

EL MARCO JURÍDICO EN LA BIOÉTICA

THE JURIDIC IN BIOETHICS

THE LEGAL FRAME OF THE BIOLAW

Dra. M^a Dolores Vila-Coro

Cátedra de Bioética y Biojurídica de UNESCO

Resumen

El doble sentido del progreso inquieta a la sociedad porque la tecnología no se reduce a un poder externo, el hombre es una parte de esa tecnología. La aplicación de los avances científicos y biomédicos a los seres humanos está afectada por dos tendencias bioéticas: objetivista y relativista, que suscitan posiciones de claro enfrentamiento en la sociedad; el significado que se atribuye a la moral está en la base de la separación de las dos posiciones dispares mencionadas. El discurso bioético resulta insuficiente para proteger los derechos fundamentales al aplicar los avances científicos a los seres humanos. La biojurídica, nueva rama del Derecho¹, ha surgido para establecer un cauce jurídico que impida sobrepasar unos límites y garantizar el respeto a la dignidad y a los derechos del hombre. Esta nueva disciplina interpela al hombre, que es el único sujeto de la ley moral y solamente su vida constituye un principio ordenador del Derecho, cuyas leyes se promulgan para obtener la protección efectiva de la vida y de los derechos humanos. No hay una bioética global en la que haya que integrar a todos los seres vivos; éstos pertenecen a otra ciencia, que se rige por leyes distintas a la ética, que es la ecología. A la opción bioética relativista se opone la concepción de la moral reconocida, explícitamente, en las normas jurídicas como referente objetivo necesario al interpretar los derechos humanos. Quienes propugnan una «ética de mínimos» consensuada confunden el ámbito de la ética con el jurídico.

Palabras clave: bioética, biojurídica, moral, dignidad humana, relativismo, nuevas tecnologías.

1 Siguiendo la tradición jurídica, escribo con mayúscula cuando se trata del Derecho objetivo y con minúscula cuando se trata del derecho subjetivo, el que trata de los derechos de las personas.

Abstract

The duality of progress is of concern to society because technology is not merely an external force; man is a part of it. The application of scientific and biomedical advances on the human being is affected by two trends in Bioethics; objectivism and relativism which arouse conflicting opinions in society. It is the significance which is attributed to morality which forms the basis for the separation of these two opposing positions.

Bioethics alone is not enough to protect the fundamental rights involved when these scientific advances are applied to human beings. Biolaw, a new branch of Law, has emerged to establish a legal base which provides restraints and guarantees the dignity and the rights of man. This new discipline interpellates man, who is the only subject in moral law and whose life alone constitutes an ordering principle of the Law which effectively protects the life and rights of man.

There is not a global bioethics in which all living beings are to be integrated; these beings belong to another science ruled by different laws to Ethics; namely Ecology. The relativist bioethical position is opposed to the concept of morality, something which is recognised explicitly in legal norms as a necessary and objective reference point for interpreting human rights. Those who promote a kind of «minimalist ethics» based on consensus are confusing the field of ethics with that of juridics.

Key words: Bioethics, biolaw, morality, human dignity, relativism, new technologies.

Introducción

Filósofos, teólogos, juristas y humanistas de todos los países, desde tiempos lejanos, se han preguntado por el significado de la dignidad, el respeto que le es debido al hombre y cuáles son sus derechos; sobre qué actitud adoptar ante la vida humana cuando nace, enferma, sufre, envejece y muere. Hoy se plantean nuevas respuestas a las viejas cuestiones debido a la aceleración exponencial de la investigación científica, y a las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías: Suicidio, eutanasia, aborto, eugenesia...

Las distintas respuestas encrespan los ánimos y suscitan posiciones de claro enfrentamiento porque, en el fondo, se adivina que la aceptación o el rechazo de cada una de las aplicaciones de las nuevas tecnologías sobre el ser humano marca un hito en el diseño de una nueva humanidad, de una visión antropológica del hombre y de la sociedad que plantea la cuestión de cuál es el mundo que queremos construir.

Los avances bio-médicos envueltos en un halo de misterio y encantamiento ofrecen prometedoras posibilidades: Fecundación artificial, donación de órganos, esterilización, transexualidad,

terapia génica... El progreso promete, seduce y fascina, pero también asusta y espanta. Causó gran conmoción un trabajo de Beecher, en el *New England Journal of Medicine* en 1966, que recogía 22 artículos publicados en revistas científicas que eran éticamente inaceptables. Uno de los ensayos criticados consistió en la inoculación del virus de la hepatitis a niños con deficiencia mental. En 1970, salió a la luz otro experimento en el que se negó el tratamiento con antibióticos a individuos de raza negra afectados por la sífilis para poder estudiar el curso natural de la enfermedad.

La tecnología no se reduce a un poder externo, nosotros somos una parte de esa tecnología. El Consejo de Europa² ha expresado esta inquietud al señalar que a las esperanzas que suscitan los progresos en este ámbito se mezclan, con frecuencia, las inquietudes que conciernen a los derechos más fundamentales de la persona humana.

Lévi-Strauss ha reflexionado sobre el doble sentido del progreso. Recuerda cómo «la Revolución Industrial ha condicionado la aparición de un proletariado y la explotación del trabajo humano. Hasta ahora se tendía a tratar estas transformaciones sociales como consecuencia de las transformaciones técnicas, a establecer entre éstas y aquéllas un resultado de causa, efecto.... La relación de causa-

lidad (con la sucesión temporal que implica) debe ser abandonada en favor de una correlación funcional entre los dos fenómenos. Reconozcamos que cada avance de progreso técnico tiene, como correlativo histórico, el desarrollo de la explotación del hombre por el hombre, que puede incitarnos a una cierta discreción en las manifestaciones de orgullo que nos inspira fácilmente el primero de los dos fenómenos»³. Concluye que, sin negar la realidad de un progreso de la humanidad, debemos concebirlo con una mayor prudencia.

Actualmente todo está en cuestión: los contornos que separan el bien del mal; la línea que distingue la vida de la muerte; el ser del no ser; la idea de familia y los roles de cada uno de sus miembros; la misma identidad del hombre y, lo que es más grave, la propia identidad de la especie humana. Marcar unos límites sobre el trabajo de médicos y científicos para que haya unos cauces en el desarrollo científico y tecnológico no solo es una reivindicación moral, responde a una voluntad de instaurar un control democrático y no dejar estas decisiones a una minoría.

La bioética

La bioética se ha definido como la parte de la ética que se refiere a los progresos de las ciencias biomédicas ante problemas nuevos, o antiguos modificados por

2 La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1160—28 de junio 1991—relativa a la elaboración de una Convención de Bioética, expresa esta inquietud en su artículo primero.

3 Lévi-Strauss, C.—*Race et Histoire Race et Culture*.—Albin Michel/ Editions UNESCO, Idées, 2002, p. 114,115.

las nuevas tecnologías. Se ha definido, también, como la reflexión ética sobre las cuestiones que propone el progreso biomédico. Esta nueva disciplina interpela al hombre, que es el único sujeto de la ley moral, y solamente su vida constituye un principio ordenador del Derecho, cuyas leyes se promulgan para obtener la protección efectiva de la vida y de los derechos humanos. No hay una bioética global en la que haya que integrar a todos los seres vivos; éstos pertenecen a otra ciencia que se rige por leyes distintas a la ética, que es la ecología.

La bioética es una ciencia secular y multidisciplinar, que constituye una aproximación a la realidad bio-médica con el auxilio de otras disciplinas:

La ciencia básica le da a conocer la realidad sobre la que va a investigar; el significado de los conceptos científicos que en ella se manejan; cuándo empieza y termina la vida, en qué consiste la fecundación artificial, la terapia génica, la clonación...

Se sirve de la ética y de la lógica para pensar con rigor y que el razonamiento sea correcto, el análisis riguroso, ordenado y coherente; se adentra en el campo de la antropología para contemplar al ser humano en sus aspectos físicos, sociales y culturales.

El conocimiento de los conceptos básicos del Derecho, de las leyes vigentes y de las que conviene promulgar o derogar, es necesario para proteger los derechos humanos, facilitar el pleno desarrollo de la persona, mejorar su calidad de vida y contribuir a que los ciudadanos sean más felices.

Esta ciencia ha tomado dos rumbos claramente diferenciados: Bioética objetivista y Bioética relativista. La diferencia entre ambas, el tronco desde el que estas ideologías se separan depende, en gran medida, de la visión antropológica del hombre y del concepto que se tenga de la moral; término que unos estiman que es un conjunto de normas objetivas y universales, y otros someten al dictado de la conciencia individual o a la decisión de la mayoría.

La biojurídica

El discurso bioético resulta insuficiente para dar respuesta a la problemática que plantean los avances científicos. Tanto desde una ética objetivista como partiendo de una concepción relativista de la moral, se advierte la dificultad de hallar cauces suficientemente firmes como para tener la certeza de que se van a aplicar las nuevas tecnologías sin violar los derechos humanos. Se ha demostrado así la necesidad de recurrir a una nueva rama del Derecho a la que se ha llamado «biojurídica». Esta nueva disciplina se ocupa de la preparación y estudio de nuevas leyes y del seguimiento de las actualmente vigentes, para garantizar su debida fundamentación en la dignidad del hombre y en los derechos que le son inherentes. Pretende poner unos límites legales a la aplicación de la investigación sobre los seres humanos.

El título de este trabajo, «el marco jurídico de la bioética», puede muy bien ser una definición de la biojurídica. Esta ciencia tiene por objeto la fundamenta-

ción y pertinencia de las normas jurídico-positivas, de «lege ferenda» y de «lege data», para lograr y verificar la correcta interpretación de la realidad científica, y la adecuación a los principios y valores de la ética en relación con la vida humana, que es tanto como decir su adecuación a los valores de la bioética⁴.

La ética y el Derecho están íntimamente relacionados. Y esto es tan evidente que los principios que formuló el jurisconsulto romano Ulpiano, *vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo y no hacer daño a otro* podemos decir que son la síntesis de cualquier código moral. La diferencia está en que el Derecho se ocupa, únicamente, de la parte de la ética que afecta a las relaciones de alteridad. El odio o el resentimiento que pueda sentir un ciudadano hacia su vecino degradan moralmente su condición de persona, pero sólo si se manifiesta externamente causándole un daño merecerá una sanción legal. Actualmente existe confusión entre lo ético y lo jurídico al tratar de la bioética. En los debates es importante definir con claridad si estamos en el ámbito del Derecho o de la moral⁵.

Cuando se reúnen los miembros de un gobierno o de un parlamento para promulgar una ley tienen que tener en cuenta una serie de elementos:

1. Alcance social: Se valoran los hechos que por su incidencia en la sociedad deben ser regulados. El Derecho va detrás de la sociedad porque hasta que una determinada actividad, costumbre o forma de vida no tiene una cierta implantación social no requiere su regulación jurídica porque puede obedecer a situaciones puntuales, y las leyes nacen con vocación de permanencia en aras de la seguridad jurídica. La regulación del aborto constituía una necesidad social, a juicio de los legisladores, debido al desmesurado número que, supuestamente, se practicaban en España con grave peligro para la vida de la madre (300.000 abortos clandestinos, y 10.000 más de mujeres que se iban a Londres)⁶.
2. Conocimiento de la realidad sobre la que se va a legislar; aquí conectamos de modo más preciso con la bioética porque los datos que aporta la investigación científica y tecnológica requieren una formación en ciencia básica (embrión, genoma, clonación,...) y en biotecnología (respirador artificial, unidad de diálisis, incubadoras neonatales...)
3. Aspecto moral: El Derecho no pretende la perfección del hombre porque su fin es la realización de la justicia y la pacífica convivencia de los ciudadanos. El artículo 10 de la Constitución

4 Vila-Coro, M.D. *Introducción a la Biojurídica*. Prólogo Manuel Albaladejo. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 1995...

5 Aunque desde mi punto de vista no son idénticos los conceptos de ética y de moral, a efectos prácticos los usaré indistintamente en este trabajo.

6 Estas cifras que se han demostrado de todo punto erróneas, aparecen en la Enciclopedia Espasa, Apéndice año 1979, voz *Feminismo*, y en el Informe del Fiscal General de 1974. Véase mi libro *La Bioética en la encrucijada*. Dykinson. Madrid 2003 p. 115 a 170.

española declara que el respeto a la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes constituyen el fundamento del orden político y de la paz social. Si nos preguntamos cuál es la opción moral que ha imperado en el Derecho debemos reconocer que subyace una idea de moral objetiva: Se expresa en los convenios internacionales, declaraciones, constituciones... que reconocen, de forma expresa, la *moralidad* como límite del ejercicio de los derechos.

4. Pueden formularse muchas teorías éticas: realistas, idealistas, utópicas... todo lo inverosímiles que se quiera imaginar, como de hecho sucede. Se ha dicho que no existe una teoría, por absurda que pueda parecer, que no la haya sostenido algún filósofo. Pero en lo que concierne al Derecho hay que tener en cuenta que el ordenamiento jurídico regula relaciones de alteridad: el derecho del deudor frente al acreedor; del inquilino y el propietario; del vendedor y el comprador, y un infinito etcétera. El fin del Derecho es marcar los cauces jurídicos adecuados para que las relaciones interpersonales transcurran en un marco de orden para evitar el conflicto de intereses. Desde esa perspectiva se cultivan los valores espirituales para que cada ser humano desarrolle sus potencialidades y alcance su plenitud personal. Y, naturalmente, se impondrán las sanciones que correspondan, si fueran necesarias, para que se cumplan los fines que imponen las normas jurídicas.

Ética /moral

Antes de seguir adelante se debe señalar la diferencia que existe entre ética y moral. Ética viene del griego, se refiere a la costumbre, a la conducta en la vida y a las reglas que la dirigen. Tiene un significado equivalente al de moral dando lugar, en ocasiones, a que se utilicen estos dos términos indistintamente. Pero no son totalmente intercambiables porque la ética es una parte de la filosofía que estudia los *objetos morales*. Se le reconoce un sentido mucho más amplio que a la moral porque le incumbe discernir, además, sobre los sujetos, los valores, las normas y los principios. Al estar la ética constituida por el estudio de los objetos morales, en general, deja un amplio margen de reflexión y decisión. Sin embargo, la moral nos invita a pensar en un código concreto que el sujeto libremente podrá aceptar o rechazar pero no modificar a voluntad.

El término *moral* viene del latín, *mos mores*, se refiere, igualmente, a las costumbres, a la conducta en la vida y a las reglas que la dirigen. Se define la moral como un código de leyes, una doctrina, un sistema de normas de conducta, es decir, «un conjunto organizado, sistemático, jerarquizado de reglas y valores». Lleva implícita la idea de un *deber* que se opone al *ser y al hacer*. Los distintos autores coinciden en destacar una idea central de la moral: Que regula la conducta humana referida al bien y al mal.

Algunos filósofos han propuesto que se adopte una «ética de mínimos»: Un conjunto de normas morales que todos estuvieran dispuestos a cumplir. Eso significa

salirse de la filosofía, concretamente de la ética, para invadir el campo del Derecho. No hay que confundir lo que sucede en los parlamentos cuando los partidos en el poder no tienen mayoría, y se ven obligados a negociar con otros partidos unas leyes de mínimos para que se pueda regular una determinada institución. Esto ha sucedido, por ejemplo, con el aborto: Después de un «regateo» admitiendo y rechazando las causas de despenalización se ha llegado al mejor consenso posible, como mal menor, de modo que todos quedaran más o menos insatisfechos con la ley pero, al fin, promulgada. El pacto es inadmisibles con la norma moral porque de mi conciencia, y del uso que yo haga de mi libertad, depende que yo cumpla o incumpla una ley moral, pero no puedo decidir a mi antojo sobre el bien y el mal.

El relativismo moral

El significado que se atribuye a la moral está en la base de la separación de las dos posiciones dispares que se han mencionado: la Bioética humanista y la utilitarista. Conviene profundizar en estas dos concepciones desde la lógica y la coherencia. Algunos autores dan por supuesto que existen muchas morales y que se debe respetar la opinión de cada cual. A lo que se puede responder que, efectivamente, las opiniones de todo el mundo son respetables en tanto que opiniones. El problema se suscita cuando las opiniones se quieren imponer como si fueran criterios de certeza; cuando no se quiere admitir que existen leyes que se deben acatar porque son inherentes a la propia realidad; que

en todas las culturas matar, robar y mentir son delitos que se han rechazado, y que los pueblos que no las respetan se degradan y termina imperando en ellas la ley del más fuerte, como ha sucedido, reiteradamente, a lo largo de la historia.

El relativismo, que se está abriendo paso en todos los ámbitos de la sociedad, ha contaminado ciertas corrientes bioéticas. Sus partidarios afirman que las leyes de la moral dependen de la conciencia de cada uno, de donde deducen que hay muchas morales (*pluralismo moral*, que se confunde con el pluralismo cultural y el pluralismo político). En una palabra «yo decido lo que es bueno o malo para mí», lo que equivale a decir «yo decido lo que es bueno y malo *para ti*», porque si mi conciencia me dice que no es malo robar debes cuidar que tu cartera no esté nunca al alcance de mi mano.

Diego Gracia formula «el principio de libertad moral: Todo ser humano es agente moral autónomo, y como tal debe ser respetado por todos los que mantienen posiciones morales distintas. Lo mismo que el pluralismo religioso y el pluralismo político son derechos humanos, así también debe aceptarse como un derecho el pluralismo moral. Ninguna moral puede imponerse a los seres humanos en contra de los dictados de su propia conciencia. El santuario de la moral individual es insobornable»⁷.

7 Gracia, D. *Fundamentos de Bioética*. Eude-ma. Madrid, 1989, p. 17 (la idea de «santuario de la moral» está tomado de Engelhardt, *The Foundations of bioethics*, 2º ed. Oxford University Press, New York, 1996. p. 138-139 que la cita en otro contexto).

Las palabras aparentemente respetuosas de Gracia conducen a justificar leyes como las de Nuremberg que, desde la legalidad, han esterilizado y condenado a muerte a miles de individuos porque no pertenecían a la raza aria. Actuaron según «su moral» que, al decir de Gracia, «debe ser respetada» ¿Pretende acaso este autor que la moral del terrorista se debe, también, respetar?

Tanto en las declaraciones de derechos, como en los tratados internacionales y constituciones de los Estados de Derecho, la moral se ha reconocido, universalmente, como límite del ejercicio de los derechos. Por mencionar una norma de alcance supranacional me remito a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU que, proclama como límite del ejercicio de los derechos *la moral* «las justas exigencias de *la moral* (Artículo 29)»⁸.

Esta Declaración se ha incorporado a nuestro Derecho interno y, a tenor del

8 Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece en su artículo 29.2, «En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona (everyone, en la versión en inglés) estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de *la moral*, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

A tenor del artículo 10.2 de la Constitución española «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

artículo 10.2 de la Constitución Española, es el referente para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce. De igual manera se expresa el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹. «La libertad de manifestar su religión o sus creencias sólo puede tener las restricciones previstas por la ley y sean necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden público, la salud, la *moralidad*, o la protección de los derechos o las libertades de terceros».

Remito al lector a las Declaraciones de la Asociación Médica Mundial —AMM—; de la Organización Mundial de la Salud —OMS—: del Parlamento Europeo— en concreto el Informe sobre la Clonación (Septiembre 2000); Constituciones y Códigos civiles de nuestra área occidental... Todos ellos se refieren a *la moral*, referente único que todo el mundo entiende y comparte, y que a nadie se le tiene que explicar en que consiste, ni cuales son sus valores y principios.

Conviene recordar, por ser el Doctor Gracia un profesional de la medicina, que la Asociación Médica Mundial ha emitido, entre otras muchas en las que se refiere a *la moral*, la Declaración sobre las Personas en Huelga de Hambre: «Cada ser humano tiene la *obligación moral de respetar el aspecto sagrado de la vida*. Esto es especialmente evidente en el caso de

9 *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Roma 4-XI-1950, revisado de conformidad con el Protocolo n° 11. Entrada en vigor 1998. Párrafo 2 del artículo 9.

un médico que aplica sus conocimientos para salvar la vida y actuar en beneficio de sus pacientes»¹⁰. Si, como dice Gracia, hay muchas morales, ¿a cuál de ellas se refieren las declaraciones mencionadas?

La anarquía que supondría la coexistencia de muchas morales conduciría a un caos inimaginable porque no podría existir una legislación común. Las diversas formas políticas y los distintos tipos de ordenamiento jurídicos para ser legítimos, y no sólo legales, deben fundamentarse en la realización de la justicia y en principios objetivos de moralidad, respetar la dignidad de la persona y reconocer los derechos que le son inherentes. Pero esto solo es posible si rige una sola moral que sirve de referente.

Si no hubiera verdades objetivas, si no existieran puntos de vista y valores comunes, ¿cómo sería posible la ciencia? Y ¿cómo promulgar unas leyes sin un referente de convivencia extrajurídico,

objetivo y comunicable, vinculante para todos los ciudadanos? Si cada uno se guiara por su propia conciencia, viviríamos en un desconcierto donde no sería posible una sociedad organizada.

La biojurídica, con el auxilio de la bioética, obtiene las claves para interpretar los datos empíricos que aportan los avances científicos. Tendremos la certeza de legislar acertadamente siempre que las leyes vayan a favor de la vida, de una vida más humana; respetemos la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes; propiciemos la realización de los valores fundamentales que hunden sus raíces en la realidad del hombre y garantizan la supervivencia de la especie. Sólo así tendremos ciudadanos más felices y una sociedad más justa en paz y armonía con el orden natural.

Recibido 17-05-2005
Aceptado 31-05-2005

10 Asociación Médica Mundial sobre las *Personas en huelga de hambre*, adoptada por la 43ª Asamblea de la Asociación, en Malta, noviembre de 1991. Rervisada por la 44ª Asamblea Médica Mundial, Marbella, España, septiembre 1992.

