Camps lo llama “autorregulación”.

No obstante, el problema es la existencia de éticas opuestas o antagónicas, con lo cual al científico le basta con establecer su laboratorio o centro de estudios en el país o territorio cuya legislación —o precisamente la falta de ella— mejor convenga a su fines. La superación de esos vacíos legales sólo se alcanzará estableciendo unos valores, ideales y fines éticos comunes para toda la humanidad, pues ahí reside el ideal regulativo de mínimos que cohesionen el diferente entramado de culturas jurídicas. Su plasmación normativa reside desde hace más de cincuenta años en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero su interpretación a la luz de la nueva realidad social es una obligación del día a día, so pena de convertir esa regulación en una pieza de arqueología jurídica.

La importancia de la ética reside en que concreta unos principios y valores que en el terreno de lo jurídico fundamentalmente están recogidos en las declaraciones de derechos. Pero esas declaraciones serán muy poco efectivas si no se complementa con lo que Aristóteles entendió como virtud: la disposición a actuar en la forma debida. Algo que no viene predeterminado ni se deduce mecánicamente de la existencia de los códigos de conducta, sino que resulta de la actividad que el Derecho romano otorgó al jurisconsulto, el jurista de nuestro tiempo, el estudioso del derecho que interpreta la norma y busca la mejor forma de aplicarla al caso concreto. Esa labor en el terreno de la justicia tiene su refrendo en la figura del juez, único capaz de crear jurisprudencia, principal fuente del ordenamiento jurídico anglosajón, y una de las fuentes del derecho europeo continental, que se revela fundamental cuando la norma no contempla exactamente el supuesto fáctico analizado.

La globalización que caracteriza la sociedad de nuestro tiempo difumina la existencia de fronteras territoriales. Las empresas se internacionalizan y los Estados se agrupan en organismos supranacionales a los que ceden parcelas de decisión que afectan a sus propios asuntos internos, precisamente por esa repercusión general que

toman los acontecimientos que se producen en cualquier rincón del mundo. El brote de una epidemia en Taiwan puede llegar a España en el tiempo en que un avión comercial recorre esa distancia. Un virus informático incluso llegaría desde ese mismo origen en escasos segundos. Por tal razón los problemas globales exigen soluciones globales, que en el terreno de la justicia sólo pueden proporcionarlas los organismos judiciales que representen a una jurisdicción única para todos los países en aquellos asuntos que conciernen a la humanidad en su conjunto.

Es lo cierto que las responsabilidades en materia de sanidad no suelen tener una dimensión puramente individual, sino que tienen asimismo una dimensión social, colectiva. Los desafíos que se le plantean a la nueva sanidad residen en no sucumbir totalmente ante las necesidades económicas y esforzarse en adaptar la actividad sanitaria a su nuevo desarrollo sin que desaparezcan los valores éticos. Uno de esos valores es la igualdad de trato, que en el contexto sociosanitario se traduce en la posibilidad de obtener un adecuado nivel de protección de la salud sin que exista discriminación en el acceso a las fuentes de la misma. El problema es que en una sociedad de mercado la patrimonialización de las nuevas técnicas y productos biosanitarios supone su acceso al mejor postor.

La respuesta está en el rol que asuma el Estado. Nadie pone en duda el hecho de que son estas organizaciones las que se erigen en garantes de las libertades y derechos públicos. También en materia de protección de la salud por cuanto ésta representa la premisa para una vida íntegra. Si falla la salud se dificulta el adecuado desarrollo de la personalidad, pues la primera aspiración del individuo es la plena disposición de sus facultades físicas e intelectivas. Al Estado no ha de bastarle con dotar a la sociedad de una serie de centros o establecimientos sanitarios que cubra la asistencia básica ante las patologías comunes. Tampoco con promover unos hábitos de vida saludables. Ni siquiera vale controlar un adecuado nivel de salud pública, entendida incluso como protección del medioambiente. El Estado debe implicarse en la investigación y desarrollo, bien de forma directa, dedicando partidas presupuestarias a estos objetivos, bien indirectamente mediante incentivos que permitan a las empresas y a los científicos arriesgar tiempo y esfuerzos tanto financieros como personales para que en su día pueda revertir el resultado de ese trabajo en beneficios para la sociedad.

Nuestra Constitución de 1978 permite alcanzar ese ideal regulativo ya desde el primer artículo en donde se dice que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna valores superiores del ordenamiento jurídico la dignidad, los derechos inviola-

bles, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a ley y a los derechos de los demás. De fronteras adentro es evidente que la determinación legal, desarrollo práctico y tutela de esos valores corresponden a nuestros poderes públicos, el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Sin embargo, la necesaria interrelación política y jurídica con el resto de los países, especialmente con aquéllos del entorno europeo, obliga a supeditar esta materia a los acuerdos y pactos dictados en el seno de la comunidad de naciones, principiando por la ONU y concluyendo con esa cada vez mayor integración e interrelación que supone para nuestro país y otros 24 la Unión Europea. Ese es el mandato del artículo 10.2 de la Constitución de 1978 y la premisa fundamental de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y de la próxima –y esperemos que no fallida– Constitución europea, norma de referencia para un futuro cercano. Falta por crear y consolidar instituciones que permitan servir como vigilante atalaya jurídica para un desarrollo armónico y seguro de la biotecnología, controlando adecuadamente el uso de sus aportaciones y aplicaciones. Ese es el reto del Derecho para el siglo XXI.

Bibliografía:

1. AA.VV., Diccionario Unesco de Ciencias Sociales, Planeta – De Agostini, Barcelona, 1987.
2. Acosta Gallo, P., “Salud, profesiones sanitarias y Constitución española”, Fundación Mapfre Medicina, Madrid, 2002.
3. Aganzi, E., “El bien, el mal y la ciencia”, Tecnos, Madrid, 1996.
4. Beck U., “La sociedad del riesgo”, Paidós, Barcelona, 1995.
5. Beck U., “Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms”, Paidós, Barcelona, 2002.
6. Borrajo Lacruz, E., “Artículo 43” en “Comentarios a la Leyes Políticas”, Edersa, 1996.
7. Camps, V. (ed.), “Historia de la ética (3) La ética Contemporánea”, Crítica, Barcelona, 2000.
8. Camps, V., “¿Qué hay de malo en la eugenesia?”, Isegoría, nº 27, CSIC, 2002.
9. Cassese, S., “El espacio jurídico global” (trad. De Calvo Montoro, M. J.), Lección magistral pronunciada por el autor con motivo del Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla – La Mancha, el 21 de enero de 2002, edición de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2002.
10. Charlesworth, M., “La bioética en una sociedad liberal”, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
11. Cortina, A., “Ética de las biotecnologías”, Isegoría, nº 27, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Madrid, 2002.
12. Cueto Pérez, M., “Responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria”, Tirant Monografías, 1997.
13. D’Agostino, F., “La bioética como problema jurídico. Breve análisis de carácter sistemático”, Cuadernos de bioética, nº 28, 4º 96.
14. Desdentado Bonete, A., “La extraña fascinación de las Máximas Jurídicas. A propósito de “Tópica” de Gerardo Pereira-Menant” en “Revista semanal Repertorio de Jurisprudencia”, nº45, Marzo 2003, Navarra.
15. Dworkin, R., “Jugar a ser Dios: genes, clones y suerte”, Claves nº 135, 2003.
16. Dworkin, R., “Los derechos en serio”, Ariel, Madrid.
17. Engelhardt, H.T., “Los fundamentos de la bioética”, Paidós, 1995.
18. García Paredes, A., “El hombre microscópico (la nueva humanidad ante el Derecho). Estatuto ético y jurídico del embrión preimplantado”, conferencia pronunciada el 8 de Febrero de 2001, en las jornadas de la Escola Galega de Administración Pública celebradas en Santiago de Compostela bajo el título “O xenoma humano e o Dereito”
19. Gómez Ferrer, R., “Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo”, Revista de Administración Pública, nº. 150, 1999.
20. Gómez, C. (ed.), “Doce textos fundamentales de la Ética del siglo XX”, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
21. González Valenzuela, J., “Ética y Bioética”, Isegoría, nº 27, CSIC, 2002.
22. Habermas, J., “Nuestro breve siglo”, www.nexos.com.mw/internos/saladelectura/habermas_a.asp (Diciembre 2003).
23. Harris, J., “Superman y la mujer maravillosa”, Tecnos, 1998.

24. Huxley, A., "Un mundo feliz", Plaza & Janés, Barcelona, 1998.
25. Jauregui, G., "Estado, soberanía y Constitución: algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI", en Revista de Derecho Político, nº.44, 1998.
26. Jonas, H., "El principio de responsabilidad", Herder, Barcelona, 1995.
27. Jonas, H., "Técnica, medicina y ética", Paidós, 1996.
28. Kant I, "Metaphisik der Sitten", trad. cat. Tecnos, 1989.
29. Martínez Calcerrada, L., "Derecho Médico", Vol. I, Tecnos, Madrid, 1986.
30. Martínez Morán, N., (coord.) "Biotecnología, Derecho y dignidad humana".
31. Mayor Zaragoza, F., y Alonso Bedate, C., (coords.) "Gen – Ética", Ariel, Barcelona, 2003.
32. Mir Puigpelat O., "Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo", Cuadernos Civitas, Madrid, 2004.
33. Mitcham, C., "¿Qué es la Filosofía de la tecnología?", Anthropos, Barcelona, 1989.
34. Mounier, E., "La personalidad", PUF, París, 1951.
35. Muñoz de Bustillo, R. (ed.), "El estado de bienestar en el cambio de siglo", Alianza Ensayo, Madrid, 2000.
36. Muñoz Machado, S., "La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos", Alianza Editorial, 1995.
37. Nozick R., "Anarquía, estado y utopía", FCE, 1988.
38. Nussbaum, M., "Genética y justicia: tratar la enfermedad, respetar la diferencia", Isegoría, nº 27, CSIC, 2002.
39. Olive, L., "El bien, el mal y la razón. Facetas de la ciencia y la tecnología". Paidós, México, 2000.
40. Ollero, A., "Deontología jurídica y Derechos Humanos" en "Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología". Vol. I.
41. Palomar Ojea, A., "Manual Jurídico de la Profesión Médica", Dykinson, Madrid, 1998.
42. Pelayo González – Torre, A., "La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado", Dykinson, Madrid, 1997.
43. Quintero Olivares, G., "La responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral (encuentro y desencuentro entre Derecho y sociedad) conferencia inaugural del IX Congreso de la Asociación Juristas para la salud, Santiago de Compostela, 1999.
44. Rawls, J., "Las libertades humanas y su prioridad" en "Libertad, igualdad y derecho", Ariel, 1988.
45. Rescher, N., "Razón y valores en la Era científico – tecnológica", Paidós, Barcelona 1999.
46. Rodríguez Paniagua, J. M., "Moralidad, derechos, valores", Cuadernos Civitas. Madrid, 2003.
47. Romeo Casabona, C.M. (coord.), "Derecho biomédico y bioética", Comares, Granada, 1998.
48. Santos Briz, J., "La Responsabilidad Civil: derecho sustantivo y derecho procesal", Montecorvo, Madrid, 1993.
49. Singer P., "De compras por el supermercado genético", Isegoría, nº 27, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2002.
50. Sloterdijk, P. "De terror y genes", www.otrocampo.com/6/sloterdijk_terrorgenes.html (Diciembre 2003).
51. Sloterdijk, P., "Normas para el parque humano", Siruela, Madrid, 2001.
52. Vallespin, F., "Bienvenidos a la sociedad del riesgo", El País, 25-Noviembre-2000.